



MINISTERIO
DE TRABAJO Y
ASUNTOS SOCIALES

SECRETARÍA DE ESTADO DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE
LA SEGURIDAD SOCIAL

PROTECCIÓN SOCIAL DE LA MUJER, DE LAS FAMILIAS CON PERSONAS DEPENDIENTES Y DEL DISCAPACITADO COMO INSTRUMENTO DE EQUIDAD EN EL MERCADO TRABAJO Y DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

RESPONSABLE: JUAN LÓPEZ MARTÍNEZ

Investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TAS/1051/2005, de 12 de abril (subvenciones para el Fomento de la Investigación de la Protección Social –FIPROS-)

La Seguridad Social no se identifica con el contenido y/o conclusiones de esta investigación, cuya total responsabilidad corresponde a sus autores.

Proyecto:

**PROTECCIÓN SOCIAL DE LA MUJER, DE LAS FAMILIAS
CON PERSONAS DEPENDIENTES Y DEL DISCAPACITADO
COMO INSTRUMENTO DE EQUIDAD EN EL MERCADO DE
TRABAJO Y DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y
LABORAL.**

FIPROS 2005-112

D. JUAN LÓPEZ MARTÍNEZ
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

D. JOSÉ MANUEL PÉREZ LARA
Profesor titular de Derecho Financiero y Tributario

D. JUAN JESÚS MARTOS GARCÍA
Profesor asociado de Derecho Financiero y Tributario

D. JOSÉ MARÍA VIÑAS ARMADA
Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

INDICE

Ideas previas.-	7
PARTE PRIMERA.....	12
PROTECCIÓN SOCIAL Y TRIBUTARIA DE LAS FAMILIAS CON PERSONAS DEPENDIENTES COMO INSTRUMENTO DE CONCILIACIÓN LABORAL Y FAMILIAR.....	12
CAPÍTULO I.	14
PROTECCIÓN DE LA FAMILIA: EMBARAZO, MATERNIDAD, HIJOS A CARGO E INFORTUNIOS FAMILIARES.....	14
1. - Derechos reconocidos al trabajador para conciliar su vida laboral y familiar en el Estatuto de los trabajadores.-	14
1.1.- La suspensión del contrato de trabajo y familia.-	14
1.1.1. Embarazo, maternidad, adopción y acogimiento.-	15
1.1.2. Excedencia por cuidado de hijos y familiares.-	18
1.2. Los permisos retribuidos por motivos familiares.-	19
1.3. La reducción de la jornada por motivos familiares.-	25
1.4. La movilidad geográfica y la protección de la familia.-	30
1.4.1. El traslado a iniciativa empresarial y su compensación.-	31
1.4.2. La movilidad geográfica a iniciativa del trabajador: El reagrupamiento familiar.-	33
2. Prestaciones de la Seguridad Social.-	34
2.1. Periodo prenatal: La prestación por riesgo durante el embarazo.-	34
2.1.1. La situación protegida.-	35
2.1.2. Beneficiarias y requisitos para el acceso a la prestación.-	36
2.1.3. La prestación económica.-	38
2.1.4. Dinámica de la prestación.-	40
2.1.5. Gestión.-	41
2.2. Parto, adopción o acogimiento: La prestación por maternidad.-	42
2.2.1. La situación protegida.-	43
2.2.2. La prestación económica.-	50
2.2.3. Dinámica del derecho.-	51
2.2.4. Gestión.-	53
2.2.5. Cotización.-	54
2.2.6. Maternidad y desempleo.-	54
2.3. Las prestaciones por familiares a cargo.-	55
2.3.1. Prestaciones por hijo a cargo.-	55
a) El sujeto causante.-	58
b) La modalidad contributiva.-	60

c) La modalidad no contributiva. La asignación económica.-.....	61
2.3.4. Régimen de compatibilidad e incompatibilidad común de las prestaciones por hijo a cargo.-	69
2.4. Las prestaciones por fallecimiento.-	70
2.4.1. El auxilio por defunción.-	82
2.4.2. La pensión de viudedad.-	82
2.4.3. La pensión de orfandad.-	88
2.4.4. Las prestaciones a favor de otros familiares.-	90
2.4.5. Indemnización especial a tanto alzado.-	96
2.5. La gran invalidez.-	98
2.6.El derecho a mínimos por cónyuge a cargo.-.....	101
3. El papel de las Comunidades Autónomas en la protección de la familia. Especial referencia a la Renta Mínima.-	105
4. Beneficios fiscales en el IRPF.-.....	113
4.1. Derechos reconocidos al trabajador en el Estatuto de los Trabajadores. Tratamiento fiscal de las indemnizaciones por movilidad geográfica.-	113
4.1.1 Indemnización por extinción del contrato.-	115
4.1.2. Compensación económica en los casos de movilidad geográfica.-.....	118
4.2. Tratamiento de las prestaciones de la Seguridad Social y de otras prestaciones públicas.-	121
4.2.1.- Prestaciones por maternidad, familiares a cargo y por orfandad.-	121
4.2.1. Prestaciones por acogimiento de menores.-	131
4.2.2. Prestaciones por fallecimiento.-	134
a) Prestación por defunción destinada a gastos de sepelio.-.....	134
b) Otras prestaciones por fallecimiento	135
.-.....	135
4.3. Deducción por maternidad en la cuota del IRPF: Elección de aplicación a modo de prestación anticipada.-	137
4.3.1. Situaciones protegidas.-.....	137
4.3.2. Beneficiarios y constitucionalidad.-	137
4.3.3. Requisitos.-	137
4.3.4. Duración.-	138
4.3.5. Cuantía.-	138
4.3.6. Posibilidad de pago anticipado.-.....	139
4.3.7. Conclusiones.-	140
4.4. Mínimo personal y familiar.-	142
4.4.1. Concepto y utilización en la normativa del IRPF.-	142
4.4.2. Cuantía y reglas de determinación.-	145
4.5. El servicio domestico.-	150
4.6. Deducciones establecidas por las Comunidades Autónomas de régimen común.-	153
4.6.1. Por familias numerosas.-	154
4.6.2. Nacimiento.-	155
a) Deducciones autonómicas por nacimiento de un hijo.-.....	156
b) Por nacimiento del segundo hijo.-.....	158
c) Por nacimiento del tercer hijo.-	158
d) Por parto múltiple.-	160
4.6.3. Por adopción.-.....	161

a) Por adopción.-	161
b) Por adopción del segundo o ulterior hijo.-	162
c) Por adopción del tercer hijo.-	163
d) Por adopción internacional.-	163
4.6.4. Por guardería y estudios.-	165
a) Deducción por gastos de adquisición de libros.-	165
b) Gastos en guardería y centros escolares .-.....	165
c) Por estudios universitarios o tercer grado de Formación Profesional.-.....	168
d) Estudios del tercer ciclo.-	169
4.6.5. Por edad.-	170
4.6.6. Por viudedad.-.....	170
4.6.7.- Por cuidado de familiares o terceras personas.-	171
a) Por cuidado de ascendientes.-.....	171
b) Por cuidado de descendientes.-	173
c) Por cuidado de personas sin vínculo de parentesco.-	173
CAPÍTULO II.....	176
FAMILIA, CONTRATACIÓN Y DESEMPLEO.....	176
1. Trabajo asalariado y familia.-	176
2. Fomento del empleo y familia.-.....	179
2.1. Fomento de la contratación de la mujer tras situaciones de maternidad.-	180
2.2. Fomento de la reincorporación de la trabajadora autónoma después de la maternidad.-	182
2.3. Bonificación del coste para la empresa de la suspensión por maternidad y el contrato de interinidad.-	183
2.4. Reducción de la bonificación empresarial en la celebración de contratos de interinidad que se celebren para sustituir al trabajador que esté en situación de excedencia por cuidado de familiares.-.....	185
3. La contratación a tiempo parcial.-	185
4. La extinción del contrato de trabajo: la nulidad del despido por atentado a la conciliación de la vida familiar y laboral.-	188
5. La familia en la protección por desempleo: las cargas familiares.-	190
5.1. Familia, excedencia y situación asimilada al alta.-.....	190
5.2. Cargas familiares y cuantía de la prestación por desempleo.-.....	192
5.3. Cargas familiares y suspensión de las prestaciones por desempleo.-	193
5.4. Cargas familiares y beneficiarios del subsidio por desempleo.-.....	195
5.5. Cargas familiares y cuantía del subsidio por desempleo.-.....	196
5.6. Cargas familiares y duración del subsidio por desempleo.-	197
6. Beneficios Fiscales en el IRPF.-	198
6.1. Indemnizaciones percibidas por despido del trabajador.-.....	198
6.2. Prestación por desempleo.-	201

6.3. Reducción por movilidad geográfica como incentivo para trabajadores desempleados.-.....	203
6.4.- Deducciones establecidas por las Comunidades Autónomas de régimen común.-	205
6.4.1. Por fomento al empleo.-	205
6.4.2. Por trabajo.-	208
a) Deducción por traslado de residencia por motivos de trabajo.-	208
b) Deducción por trabajo dependiente.-	209
c) Deducción por la realización por uno de los cónyuges de la unidad familiar de labores no remuneradas del hogar.-	209
CAPÍTULO III.	210
PROTECCIÓN TRIBUTARIA DE LAS FAMILIAS CON ALGÚN MIEMBRO DISCAPACITADO	210
1. Concepto y acreditación de la discapacidad en el Derecho Tributario.-	210
2.- Beneficios fiscales de la discapacidad en el IRPF.-.....	214
2.1 Rentas exentas.-	215
2.1. Rendimientos del trabajo: Reducciones.-	223
2.1.1. Rendimiento íntegro reducido.-	224
2.1.2. Rendimiento Neto Reducido.-	226
2.2. Rendimientos de las actividades económicas.-.....	232
2.4.- Ganancias patrimoniales.-	234
2.4.1. No tributación cuando el destinatario sea un discapacitado.-.....	235
2.4.2. No tributación cuando el transmitente sea un discapacitado.-.....	236
2.5. Base liquidable: Reducciones en la base imponible.-.....	237
2.5.1. Reducciones por aportaciones a patrimonios protegidos de las personas discapacitadas.-	238
a) Régimen tributario del aportante al patrimonio protegido de la persona discapacitada.-	238
b) Régimen tributario del discapacitado titular del patrimonio protegido.-	243
2.5.2. Aportaciones a sistemas de previsión social constituidos a favor de discapacitados.-.....	246
a) Aportaciones.-	246
b) Prestaciones.-	249
2.6. Mínimo personal y familiar.-	250
2.7. Deducciones en la cuota por obras de adecuación de la vivienda habitual.-	250
3. Beneficios fiscales en el impuesto sobre sociedades.-.....	252
3.1. Deducción en cuota por aportaciones a sistemas de previsión social y a patrimonios protegidos a favor del discapacitado.-	252
3.2. Beneficios fiscales para acciones que mejoren las condiciones de accesibilidad de los discapacitados.-	253
3.2.1. Deducción por actividades de investigación y desarrollo.-	253
3.2.2. Deducción por adaptación de vehículos para discapacitados.-.....	254
4. Beneficios fiscales en el Impuesto sobre el patrimonio.-.....	255

5. Beneficios fiscales en el Impuesto sobre sucesiones y donaciones.-	255
5.1. Reducción por minusvalía.-	255
5.2. Reducción por transmisiones inter vivos de empresa individual, negocio profesional o participaciones.-	257
6. Beneficios fiscales en el IVA.-	258
6.1. Exenciones en operaciones interiores.-	258
6.2. Exenciones a la importación.-	260
6.3. Exenciones en las adquisiciones intracomunitarias.-	260
6.4. Tipos impositivos.-	261
6.5. Actividades económicas acogidas al régimen simplificado del IVA.-	266
7. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.-	267
8. Beneficios en el Impuesto especial sobre determinados medios de transporte.-	269
8.1. Supuestos de no sujeción.-	270
8.2. Supuestos de exención.-	270
9. Derechos Aduaneros.-	273
10. Beneficios fiscales en el impuesto sobre vehículos de tracción mecánica.-	274
11. Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras.-	277
12. Medidas adoptadas por las CC.AA. de régimen común.-	278
12.1.- Por contribuyente minusválido.-	278
12.2.- Declarantes con descendientes con minusvalía.-	280
12.3. Declarantes con ascendientes con minusvalía.-	283
12.4. Por acogimiento de terceras personas discapacitadas.-	285
PARTE SEGUNDA:	286
PROTECCIÓN SOCIAL DEL DISCAPACITADO COMO POLÍTICA DE INTEGRACIÓN EN EL MERCADO LABORAL.....	286
CAPÍTULO IV.....	287
PROTECCIÓN SOCIAL DEL DISCAPACITADO COMO POLÍTICA DE INTEGRACIÓN EN EL MERCADO LABORAL.....	287
1. Los instrumentos de acceso al empleo.-	287
1.1 La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los Centros Especiales de Empleo.-	287
1.2 Los Enclaves Laborales.-	292

1.3. Las especialidades en los contratos formativos.-.....	296
1.3.1 Las especialidades del contrato en prácticas para trabajadores minusválidos.-	296
1.3.2 Las especialidades del contrato para la formación de minusválidos.-.....	297
1.3.3. Contratos para la formación y Centros Especiales de Empleo.-.....	299
1.4. Los mecanismos de fomento a la contratación.-.....	300
1.5 La modalidad de pago único de la prestación por desempleo.-	307
2. Los instrumentos durante el desarrollo de la relación laboral.-.....	311
2.1 La prevención y protección de los riesgos laborales.-	311
2.2 La no discriminación por discapacidad.-	318
3.- Los instrumentos del sistema de seguridad social.-	323
3.1 La incapacidad permanente.-	323
3.1.1 Las prestaciones contributivas por incapacidad permanente.-	325
3.1.2. La prestación no contributiva por invalidez.-	349
3.2 La jubilación anticipada por minusvalía.-.....	361
3.3 Desempleo y discapacidad.-	365
3.3.1 Incompatibilidad entre invalidez y desempleo.-.....	365
3.3.2 El subsidio por desempleo para trabajadores declarados capaces.-.....	367
3.3.3 La Renta Activa de Inserción.-	371
3.4 La pensión de invalidez del SOVI.-.....	374
3.5 Las prestaciones de la LISMI.-	376
4. Beneficios fiscales.-.....	380
4.1. Contratación de personas con discapacidad.-	380
4.1.1. Estimación objetiva del rendimiento de actividades económicas en el IRPF.-	380
4.1.2- Deducción por creación de empleo para trabajadores minusválidos.-	381
4.2. Empresas cuya finalidad constitutiva sea la contratación trabajadores discapacitados: Centros especiales de empleo y Centros ocupacionales.-	382
4.2.1. Centros especiales de empleo y centros ocupacionales.-	383
4.2.2. Beneficios fiscales de los Centros Especiales de Empleo y de los Centros Ocupacionales: Remisión al régimen fiscal aplicable a las entidades sin ánimo de lucro.-	385
4.3. Incentivos fiscales destinados al desarrollo de actividades empresariales por discapacitados.-.....	389
4.3.1. Cooperativas de trabajo asociado.-.....	389
4.3.2.Prestación por desempleo en la modalidad de pago único.-.....	390
4.3.3. Exención en el Impuesto sobre Actividades Económicas.-	391

Ideas previas.-

En cumplimiento de la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, por la que se concede una subvención para la realización de un estudio original sobre “*la protección social de la familias con personas dependientes como instrumento de conciliación laboral y familiar de los miembros de la unidad familiar*” y, “*la protección social del discapacitado como política de integración en el mercado laboral*”, presentamos el trabajo que estas líneas introducen, que ha sido elaborado teniendo en cuenta, básicamente, los siguientes presupuestos metodológicos:

En primer lugar, hemos intentado identificar aquellos aspectos que lastran la igualdad de acceso al mercado de trabajo y a la conciliación de la vida familiar y laboral en nuestro ámbito de estudio; en segundo término, hemos realizado un análisis del régimen jurídico de la protección, actualmente vigente en los distintos sectores del ordenamiento que resultan implicados; con la confesa finalidad, en último extremo, de formular un elenco de propuestas que permitan mejorar la eficacia de las políticas de protección existentes.

En este sentido, resulta obligado partir del mandato incorporado en el artículo 41 de la Constitución española, al ordenar que “*Los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad*”. A los efectos del presente trabajo, resulta obligado, también, partir de otro mandato constitucional contenido en el art. 49 de nuestra Norma básica de convivencia, en virtud del cual “*Los poderes públicos realizarán una política de prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos*”. Resulta sabido, que los indicados preceptos, como el resto de los incorporados en nuestra Carta Magna, no sólo tienen un valor programático, sino también normativo. Y en consecuencia, vincula a los poderes públicos, que son los llamados por los mandatos constitucionales, al cumplimiento de las políticas de referencia.

En consecuencia, los indicados poderes, en cumplimiento de los dictados de nuestra Constitución, han de desarrollar unas políticas de protección que hagan frente a las necesidades, tanto económicas como prestacionales, de estos colectivos. Políticas, que se han materializado a través de mecanismos de solidaridad y de redistribución de la riqueza.

En este sentido, el Estado español, ha utilizado tradicionalmente dos vías para la protección de los colectivos especialmente necesitados: una, vía gasto público, estructurando una serie de prestaciones de carácter económico, concediendo una serie de subvenciones o transferencias directas, a las personas físicas, a sus familias, o a las instituciones que se ocupan de eliminar las barreras de desigualdad existentes en nuestra sociedad; otra, vía beneficios fiscales, es decir, mediante la utilización del sistema tributario para la consecución de dichos fines, en una política, denominada, de extrafiscalidad.

No obstante, el elenco de medidas ofrecidas por los poderes públicos para el cumplimiento de los mandatos aludidos, se han ido concibiendo como un “*precipitado histórico*”, sin que hasta el momento se hayan encuadrado en una auténtica política social, estructurada e interrelacionada, entre los diferentes sectores de nuestro ordenamiento. Los mecanismos jurídicos utilizados – o los instrumentos políticos empleados- han carecido de la coordinación necesaria para el cumplimiento de los fines globales ordenados por nuestro texto constitucional.

En efecto, en el estudio de campo realizado, con carácter previo a la elaboración del presente trabajo, se pone claramente de manifiesto la dispersión de los instrumentos jurídicos utilizados, su descoordinación –cuando no su claro carácter contradictorio- y las carencias –evidentes a nuestro juicio- que aún presenta nuestra normativa, para alcanzar unos niveles de protección que sean socialmente aceptables.

La adecuación entre los fines perseguidos y los instrumentos y medios previstos para alcanzarlos, es –a día de hoy- una de las principales carencias con las que se enfrentan los entes subjetivos de imputación de normas, a la hora de la conciliación de la vida familiar y laboral, en torno a nuestro principal objeto de estudio. Se precisa, en consecuencia, como se podrán de manifiesto a lo largo del presente trabajo, de una

adecuación normativa que integre los fines perseguidos, los instrumentos diseñados y los recursos necesarios para llevarlos a cabo. Y ello, teniendo en cuenta, a todos los actores –y en relación a los diferentes factores- que integran el llamado “mercado de trabajo”.

Estos condicionamientos previos, han determinado la estructura del trabajo que se presenta. La diversidad y la falta de coherencia entre los instrumentos y políticas desarrollados, la variadísima gama de mecanismos e instrumentos de protección, la diferente técnica jurídica utilizada en los diversos sectores de nuestro ordenamiento, el reparto del poder normativo entre los diferentes entes territoriales del Estado y, por qué no decirlo, los diferentes colectivos objeto del presente estudio, han condicionado, de forma decisiva, la propia estructura del presente trabajo.

Por las indicadas razones, el estudio que estas líneas previas presentan, aparece dividido en dos grandes bloques temáticos en el que hemos intentado analizar, de manera global y completa, el elenco de medidas previstas para la consecución de los mandatos constitucionales indicados. En una primera parte, se abordan los instrumentos de protección social y tributaria tendentes a favorecer a las familias con personas dependientes, para que sus miembros puedan conciliar su vida laboral y sus obligaciones familiares. La segunda parte del presente estudio, se centra en la protección social y tributaria del discapacitado como instrumentos de políticas de integración en el mercado laboral.

No obstante, a fuerza de mantener una mínima coherencia en la exposición que a continuación se desarrolla, el estudio realizado no presenta la una estructura diferenciada entre los dos grandes bloques temáticos abordados, pues incurriríamos en una de las incongruencias que en el mismo se denuncia: la necesidad de unas políticas coordinadas y de unos instrumentos transversales para atender a las necesidades de conciliación puestas de manifiesto. Por dicho motivo, la segunda parte en la que estructuramos el presente trabajo, coincide con el capítulo cuarto del mismo, en un intento de ofrecer una visión integral y global de los diferentes instrumentos jurídicos de protección.

En cumplimiento de la indicada finalidad, que ha presidido la elaboración y la redacción del estudio que ahora se presenta, en los cuatro capítulos que lo componen, (*protección de la familia: embarazo, maternidad, hijos a cargo e infortunios familiares; familia, contratación y desempleo; protección tributarias de la familia con algún miembro discapacitado; y, protección social del discapacitado como política de integración en el mercado laboral*) se han ido presentando los diferentes instrumentos ofrecidos, respectivamente, por el Derecho del Trabajo, por el Derecho de la Seguridad Social y por el Ordenamiento Tributario, en un intento de poner de manifiesto y así mejor visualizar, las principales carencias, la falta de coherencia y las contradicciones que se observan en el desarrollo de las distintas políticas orientadas, pretendidamente, hacia un mismo conjunto de fines.

No hemos pretendido focalizar nuestra atención, exclusivamente, en las deficiencias que presentan, a nuestro juicio, la estructura técnica de las diferentes políticas empleadas, antes al contrario, al realizar un análisis omnicompreensivo de todos los instrumentos previstos por nuestro ordenamiento, se van poniendo de manifiesto, también, las virtudes de los mecanismos de protección que han sido empleados en este “precipitado histórico”.

En la mente de todos se encuentran, los importantísimos avances que en esta materia, se han producido, con la promulgación de la denominada Ley de dependencia y su coordinación con otras modificaciones legislativas de tramitación prácticamente coetánea, como la nueva ley del IRPF, pero el estudio que ahora se presenta, pone, según pensamos, claramente en evidencia, la necesidad de un tratamiento integral de estas políticas que en definitiva intentan romper las barreras de la desigualdad.

Por los indicados motivos, y para evitar las enojosas reiteraciones que con frecuencia se realizan en un trabajo de las presentes características, el cuerpo del presente estudio, aparece preñado de remisiones a la temática ya abordada en el correspondiente epígrafe. Y por idénticos motivos, hemos prescindido del capítulo de conclusiones o de recapitulación, también usual en este tipo de trabajos. Hemos preferido presentar, la variadísima gama propuestas que *lege ferenda* hemos incorporado, al hilo del análisis de los distintos instrumentos estudiados, con la finalidad de ofrecer una mas adecuada comprensión de las reformas que creemos han de

incorporarse para avanzar en una mayor eficacia de los instrumentos actualmente utilizados y así, mejor visualizar, la necesidad de los nuevos mecanismos de protección, que también han sido propuestos al hilo del estudio temático realizado.

PARTE PRIMERA.

**PROTECCIÓN SOCIAL Y TRIBUTARIA DE LAS
FAMILIAS CON PERSONAS DEPENDIENTES
COMO INSTRUMENTO DE CONCILIACIÓN LABORAL Y
FAMILIAR**

CAPÍTULO I.

PROTECCIÓN DE LA FAMILIA: EMBARAZO, MATERNIDAD, HIJOS A CARGO E INFORTUNIOS FAMILIARES.

1. - Derechos reconocidos al trabajador para conciliar su vida laboral y familiar en el Estatuto de los trabajadores.-

1.1.- La suspensión del contrato de trabajo y familia.-

Siendo el laboral un contrato de tracto sucesivo, es habitual que durante su desarrollo se produzcan vicisitudes que interrumpan la prestación de servicios, sin que ello suponga la extinción del contrato de trabajo. Con ello, el legislador pretende, bajo el principio de permanencia o estabilidad en el empleo, facilitar la continuidad de la relación laboral, en consecuencia y a estos efectos, la suspensión impide la extinción bajo la tendencia protectora de la vida del contrato.

La suspensión del contrato de trabajo (Art. 45 del ET), exonera temporalmente las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar, e implica a su término, el derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado (Art. 48.1 del ET), salvo que se produzca mutuo acuerdo de las partes, o acontezcan las circunstancias consignadas válidamente en el contrato.

El legislador enumera las diferentes causas de suspensión y su respectivo régimen jurídico (Art. 45.1 del ET), si bien, a nuestro juicio, hemos de comenzar significando que la realizada en el precepto de referencia, ni es lógica, ni es sistemática, ni es completa¹.

¹ En el precepto de referencia se establecen como causas de suspensión: Mutuo acuerdo de las partes. Las consignadas válidamente en el contrato. Incapacidad temporal de los trabajadores. Maternidad, riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora y adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, de menores de seis años Cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria. Ejercicio de cargo público representativo. Privación de libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria. Suspensión de sueldo y empleo, por razones disciplinarias. Fuerza mayor temporal. Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Excedencia forzosa. Por el ejercicio del derecho de

No obstante, se ha de tener en cuenta, que a pesar de la situación de suspensión, -y sus efectos sobre la obligación principal (trabajar y remunerar)-, siguen estando vigentes otros derechos y deberes como el sometimiento por ambas partes a la exigencia de la buena fe contractual o al deber de guardar sigilo profesional (Art. 20.2 del ET)².

De entre las enumeradas en el precepto de referencia, encontramos varias relacionadas, directa o indirectamente con nuestro objeto de estudio:

1.1.1. Embarazo, maternidad, adopción y acogimiento.-

Sin duda, una de las causas de suspensión más representativas que afectan de lleno a nuestro objeto de estudio es la que viene constituida por *la maternidad, el riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora y adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, de menores de seis años*. Su régimen jurídico hemos de localizarlo en el Art. 48.4 y 5 del ET (sin perjuicio de su tratamiento en la LGSS y normativa de desarrollo). Dejando al margen su estudio como prestación de la seguridad social, hemos de destacar en este momento los siguientes aspectos de esta causa de suspensión del contrato laboral:

huelga. Cierre legal de la empresa. Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

² Lo anterior no significa que no existan problemas que han de ser perfilados por la legislación que resulta aplicable, por ejemplo, un tema discutido, por la falta de precisión en la norma, es el efecto de la suspensión sobre la antigüedad del trabajador en la empresa. En efecto, el ET sólo garantiza su cómputo para los supuestos de excedencia forzosa por desempeño de cargo público (Art. 46.1 del ET), y de excedencia por desempeño, a nivel provincial, autonómico o estatal, de cargos electivos en las organizaciones sindicales más representativas (Art. 9.1.b LOLS), y por último y en relación con la familia, en las excedencia por cuidado de hijo y de familiares (Art. 46.3 del ET). Ahora bien, estas especificaciones no significan la exclusión de este cómputo de antigüedad en el resto de supuestos, sino la especificación para ellos de un régimen general, sólo excluido para el supuesto de excedencia voluntaria a tenor de la literalidad de la redacción del Art. 46.1 del ET (en él se refiere a la excedencia voluntaria y a la forzosa, y expresamente reconoce el derecho al cómputo de antigüedad sólo en la forzosa) En el mismo sentido L. M. Camps Ruiz, “Las vicisitudes del contrato de trabajo”, en Derecho del Trabajo, Tomo II, Contrato individual, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2005, pag. 542.

a) Maternidad:

Para la madre, la suspensión tendrá una duración de 16 semanas ininterrumpidas³, ampliadas, en caso de parto múltiple, en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto⁴. El padre podrá hacer uso de este derecho, en primer lugar, en caso de fallecimiento de la madre, en cuyo caso podrá utilizar la totalidad del periodo a ludido, o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión⁵. En aquellos supuestos en los que ambos trabajen, los cónyuges podrán disfrutar del descanso/suspensión, de forma sucesiva o simultánea pero con las siguientes limitaciones: en primer lugar el padre no podrá hacer uso de las seis semanas de descanso obligatorio⁶; en segundo término, el disfrute del padre, en la actualidad, se encuentra condicionado a la voluntad de la mujer. En efecto, es la madre la que al iniciarse el periodo de descanso puede optar por el descanso del padre, y esta opción no se materializará si en el momento de incorporarse, supone un riesgo para la salud madre. A nuestro juicio, este tratamiento del derecho del padre subordinado al derecho de la madre, debería reformarse hacia un tratamiento en igualdad de derechos, conservándose, eso sí, la necesaria protección de la mujer en relación con su salud y el cuidado del recién nacido en el periodo inmediatamente posterior al parto⁷.

³ Excepto en los supuestos en que por parto prematuro u otra causa el neonato deba permanecer hospitalizado tras el parto, y sin perjuicio de las seis semanas obligatorias, en cuyo caso el periodo de suspensión –el resto- podrá computarse, a petición de la madre –o en su defecto del padre-, a partir de la fecha del alta hospitalaria (Art. 48.4.3 del ET).

⁴ Estas semanas se consideran de descanso obligatorio y el resto voluntario, este tratamiento diferenciado debería reflejarse en la redacción del ET.

⁵ El precepto debería hacer referencia a que este derecho se puede disfrutar con independencia de que la madre trabaje.

⁶ A nuestro juicio, esta exclusión no tiene hoy excesivo sentido y aun más, se puede considerar que teniendo en cuenta la descomposición de la familia tradicional, puede ser el momento en el que más necesite la madre de la compañía del padre y que este asuma parte de la responsabilidad del cuidado, precisamente cuando más se necesita.

⁷ Para evitar reiteraciones innecesarias abordaremos el resto de los aspectos referentes a la maternidad al estudiar dicho supuesto en la órbita de las prestaciones de la seguridad social. Momento al que en este punto hacemos remisión.

b) Adopción o acogimiento⁸:

La norma comentada hace referencia, tanto al preadoptivo, como al permanente, de menores de seis años (o menores de 18 excepcionalmente⁹). La duración de la suspensión también es de 16 semanas (ampliables en los mismos términos). El derecho se reconoce en igualdad al padre o la madre –siempre que ambos trabajen-, y podrán disfrutarlo de forma sucesiva o simultánea (con los límites en duración del Art. 48.4.4 del ET). Igualmente se podrá disfrutar en régimen de jornada completa o a tiempo parcial –previo acuerdo con el empresario Art. 48.4.6 ET). En este supuesto sí observamos una equiparación de derechos entre el padre y la madre que consideramos acertada¹⁰.

c) Riesgo durante el embarazo¹¹:

En este supuesto, la suspensión del contrato finalizará el día en que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica o desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado (Art. 48.5 del ET)¹².

Junto a cuanto antecede, se ha de tener en cuenta que, como política de empleo, debe tenerse presente las bonificaciones de cuotas de Seguridad Social para los trabajadores en período de descanso por maternidad, adopción, acogimiento preadoptivo o permanente y por riesgo durante el embarazo. Y de igual forma se ha de tener presente que la cotización de los trabajadores o de los socios trabajadores o socios de

⁸ Se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y acogimiento preadoptivo o permanente aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y acogimiento preadoptivo o permanente, cualquiera que sea su denominación.

⁹ En el caso de adopción o acogimiento familiar de personas con discapacidad o de quienes por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, para que se produzca la situación protegida el adoptado o acogido deberá ser menor de dieciocho años. A los efectos de las previsiones del presente Real Decreto, se entenderá que el adoptado o acogido presenta alguna discapacidad cuando acredite una minusvalía en un grado igual o superior al 33 por 100, de conformidad con el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

¹⁰ Para evitar reiteraciones innecesarias, el resto del contenido del derecho analizado, será estudiado en el análisis de la prestación correspondiente de la seguridad social por causa de maternidad.

¹¹ En los términos previstos en el Artículo 26, apartados 2 y 3, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

¹² El resto del contenido del presente derecho lo estudiamos en la prestación de la seguridad social por riesgo durante el embarazo, y a ella nos remitimos en este momento.

trabajo de las sociedades cooperativas, sustituidos durante los períodos de descanso por maternidad, adopción, acogimiento preadoptivo o permanente y por riesgo durante el embarazo, mediante los contratos de interinidad bonificados, celebrados con desempleados, a que se refiere el Real Decreto Ley 11/1998, de 4 de septiembre, les será de aplicación una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta.

Si bien, no podemos desconocer que sólo será de aplicación esta bonificación, mientras coincidan en el tiempo la suspensión de actividad por dichas causas y el contrato de interinidad del sustituto. Por otra parte, la duración máxima de las bonificaciones previstas para los trabajadores o socios sustituidos, coincidirá con la situación de suspensión de su relación profesional, con el límite máximo que proceda según los casos¹³.

1.1.2. Excedencia por cuidado de hijos y familiares.-

Dentro de las excedencias y también como supuestos de suspensión del contrato de trabajo se encuentra la excedencia por cuidado de hijo y la excedencia por cuidados de familiares, ambas sujetas a reglas específicas, por lo que habrá que estar a su régimen propio (Art. 46.3.1 del ET). En todo caso y como se expondrá oportunamente, su regulación presenta numerosas deficiencias técnicas, cuando no contradictorias.

A nuestro juicio, las carencias en esta materia se manifiestan, a los efectos del presente trabajo, básicamente en la confusión del legislador al especificar los diferentes tipos de excedencia. En todo caso nos encontramos ante una situación de suspensión por motivos familiares que atiende a dos supuestos pretendidamente disímiles: hijos y familiares¹⁴.

¹³ LEY 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

¹⁴ Queden, por el momento, simplemente apuntadas, remitiéndonos a su análisis detallado en posteriores apartados.

1.2. Los permisos retribuidos por motivos familiares.-

Dentro de la regulación del tiempo de trabajo, el legislador establece una serie de circunstancias que permiten reducir la jornada ordinaria o los periodos en los que el trabajador queda liberado de la prestación.

Su regulación básica se encuentra en el Art. 37 del ET¹⁵, bajo la rúbrica “*descanso semanal, fiestas y permisos*”. Sobre este particular y como veremos, no sólo a efectos sistemáticos, a nuestro juicio hubiese sido más correcto situar en preceptos diferenciados el derecho al descanso –semanal y festivo- y aquellas vicisitudes que se manifiestan durante la relación laboral, bien sobre la duración de la jornada o sobre el deber de trabajar.

En efecto, en lo que ahora nos interesa, el precepto aludido regula dos suertes de supuestos que conviene claramente diferenciar: los que suponen una interrupción total pero breve de la prestación de servicios –los permisos-, y aquellos en los que en determinadas circunstancias el trabajador tiene derecho a una reducción de la jornada normal de trabajo¹⁶.

Una de las conclusiones que podemos adelantar en el presente estudio es la necesidad de establecer un capítulo específico del Título I del Estatuto de los Trabajadores, en el que se recojan todos aquellos aspectos relativos a la conciliación de la vida familiar y laboral, hasta la fecha dispersos (suspensión del contrato, reducción de la jornada, permisos, movilidad geográfica, etc.). Con ello, no sólo se ganaría en claridad y seguridad jurídica, sino también, en esta regulación se podrían tratar los derechos preferentes de quienes tienen cargas familiares y derecho a conciliar la vida familiar y laboral, en relación con los derechos al descanso anual o vacaciones, descanso semanal, reducción de la jornada, elección en casos de continuada o partida o

¹⁵ En otros preceptos del ET se tratan otros permisos concedidos al trabajador: el Art. 23.1.a , por el que el trabajador tendrá derecho al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes; y el Art. 40.4 que regula los permisos concedidos al trabajador desplazado temporalmente (además el Art. 53.2, regula la licencia sin pérdida de su retribución para buscar nuevo empleo, durante el periodo de preaviso en los supuestos de extinción por causas objetivas).

¹⁶ En la misma línea antes explicitada, estimamos que también ambas circunstancias deberían estar reguladas en preceptos distintos. O bien, al estar ambos íntimamente relacionados con el principio general constitucional de conciliar la vida laboral y familiar, sería deseable una regulación conjunta –sección – en el ET, aunque en artículos diferenciados.

trabajos a turnos. Supuestos sobre los que en la actualidad el ET guarda silencio, sin perjuicio del tratamiento, que en su caso está haciendo la negociación colectiva.

Lo anterior porque no podemos olvidar que además de la regulación estatutaria, hay que tener presente que la regulación de estos permisos suele estar completada por la negociación colectiva, fundamentalmente por dos aspectos: la mejora de la duración de los supuestos previstos y/o la creación de otros supuestos que dan lugar al mismo derecho, en muchos casos los conocidos como “*asuntos propios*”. En otras ocasiones, las menos, los convenios intentan precisar las lagunas que contiene la regulación legal y que inmediatamente se expondrán.

A diferencia de las interrupciones de la prestación de servicios imputables al empleador¹⁷, el apartado tercero del Art. 37 recoge una serie de supuestos en los que el trabajador, como excepción a la obligación de trabajar, no presta sus servicios sin que por ello pierda el derecho al salario, ni se produzca efecto negativo sobre algún aspecto de la relación contractual. Es necesario estudiar los supuestos en relación con la familia que tienen esa virtualidad, los requisitos para que los tengan y los efectos que producen.

No obstante, hemos de comenzar significando que no hay una regulación homogénea de estos supuestos, por lo que hay que penetrar, para su estudio, en su régimen particularizado, en todo caso, su excepcionalidad “*obligaría a utilizar criterios restrictivos a la hora de su interpretación. Ahora bien, ha de ponderarse convenientemente la incidencia que en alguno de estos supuestos presenta su conexión con auténticos derechos constitucionales, y con lo que hoy se revelan como genuinos principios generales, como sucede con la conciliación de la vida laboral y familiar*”¹⁸.

Los supuestos recogidos en el ET¹⁹ relacionados con la familia son el matrimonio (Art. 37.3.a del ET) y el nacimiento de hijos o fallecimiento, accidente o

¹⁷ Art. 30 del ET, incluido dentro de la regulación del salario, por cuanto ha sido considerado tradicionalmente como un supuesto de “*mora accipendi*”, en el que se conserva el derecho al salario.

¹⁸ Vida Soria, J., Monereo Pérez, J. L., y Molina Navarre, C., Manual de derecho del Trabajo. Op. Cit. Pg. 544.

¹⁹ Nada impediría que la negociación colectiva estableciera otros supuestos o mejorara los establecidos en el ET como ya se ha dicho.

enfermedad grave u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (Art. 37.3.b del ET,²⁰).

En el segundo bloque de este apartado, los infortunios familiares, hay que entender incluido el cónyuge, pues aunque el cónyuge se encuentra fuera de los grados de parentesco civil (Art. 915 y ss.), no tiene sentido su exclusión en relación con el espíritu de la norma²¹. De igual forma, en este segundo bloque tampoco se hace mención a la adopción y al acogimiento, y a nuestro juicio deben entenderse también incluidos²². En esta misma línea, tampoco se encuentran delimitados los aspectos concernientes con el segundo grado de afinidad, en concreto cabe la duda si incluir a los cónyuges de nuestros hermanos²³. Como se puede observar es necesario precisar legalmente esta cuestión, todo ello sin perjuicio de que el convenio colectivo puede ampliar el grado de parentesco²⁴.

Como elementos comunes a estos dos supuestos –y al resto –, se encuentra, en primer lugar, que es un derecho del trabajador si se actualiza la causa legal o convencional –no es por tanto una concesión graciable por el empresario-. Es además un mínimo de derecho necesario que no puede ser reducido por pacto individual o convenio colectivo. Pero, para ello, el trabajador debe comunicar al empresario con antelación al disfrute la actualización del supuesto –pues la ausencia afecta a la organización del trabajo-, y necesariamente la justificación del mismo, pues en otro caso estaríamos ante una ausencia injustificada que daría derecho al empresario a sancionar al trabajador incluso con el despido disciplinario. Ninguno de ambos aspectos, el previo aviso y la justificación posterior se encuentran precisados en la regulación actual del

²⁰ En su redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre que amplía la redacción anterior incluyendo los supuestos de hospitalización.

²¹ STC de 18 de octubre de 1988. Siendo, en todo caso, un aspecto a incluir en una nueva redacción del precepto de referencia.

²² Porque el primero se ha equiparado a la filiación natural (Art. 108 CC), y el segundo, aunque no por efectos civiles, sí se desprende claramente del propio espíritu de la norma.

²³ Con los que según las reglas civiles no existe grado de parentesco. Sobre ellos el Tribunal Supremo ha establecido que en estos casos ha de estarse más a los usos sociales, de los cuales se desprende que la relación de afinidad es bilateral y proyecta sus principales efectos en una doble dirección, por lo que igual trato han de recibir a estos efectos tanto los hermanos del cónyuge, como los cónyuges de los hermanos (STS de 18 de febrero de 1998).

²⁴ La realización de exámenes prenatales, técnicas de preparación al parto, la lactancia, el nacimiento de hijos prematuros y la guarda legal, son supuestos de reducción de la jornada, que se estudian en apartado diferenciado.

ET, por lo que es la jurisprudencia la que viene flexibilizando ambos elementos en función de las circunstancias concretas²⁵.

Hemos de precisar que, en todo caso, el trabajador mantiene el derecho a la remuneración por el tiempo no trabajado, aunque tampoco se precisa en la norma si se retribuye de la misma manera que en tiempo de trabajo, es decir, si comprende la totalidad de pluses, primas o incentivos²⁶. Ante la ausencia de la necesaria precisión legal y si no hay precisión por el convenio colectivo, el Tribunal Supremo – sentencia de 20 de mayo de 1992- entiende que debe considerarse comprendido el salario real, es decir, salario base más complementos salariales.

Si descendemos brevemente al análisis de los supuestos indicados, tenemos que comenzar indicando que el matrimonio, cualquier tipo de matrimonio²⁷, civil o religioso, reconocido por nuestro derecho, da derecho a 15 días naturales de permiso retribuido, que se disfrutarán, pese a que la norma no lo indique, de forma ininterrumpida e inmediatamente tras la celebración del mismo²⁸.

El problema que en la actualidad se plantea sobre el alcance de este derecho, viene determinado por la generalización de otras formas de convivencia. En principio el derecho queda restringido por la expresión “matrimonio”, pero hoy nos encontramos con comunidades o municipios que registran oficialmente estas uniones por lo que debería recogerse en el ET esta posibilidad y su equiparación de forma general, como en este sentido lo están ya realizando los convenios colectivos.

²⁵ Sobre el tiempo de previo aviso, teniendo presente el principio de “buena fe contractual”, y salvo que el convenio lo precise, será “el razonable”, pero atendiendo a las circunstancias –habitualmente la celebración del matrimonio se encuentra previsto con antelación, pero no así un accidente grave de un familiar o la fecha exacta de un nacimiento -; en el caso de que no se pudiera preavisar, sí se deberá manifestar la voluntad del trabajador de comunicarlo al empresario en cuanto ha sido posible. Sobre la naturaleza de la justificación –a posteriori a diferencia del preaviso-, cuando sea posible será por documento oficial, y en otro caso deberá ser el justificante adecuado a la situación.

²⁶ Cuestión sobre la que la jurisprudencia –de los Tribunales Superiores de Justicia- no es pacífica, especialmente sobre determinados complementos salariales –como nocturnidad o primas de asistencia-. Además es una cuestión que los convenios tampoco suelen tratar.

²⁷ Incluido tras la reforma –Ley 13/2005- el celebrado entre homosexuales; pero en principio excluidos los celebrados bajo ciertos ritos religiosos o civiles no reconocidos legalmente (como el rito gitano), salvo que el convenio colectivo o pacto individual así lo admita.

²⁸ Nada impide que el convenio colectivo o un acuerdo o pacto con el empresario modifique el indicado espíritu de la norma sobre disfrute anterior a las nupcias, su acumulación con vacaciones o incluso su fraccionamiento. La referencia a días naturales deja claro que comprende los descansos semanales y festivos, salvo de nuevo, que otra cosa diga el convenio colectivo.

Por otra parte, se ha de indicar que después del reconocimiento civil del divorcio, el uso del derecho no está limitado a una sola vez (ni es ajustado a derecho la limitación de tiempo transcurrido entre uno y otro, ni referencia a las causas que lo motivaron, que pueda imponerse por convenio colectivo). Lo que sí será necesario, en todo caso, es su acreditación oficial a posteriori, pues como se ha dicho, el ET se refiere al reconocido legalmente –lo que de nuevo supone problemas para su ejercicio al celebrado por ritos no reconocidos por nuestro derecho–.

En el supuesto de nacimiento de hijo –matrimonial o extramatrimonial-, o por fallecimiento, accidente o enfermedad graves u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad –incluido el cónyuge-, el trabajador tiene derecho a dos días de permiso, que se ampliará a cuatro, en caso de que se necesite hacer algún desplazamiento²⁹.

El permiso por nacimiento de hijo se reconoce exclusivamente al padre, pues el permiso queda limitado al “nacimiento de un hijo”, quedando fuera los supuestos de adopción o acogimiento; además queda fuera la madre pues disfruta del periodo obligatorio –seis semanas- de descanso por maternidad –que es un supuesto de suspensión del contrato- (Art. 48.4 del ET). Lo anterior no impide que los convenios amplíen el supuesto de hecho protegido a la adopción y acogimiento preadoptivo o permanente. Sobre esta posibilidad, debe tenerse presente que aunque originariamente el legislador estaba pensando en que el padre no se encuentra impedido biológicamente para trabajar, pero debe tener la posibilidad de “disfrute de dicho momento”, hoy esta situación se puede hacer extensiva a las situaciones de adopción y acogimiento, aunque bien es cierto que en estos casos el padre tiene el derecho al descanso por maternidad –y suspensión del contrato- al reconocerse al hombre y a la mujer en esos supuestos el derecho en igualdad de condiciones, que incluso pueden disfrutarlo de forma simultánea (Art. 48.4 del ET).

²⁹ Sobre esta última cuestión, hay que entender, realizando una interpretación literal, desplazamiento a otra localidad, aunque la finalidad de la norma sea que el permiso no se consuma en el desplazamiento, lo cual se encuentra determinado no tanto por el cambio de localidad sino por la distancia y la facilidad del transporte. En algunos convenios colectivos se ha precisado un Kilometraje mínimo, o que el desplazamiento sea a otra provincia, sin que estas circunstancias puedan considerarse restrictiva del derecho. Por el contrario sí sería restrictiva del derecho la exigencia de que se tenga que pernoctar fuera de la localidad de residencia, pues es excesiva y poco precisa.

Aunque en principio este derecho –nacimiento de hijo- no plantea problemas de interpretación, sí se manifiestan ciertas lagunas en su regulación. En primer lugar, si en el permiso anterior se hacía referencia a “días naturales”, el silencio en este caso puede manifestar que nos encontramos ante un derecho de disfrute de “días laborables”, y ya en su día el Tribunal Supremo precisó que como días laborables han de entenderse a estos efectos, en caso de silencio de la norma convencional, los días de lunes a sábado que no sean festivos (STS de 12 de julio de 1993). Lo anterior no puede significar que si el evento al que da derecho el permiso –recuérdese que como regla general el permiso se debe disfrutar de forma inmediata al mismo -, coincide con descanso semanal, con vacaciones, o con otros permisos –incluso con supuestos de suspensión del contrato-, se tenga que disfrutar en otro momento o acumular a los indicados periodos, por lo que en la práctica el tratamiento sería el mismo³⁰. En todo caso debería ser un aspecto precisado por la norma legal.

Otra de las indeterminaciones de la norma comentada es que en la misma tampoco se precisa el alcance del término “graves”, en el accidente o enfermedad, por lo que si en el resto de supuestos es necesario y posible justificar a posteriori con documentación oficial su existencia (nacimiento u hospitalización), podemos encontrarnos con alguna dificultad para coordinar el alcance de la gravedad, de manera que sea aceptada por el empresario, y más aún, cuando el legislador no ha restringido a un número determinado su ejercicio, por lo que puede utilizarse por un mismo familiar en varias ocasiones, o de forma sucesiva, o incluso acumularse de forma ininterrumpida por familiares distintos (por ejemplo todos implicados en un mismo accidente)³¹. Tampoco precisa el precepto tras la ampliación de su redacción por la Ley 39/1999, a los casos de hospitalización, su verdadero alcance, pues la hospitalización no significa necesariamente gravedad y en consecuencia la mera hospitalización justificaría el

³⁰ Además, si acudimos al cómputo de plazos en las relaciones privadas (Art. 5.2 del CC), serían días naturales, por lo que serán de aplicación los criterios antes explicados. Sin perjuicio de que el convenio colectivo amplíe su duración y/o lo precise que se disfrutarán en días hábiles.

³¹ Todo ello, salvo precisión en el convenio colectivo, que no suponga una restricción clara del derecho, habrá que estar a cada caso concreto. Incluso puede darse la circunstancia de que por un mismo familiar varios trabajadores de la misma empresa soliciten el derecho al permiso, ante el silencio de la norma no se puede hacer una interpretación restrictiva, aunque el legislador podría haber aplicado –y no lo ha hecho- las reglas de limitación del derecho contenidas en el Art. 37.5 para el cuidado directo de un familiar Tal y como establece el precepto –que luego se estudiará-: “*la reducción de jornada contemplada en el presente apartado constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa*”.

derecho al permiso. Pudiendo producirse la paradoja de encontrarnos con supuestos de enfermedad grave que no suponen la hospitalización –imagínese los supuestos de cuidados paliativos previos a la muerte prestados en el domicilio del enfermo-. En los que a primera vista no se tendría tal derecho³².

1.3. La reducción de la jornada por motivos familiares.-

Además de la determinación genérica de la prestación de servicios comprometidos en el contrato, existen otros aspectos mucho más concretos y más técnicos, que determinan de forma específica esa prestación. Entre los mismos se encuentran las determinaciones temporales, y en concreto el tiempo de trabajo o jornada de trabajo. Sobre esta cuestión inciden los supuestos de reducción legales de jornada, diferenciándolos, en este caso, del régimen de permisos retribuidos, pese a su regulación conjunta, como hemos visto, en el mismo precepto -el Art. 37 del ET-.

En concreto nos referimos a determinados supuestos que por determinadas circunstancias personales³³, - con causa familiar-, el trabajador tiene derecho a gozar de una reducción de su jornada normal, o “*derecho a ausentarse del trabajo*”, tal y como lo denomina el legislador en la mayoría de los supuestos.

Las causas “familiares”³⁴, que dan lugar a este derecho de reducción son las siguientes³⁵:

³² Es más, de la redacción puede entenderse que la enfermedad grave o la hospitalización son dos supuestos distintos que por tanto pueden coincidir en el mismo sujeto causante y generar derechos distintos de permiso para el mismo trabajador. Por todo ello también debería ser este un aspecto a precisar por la norma legal.

³³ Hay otras reducciones de la jornada o limitaciones en ciertos sectores de la actividad productiva – trabajos en el campo o en interior de minas-; además debe tenerse presente, por razones de seguridad y salud laboral, las limitaciones a la exposición en ciertos riesgos ambientales o en circunstancias de peligrosidad, penosidad o insalubridad; para ello véase, entre otras, el RD 1561/1995 sobre jornadas especiales, dictado en virtud de la autorización al Gobierno que realiza el Art. 34.7 del ET.

³⁴ A los supuestos que se van a enumerar hay que añadir, aunque no relacionado con la familia, sino solamente con la mujer, el recogido en el apartado siete del Art. 37 –añadido por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género-, que reconoce el derecho –mucho más amplio y diverso que el de la mera reducción de la jornada- de la trabajadora víctima de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción necesaria de su jornada de trabajo, con disminución proporcional del salario, o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa.

³⁵ Todo ello, sin perjuicio, de que por negociación colectiva se puedan establecer otros supuestos.

a.- Ausencia de la mujer trabajadora para realizar los correspondientes exámenes prenatales, así como para asistir a las técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo³⁶. Este derecho hay que entenderlo específico de la mujer³⁷, pues aunque no lo menciona el ET, así lo precisa la Ley 31/1985³⁸. La ausencia al trabajo tendrá la duración indispensable para su realización, lo que puede significar incluso toda la jornada –y en ese caso equipararse el régimen de los permisos-. Por otra parte, al estar recogido dentro del apartado de los permisos, se ve condicionado por sus elementos y en consecuencia, es necesario el previo aviso y justificación³⁹. Por último se ha de precisar, que la trabajadora no pierde derecho a su remuneración, considerándose el tiempo de su disfrute como de trabajo efectivo⁴⁰.

b.- Ausencia del trabajo por lactancia, natural o artificial⁴¹, de un hijo menor de nueve meses⁴², cualquiera que sea su filiación, natural o adoptiva (Art. 37.4 del ET). Nos encontramos ante un derecho individual que pueden ejercer la madre o el padre, indistintamente, siempre que ambos trabajen, lo que no puede significar tanto su acumulación como su disfrute simultáneo. Sobre este aspecto hay que señalar que la redacción del precepto es confusa, pues inicialmente parece reconocer que la titularidad del derecho es de la mujer⁴³, para indicar con posterioridad que es un derecho que se puede disfrutar de forma “indistinta”, eso sí, como decíamos, sólo en el supuesto en que trabaje ambos cónyuges. El precepto habrá que interpretarlo tal y como está redactado actualmente, y en consecuencia, si la madre no trabajase, el padre no tendría derecho, salvo que la madre falleciera⁴⁴ (como ha indicado alguna doctrina). Interpretación, que

³⁶ Art. 37.3.f del ET en relación con el Art. 26.5 de la Ley 31/1985 de Prevención de Riesgos Laborales. La primera circunstancia es transposición de la Directiva 92/1985 CEE –sobre la promoción de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada-, la segunda no estaba prevista, por lo que es una mejora realizada por nuestro derecho interno.

³⁷ Junto con otros derechos específicos de la mujer: el descanso de seis semanas pos parto; la suspensión por riesgo durante el embarazo, la reducción por violencia de género –este discutido-.

³⁸ Aunque cada vez es un uso social más extendido la presencia del hombre –acompañando a la mujer- en los cursos de preparación al parto.

³⁹ Tal y como se deduce del Art. 26.5 de la LPRL, la justificación versará sobre la efectiva realización del hecho y sobre la “necesidad de su realización dentro de la jornada”.

⁴⁰ La problemática sobre el contenido del derecho a la retribución –en este y en el resto de los supuestos-, es coincidente por lo que hemos de hacer una remisión a las consideraciones realizadas en bloque correspondiente a los permisos.

⁴¹ Pues no se restringe a la primera en la norma.

⁴² Aunque la lactancia supere este periodo este es el límite temporal del derecho.

⁴³ El precepto comienza con “las trabajadoras” y continua en esa línea al indicar que es “la mujer” la que podrá sustituir el derecho por una reducción.

⁴⁴ Otra opción distinta, y discutible, es la situación que se produce si ambos trabajan pero en empresas distintas, pues no se ha regulado la comunicación entre ambas empresas para conocer la opción por el ejercicio del derecho de ambos trabajadores. Otro supuesto tampoco previsto es si trabajando la mujer,

a nuestro juicio, si bien no puede considerarse inconstitucional⁴⁵, nada impediría otra opción por parte del legislador que fuera “más generosa con el padre”. El precepto permite que el mencionado derecho se pueda disfrutar sucesivamente –es decir, repartido entre ambos cónyuges-. La ausencia, o interrupción de la jornada, tendrá una duración de una hora, que habrá que entenderse diaria y que se podrá dividir en dos fracciones –que no tienen por qué ser iguales-, o bien, a elección del trabajador, se podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada en media hora –también habrá que entender diaria y al comienzo o al final de la misma-. El ejercicio de este derecho no producirá en ninguna de las opciones, disminución en el salario. Voces, muchos más autorizadas de la nuestra han reconocido que este derecho, en cualquier de las modalidades elegidas, es claramente insuficiente para la propia conciliación de la vida familiar y laboral⁴⁶.

c.- Ausencia del trabajo por nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto⁴⁷. Como los anteriores, nos encontramos ante un derecho individual que pueden ejercer la madre o el padre, indistintamente, siempre que ambos trabajen (en este supuesto no hay un derecho preferente de la madre). Su contenido da derecho a ausentarse del trabajo durante una hora (hay que entender diaria), sin disminución en el salario, asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas (hay que entender diaria y al inicio o al final de la misma), aunque en este caso, sí se producirá una disminución proporcional del salario. Nótese que se utiliza el término “asimismo”, lo que indicaría que se tiene derecho a acumular las dos situaciones –ausentarse del trabajo durante la jornada y simultáneamente a reducirla al inicio o al final -, situación opuesta a la lactancia en la que el término que se utiliza es el de “sustitución”⁴⁸.

pero teniendo suspendido el contrato por maternidad, el padre puede hacer uso de la reducción por lactancia (si parece claro que si es el padre el que disfruta del descanso por maternidad la madre puede hacer uso de la reducción de jornada por lactancia); otro supuesto no previsto y objeto de controversia es cuando nos encontramos ante actividades distintas, es decir, un padre que realiza actividad por cuenta ajena y la madre actividad por cuenta propia, pues el término utilizado por el legislador es simplemente que ambos “trabajen”.

⁴⁵ Véase en este sentido la STC 109/1993, de 25 de marzo.

⁴⁶ Véase en este sentido la STC 109/1993, de 25 de marzo.

⁴⁷ Art. 37.4.bis del ET, añadida por la Ley 12/2001.

⁴⁸ En este y en el anterior supuesto se podrían establecer otras posibilidades de flexibilidad horaria –entre un mínimo y máximo de reducción-, e incluso otras opciones que mejor respondan al interés familiar, como la reordenación del tiempo de trabajo o la aplicación de un horario flexible; supuestos, en forma de opción para la trabajadora, que se han previsto para el supuesto de reducción por violencia de género -Art. 37.7, añadido por la Ley Orgánica 1/2004-, dejando cierto grado de concreción a la negociación colectiva,

d.- Reducción de la jornada de quienes por razones de guarda legal⁴⁹ tenga a su cuidado directo algún menor de seis años o un minusválido físico, psíquico o sensorial (no exige el legislador grado de incapacidad o grado de minusvalía)⁵⁰, que no desempeñe una actividad retribuida (Art. 37.5 primer párrafo). La reducción de la jornada tendrá una duración entre al menos un tercio y un máximo de la mitad de su duración (hay que entender de la jornada diaria como en el resto de supuestos), con una disminución proporcional del salario. Este grado de flexibilidad en la opción por la reducción se puede considerar como acertado y se podía reflexionar sobre la posibilidad de extenderlo a otros supuestos, como ya se ha dicho. De nuevo nos encontramos ante un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres que además, no se encuentra limitado a un trabajador por cada sujeto causante, es decir, puede ser acumulativo; no obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa (y sólo en ese caso) generasen este derecho por el mismo sujeto causante (no, si se genera por distintos sujetos causantes), el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo (por lo que no podrá limitar el disfrute sucesivo), por razones justificadas de funcionamiento de la empresa (sobre el empresario recae la carga de la prueba).

e.- Reducción de la jornada de quienes precisen encargarse del cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida (Art. 77.5 segundo párrafo). El derecho tiene el mismo alcance que el reconocido para el cuidado directo de un menor, es decir, la reducción de la jornada tendrá una duración de al menos un tercio y un máximo de la mitad de su duración, con una disminución proporcional del salario, e igualmente es de aplicación la limitación del ejercicio por parte de la empresa si coincide el ejercicio del derecho en más de un trabajador por el mismo sujeto causante.

al pacto con los representantes, o al acuerdo con el trabajador; todo ello sería más acorde con el mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia, como ya empieza a hacer la jurisprudencia. Vid. SsTs de 10 de julio de 2000 y de 11 de diciembre de 2002.

⁴⁹ Que comprende la patria potestad (Art. 154 del CC), la tutela (Art. 215 del CC), y el acogimiento (Art. 172.3 y 173.1 del CC).

⁵⁰ Esta amplitud en la descripción del minusválido, va a plantear problemas para determinar en qué supuestos se genera el derecho, y como tampoco se exige declaración oficial de este grado de incapacidad o minusvalía, también será problemática su justificación; quizás hubiera sido deseable la determinación de grado de minusvalía –aunque fuera bajo- en los términos objetivos establecidos en baremo del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

En todos los derechos presentados, la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute es un derecho que corresponde al trabajador (con el único límite derivado de la buena fe contractual⁵¹). Esta elección se realizará dentro de su jornada ordinaria (la que corresponda según su contrato), excepto en el supuesto de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto en el que la ausencia se realizará sólo en la fecha prevista. Para el ejercicio de los indicados derechos el trabajador tiene los siguientes deberes: deberá justificar el caso por el que hace uso del derecho y deberá preavisar al empresario con quince días de antelación la fecha en se reincorporará a su jornada ordinaria. Además en el supuesto de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto deberá preavisar antes de su disfrute (sin concretarse el tiempo). El empresario, en interés de su organización productiva e incluso interés económico, puede oponerse a la elección realizada por el trabajador, pero la decisión no la puede tomar él, sino que corresponde al juez, ante el que tendrá que probar sus necesidades o el perjuicio producido⁵².

Una cuestión no prevista por nuestra legislación y que está siendo objeto de controversia, es la posibilidad, en el caso coincidencia simultánea de supuestos, de acumular reducciones de jornada –lactancia por un hijo, cuidado de otro o de familiar-, o incluso en un supuesto de parto múltiple en relación con la reducción por lactancia si se incrementa en el mismo número el derecho⁵³. En principio, al no existir restricción legal y tratarse de supuestos de hecho perfectamente diferenciados, cabría entender que cabe la acumulación, o el incremento del descanso por lactancia, pero en este caso, que duda cabe, se manifestará con mayor claridad el conflicto de intereses con el empresario. Una cuestión que estimamos se encuentra pendiente de regular y resulta de extraordinaria importancia para la conciliación objeto del presente trabajo. También sería posible, al no existir restricción legal, que la negociación colectiva o el acuerdo individual permitiera la acumulación de reducciones de jornada diaria en periodos más amplios –reducción de jornada diaria que se transforma en reducción de jornada

⁵¹ STS de 16 de junio de 1995.

⁵² En efecto, las discrepancias surgidas entre el empresario y el trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los periodos de disfrute previstos 4, 4 bis y 5 del Art. 37 (se queda fuera la reducción por exámenes prenatales o técnicas de preparación al parto que se encuentran en el apartado 3 de dicho precepto, lo que puede considerarse como un “olvido” del legislador), serán resueltos por la jurisdicción competente que es la Social –Juzgado de lo Social- a través del procedimiento –especial, sumario y rápido- establecido en el Art. 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral –la sentencia no es recurrible-.

⁵³ Como se ha indicado, en el nacimiento de prematuros, sí se utiliza el plural.

semanal. Estaría dentro de la flexibilización de estos supuestos, en beneficio de la conciliación laboral y familiar que se ha defendido en estas páginas.

En todo caso debe tenerse en cuenta, que en el ejercicio de todos estos derechos de reducción de jornada debe estar presente la no vulneración del principio de buena fe contractual en relación con el uso adecuado del derecho en relación con la finalidad por el que se otorga –es el caso de utilizar el derecho para un fin distinto al previsto- (STS de 19 de junio de 1989). Conviene no olvidar que estos supuestos suponen un derecho de los trabajadores de carácter mínimo, por lo que pueden ser mejorados por negociación colectiva o por pacto individual, bien ampliando los supuestos que dan derecho a la reducción de jornada, las personas que pueden beneficiarse del mismo tienen derecho o ampliando su duración. Por último se ha de recordar que será nulo el despido de los trabajadores que hayan solicitado la reducción por lactancia o por cuidado de menor o estén disfrutándolo de ellos⁵⁴.

1.4. La movilidad geográfica y la protección de la familia.-

La determinación del lugar de trabajo constituye una circunstancia básica de la relación laboral –el lugar de trabajo debe quedar fijado en el contrato de trabajo o en otro caso, se deberá informar por escrito⁵⁵-, incluso influye en la identificación de la propia modalidad contractual (véase, por ejemplo, el régimen jurídico especial del trabajo a domicilio, o el trabajo en centros móviles o itinerantes), e incluso en la determinación del régimen jurídico territorial aplicable a una relación laboral –“*lex loci laboris*”. Pero el lugar de trabajo, al igual que otros aspectos del contenido de la relación laboral, puede experimentar una vicisitud modificativa. Y en este sentido, hemos de comenzar indicando que la movilidad geográfica es un supuesto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo⁵⁶. Su regulación básica se encuentra en el Art. 40 del ET, pero no podemos olvidar que junto a esta regulación estatutaria, cada vez es más importante el contenido del convenio colectivo e incluso los

⁵⁴ Art. 55.5 y 5 del ET, tales situaciones se estudian en bloque diferenciado. Hay que destacar que el legislador ha olvidado en la redacción del Art. 55.5.b citar expresamente el apartado 4 bis del Art. 37, relativo a la ausencia por motivo de nacimiento de hijos prematuros –habría que entenderlo incluido por que tiene la misma naturaleza que las anteriores situaciones-.

⁵⁵ Art. 2.2.c del RD 1659/1998, de 24 de julio, por el que se desarrolla el Art. 8.5 del ET, en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo.

⁵⁶ Art. 41.5 en relación con el Art. 40 del ET.

pactos contractuales. Este precepto habilita al empresario a realizar esta modificación sustancial en su beneficio –pero acreditando causa-. Es necesario destacar, que siendo una norma excepcional, -la regla general sería la inamovilidad del trabajador-, hoy se ha convertido en un instrumento común y preferente frente a otros instrumentos de gestión empresarial.

Para poder proceder a su estudio en relación con nuestro objeto e trabajo, debemos recordar algunos aspectos generales de su regulación: En primer lugar, para que se produzca esta movilidad geográfica –y a diferencia de otros supuestos de movilidad “débil”-, es necesario que dentro de la misma empresa, se produzca un cambio de centro de trabajo que exija un cambio de residencia –la habitual-. En segundo término, se ha de precisar que en atención al sujeto promotor de la movilidad, caben diferenciarse diversos supuestos en función que sea a iniciativa empresarial, a iniciativa del trabajador o por razones objetivas o de imperativo legal⁵⁷. Por razones obvias, sólo serán presentadas aquellas que tengan incidencia en nuestro objeto de estudio.

1.4.1. El traslado a iniciativa empresarial y su compensación.-

Si bien es cierto que una vez notificado el traslado, si el trabajador opta por éste, percibirá una compensación económica en la que también se tiene en cuenta la carga familiar⁵⁸, no es menos cierto, como se puede observar, que existe una importante carga de indeterminación en relación con esta compensación. En primer lugar, no se determina el alcance de “*familiares a cargo*”; en segundo lugar, se precisa que la cuantía de la compensación será “*en los términos que convenga a las partes*”, lo que parece indicar que el montante se negocia, pero sin establecerse mayor precisión⁵⁹; o,

⁵⁷ Para la simple reseña de los supuestos indicados, los mismos pueden extractarse de la siguiente forma: Si la movilidad se produce a iniciativa empresarial -que puede ser obligatoria, si no existe consentimiento, o voluntaria, si se produce con consentimiento-. La misma, puede traer su causa, además de por motivo disciplinario, por razones económicas u organizativas, y dentro de estas el ET diferencia entre el traslado (con vocación de permanencia - habrá también que diferenciar los individuales y los traslados colectivos-) y el desplazamiento (de vigencia temporal o de duración limitada). A iniciativa del trabajador o pacto novatorio, en el que encontraríamos los traslados voluntarios por diferentes razones de índole personal (reagrupamiento familiar) o profesional (promoción). Y por último, por razones objetivas o por imperativo legal (prevención de riesgos laborales, adaptación a la nueva situación de disminución de capacidades).

⁵⁸ En efecto, como establece el Art. 40.1 tercer párrafo, “*la compensación comprenderá tanto los gastos propios como los de los familiares a su cargo, en los términos en que convengan las partes, que nunca será inferior a los límites mínimos establecidos en los convenios colectivos*”.

⁵⁹ En todo caso, si no hay acuerdo entendemos que se podrá impugnar ante la jurisdicción social, para que el juez determine la cuantía. El procedimiento judicial, que se iniciará por demanda de los trabajadores

por último, se alude a un límite mínimo “*en el convenio colectivo*”, que pese a su llamada expresa puede que no esté establecido porque no hay norma que a ello obligue⁶⁰.

Además de en esta compensación se podían haber tenido en cuenta las cargas familiares en otros aspectos del traslado, por ejemplo, al establecer un plazo mayor para la incorporación al nuevo puesto de trabajo, supuesto que en la redacción actual sólo y excepcionalmente puede imponer la autoridad laboral atendiendo a las circunstancias sociales de la medida⁶¹. Pero junto a lo anterior, estimamos que al igual que se establece un régimen de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en sus puestos de trabajo ante las situaciones de traslado o desplazamiento (Art. 40.5 del ET), sería necesario establecer un régimen de prioridad –subordinado o no al anterior- de los trabajadores que acrediten cargas familiares⁶². Igualmente en el desplazamiento podría establecerse un régimen de garantías adicionales diferentes en función de la existencia o no de cargas familiares: un preaviso de mayor duración, y una escala de permisos de mayor duración para estos trabajadores (Art. 40.4 segundo párrafo). No podemos olvidar a este respecto que aunque estemos ante una movilidad de carácter temporal, el trabajador podría trasladar la residencia familiar, sin que en este caso se prevea en el ET ninguna compensación salvo pacto en convenio colectivo.

Las propuestas indicadas estarían en la línea de lo establecido en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre⁶³, de Protección a las Familias Numerosas, que indica que

afectados, será el especial regulado en el Art. 138 de la Ley de Procedimiento Laboral (procedimiento de carácter preferente y sumario, debiendo señalarse el acto de la vista, dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. La sentencia se dictará en el plazo de diez días, a partir de acto de la vista, y será inmediatamente ejecutiva y no admitirá recurso –salvo los extraordinarios-.

⁶⁰ Ya que como resulta sabido, dicha precisión no forma parte del contenido mínimo u obligatorio del convenio colectivo (Art. 85 del ET).

⁶¹ Ya que supone la paralización de la efectividad del traslado por un tiempo que, en ningún caso, podrá ser superior a seis meses (Art. 40.2 del ET y Art. 22 a 26 del RD 43/1996, de 19 de enero).

⁶² La razón de ampliar este privilegio a los trabajadores con cargas familiares se encontraría en una derivación del principio de buena fe contractual, y en concreto de adecuación social de la medida, es decir, en atención a las circunstancias de índole social o personal del trabajador afectado por el traslado. En todo caso sería una medida más de conciliación de la vida laboral y familiar (no debe olvidarse el trastorno familiar que supone todo traslado de domicilio y no sólo en el orden económico: colegios, relaciones sociales estables, etc.).

⁶³ *Artículo 10. Conservación de situaciones laborales.*

1. Los convenios colectivos podrán incluir medidas para la protección de los trabajadores cuya familia tenga la consideración legal de familia numerosa, en particular en materia de derechos de los trabajadores, acción social, movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y extinción del contrato de trabajo.

los convenios colectivos podrán incluir medidas de protección para los trabajadores cuyas familias tengan tal consideración, y entre otras materias, en la movilidad geográfica. No obstante, el alcance de la norma aludida resulta bastante escaso, en primer lugar, porque no establece ninguna novedad –ya hemos dicho que los convenios pueden mejorar el régimen mínimo estatutariamente establecido-, en segundo lugar, porque su alcance se queda limitado sólo a las familias numerosas y, por último, porque no concreta ni propone tales medidas.

1.4.2. La movilidad geográfica a iniciativa del trabajador: El reagrupamiento familiar.-

El Art. 40.3 del ET, reconoce un derecho a traslado para el cónyuge del trabajador –movilidad del consorte-, que ha sido previamente trasladado, a fin de que puedan recuperar la convivencia. Derecho que no se extiende a las uniones de hecho –salvo mejora por convenio colectivo-. Concretamente, el precepto establece que *“si por traslado uno de los cónyuges cambia de residencia, el otro, si fuera trabajador de la misma empresa, tendrá derecho al traslado a la misma localidad, si hubiera puesto de trabajo”*.

De nuevo nos encontramos con bastantes elementos de indeterminación jurídica, que deberían haber sido tratados por la norma: En primer lugar, no precisa a que tipo de “traslado” del cónyuge se refiere -parece no limitar el derecho sólo al traslado forzoso-; en segundo termino tampoco se precisa cual es el alcance del “derecho” del trabajador, ya que no se establece un derecho “preferente”; de igual forma, no se determina, ni tan siquiera, el alcance de la expresión “puesto de trabajo”⁶⁴. Por último, no se establece plazo límite para el ejercicio de este derecho, lo esto supone que se pueda ejercer con independencia del tiempo transcurrido desde el traslado del cónyuge.

2. Para los trabajadores que formen parte de unidades familiares que tengan reconocida la condición de familia numerosa, se duplicarán los plazos señalados legalmente para desalojar la vivienda que ocupen por razón de trabajo cuando quede extinguida la relación laboral.

3. Los beneficios obtenidos de acuerdo con lo establecido en los dos apartados anteriores se entenderán sin perjuicio de las demás preferencias establecidas por la legislación que se encuentre en vigor en cada momento.

⁶⁴ Por lo que puede ser el mismo puesto de trabajo, o equivalente, o puesto de igual categoría, o puesto dentro del mismo grupo profesional, o incluso de inferior categoría (esta amplitud de alcance ha sido recogida por la doctrina judicial).

Junto a las anteriores imprecisiones, el alcance del meritado derecho se nos antoja claramente limitado, por cuanto que en primer lugar sólo alude a los supuestos de traslados, quedando fuera de este derecho de reagrupamiento los supuestos de desplazamientos temporales. También se limita el derecho a los traslados de trabajadores de la misma empresa, cuando se podría haber hecho referencia, también, al mismo grupo de empresas, o haber suprimido esta limitación. Por último, el traslado se limita a la misma localidad –no es necesario que sea el mismo centro de trabajo-, pero deja fuera a los centros de trabajo de la misma empresa situados en localidades próximas al nuevo lugar de trabajo del cónyuge.

Como se puede observar de la escasez de su regulación y de las dudas planteadas sobre la redacción actual, se deduce la necesidad de una nueva regulación de este derecho de reagrupamiento familiar en un sentido más acorde con la necesidad de conciliar la vida laboral y familiar.

2. Prestaciones de la Seguridad Social.-

2.1. Periodo prenatal: La prestación por riesgo durante el embarazo.-

Como una novedad en la acción protectora del Sistema de seguridad social⁶⁵, la prestación por riesgo durante el embarazo, tiene por objeto proteger a la mujer trabajadora mientras está suspendido su contrato porque la realización de su trabajo habitual pone en peligro su embarazo (su salud o la del feto) y siempre que no hubiese otro puesto de trabajo compatibles con su situación⁶⁶.

⁶⁵ Es una prestación distinta a la Incapacidad Temporal y a la Maternidad –véase el Art. 38 de la LGSS-.

⁶⁶ Se encuentra regulada en el Capítulo IV ter de la LGSS (Capítulo añadido por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras), en los artículos 134 y 135, y desarrollada por el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre. Por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo (se añade un último párrafo al apartado 1 del artículo 4, por RD 1335/2005 de 11 de noviembre). (Art. 14 y ss.). Esta regulación básica se completa con los Art. 45.1.d y 48.5 del Estatuto de los Trabajadores –la enumera como causa de suspensión del contrato de trabajo-, y sobre todo con el Art. 26.2 y 3 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales Dictado en cumplimiento de la Directiva 92/85/CE del Consejo, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de las trabajadora embarazada que haya dada a luz o esté en periodo de lactancia

La primera consideración de tipo laudatorio que se debe realizar sobre esta prestación es la importante labor homogeneizadora que se ha realizado en su regulación de tal manera que es prácticamente uniforme para todas las trabajadoras con independencia de la actividad y del régimen de aplicación⁶⁷. También debe tenerse presente la posibilidad de sustituir a estos trabajadores con un contrato de interinidad, a efectos de producir el menor perjuicio posible en la organización productiva y como política de empleo. Estos contratos se ven favorecidos con la bonificación de cuotas a la Seguridad Social⁶⁸.

2.1.1. La situación protegida.-

A los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora –es la única posible beneficiaria-, cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el artículo 26, apartado 3, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales⁶⁹, dicho cambio de puesto no resulte técnica u

⁶⁷ Así debe tenerse presente que tal y como establece el apartado cuarto de la Disposición Adicional octava de la LGSS, lo previsto en los artículos 134 y 135 son de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena de los regímenes especiales. Asimismo, será de aplicación a los trabajadores por cuenta propia incluidos en los regímenes especiales de trabajadores del mar, agrario y trabajadores autónomos, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente; Incluso lo establecido en el RD 1251/2001, será de aplicación a las funcionarias incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social, a las que se conceda licencia por riesgo durante el embarazo y al personal estatutario sanitario que, en virtud de sus normas, le sea concedida una licencia o situación similar por riesgo durante el embarazo (Art. 2.1 del citado RD); de igual forma, el Real Decreto será de aplicación supletoria en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de Funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia, en todo lo que no se oponga a lo preceptuado en la normativa general, reguladora del Régimen correspondiente (Art. 2.2 del RD); por último, También debe tenerse presente que se reconoce esta prestación a los trabajadores con contrato a tiempo parcial, contrato de relevo y contrato de trabajo fijo-discontinuo, con algunas particularidades, contenidas en el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre.

⁶⁸ (la misma que se utiliza para los trabajadores en periodo de descanso por maternidad, adopción, acogimiento preadoptivo o permanente ya estudiado) véanse el Real Decreto 11/1998, de 4 de septiembre (BOE de 5 de septiembre), –téngase presente la nueva redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras-, y la Disposición Adicional segunda de la Ley 12/2001, de 9 de julio (BOE de 10 de julio), de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para incremento del empleo y la mejora de su calidad. Durante la suspensión se mantiene la obligación de cotizar, también en los mismos términos que durante la maternidad (Art. 126.4 de la LGSS).

⁶⁹ Los apartados segundo y tercero del artículo 26 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, establecen:

“Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la

objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados (Art. 134 LGSS).

El carácter estrictamente profesional de la contingencia, deriva de que es precisamente la realización de la actividad profesional habitual la que pone en riesgo la salud –y por ello se suspende el contrato y se abona una prestación económica sustitutiva de las rentas dejadas de percibir-. En esa línea el propio RD 1251/2001 establece que *“de conformidad con lo establecido en el apartado anterior, no se considerará situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado”* (Art. 14.2). Es decir, queda fuera el riesgo común, lo que supone, según entendemos, la desprotección de la mujer trabajadora, pues para la protección de esta situación, si es que incapacita para trabajar, esta garantizada por la incapacidad temporal derivada de contingencia común, o en su caso, si no incapacita, y a opción de la trabajadora, el descanso voluntario por maternidad previo al parto –con una antelación máxima de 10 semanas previas a la fecha prevista para el mismo-.

2.1.2. Beneficiarias y requisitos para el acceso a la prestación.-

salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, con el informe del médico del Servicio Nacional de la Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado. El empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos.

El cambio de puesto o función se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto.

En el supuesto de que, aun aplicando las reglas señaladas en el párrafo anterior, no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen.

Si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado.”

Serán beneficiarias del subsidio sólo las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia (del régimen general y de los regímenes especiales), en situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, siempre que, estando afiliadas y en alta en alguno de los Regímenes de la Seguridad Social, acrediten un período mínimo de cotización de ciento ochenta días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo⁷⁰.

A nuestro juicio, se ha de resaltar lo inapropiado de la exigencia de cotización previa para generar el derecho a esta prestación, pues siendo una contingencia que deriva de riesgo profesional –ese es el espíritu de la protección que deriva del Art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales-, no nos parece correcto que se exija periodo de carencia, lo que incumple la regla general por la que ésta se exige sólo en las prestaciones que derivan de enfermedad común. Dejando de esta forma desprotegidas a aquellas trabajadoras que, embarazadas y en esta situación de riesgo, no reúnen el periodo de carencia⁷¹.

En los mismos términos serán beneficiarias del subsidio las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de empleados de hogar, que presten sus servicios para un hogar con carácter exclusivo y permanente para un cabeza de familia, por lo que quedan excluidas de esta protección, las que prestan sus servicios de forma parcial, para uno o varios cabezas de familia⁷².

Las trabajadoras contratadas a tiempo parcial tendrán derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo, con la particularidad establecida en el Art. 5

⁷⁰ (el mismo que el exigido para causar derecho a la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, o para maternidad). Las trabajadoras por cuenta propia, el periodo de carencia –el mismo-. se deberá acreditar dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que se emita el certificado médico (Art. 23 y 28 del RD 1251/2001). Además se les exige el requisito adicional de estar al corriente en el pago de las cuotas de seguridad social, si bien les será de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el Art. 28.2 del RD 2530/1970.

⁷¹ Para las que habría que entender que estando presente el riesgo no pueden seguir realizando la actividad, por lo que pasarían a situación de suspensión del contrato de trabajo de forma obligatoria –sin remuneración, al ser un bien jurídico protegido superior la protección de la salud- y sin derecho a prestación económica sustitutiva de las rentas dejadas de percibir.

⁷² Como estamos hablando de empleadas de hogar que son responsables de la cotización, se les exige además, y al igual que las trabajadoras por cuenta propia, que se encuentren al corriente en el pago de cuotas a la seguridad social, aunque también les será de aplicación el mecanismo de invitación al pago y en los mismos términos que los previstos para las trabajadoras por cuenta propia.

del RD 1131/2002, sobre la determinación de la base reguladora y que inmediatamente se indicará.

2.1.3. La prestación económica.-

La prestación económica por riesgo durante el embarazo –un subsidio-, se concederá a la mujer trabajadora en los mismos términos y condiciones previstos para la prestación económica de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, es decir, la base de cotización por esta contingencia, calculada diariamente, del mes inmediatamente anterior a la fecha de las suspensión, aunque con las siguientes particularidades: La prestación económica será cubierta la Entidad Gestora, es decir, esta prestación económica se gestionará directamente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social –no cabe fórmula alguna de colaboración⁷³-. Dicha prestación consistirá en un subsidio equivalente al 75 % de la base reguladora correspondiente⁷⁴. La prestación se abona desde la misma fecha de inicio de la suspensión⁷⁵.

Las trabajadoras contratadas a tiempo parcial tendrán derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo, con la particularidad establecida en el Art. 5 del RD 1131/2002, sobre la determinación de la base reguladora y en concreto en lo concerniente a la base reguladora diaria de la prestación, que será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, entre el número de días naturales comprendidos en dicho período. De ser menor la antigüedad del trabajador en la empresa, la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir la suma de las

⁷³ Art. 135.2 y 4 de la LGSS y 20 del RD 1251/2001. Si bien, es necesario advertir que es posible el establecimiento de mejoras voluntarias de la Seguridad Social que incrementen dicha cuantía, aunque hasta la fecha, y a diferencia de lo habitual que es encontrar estas mejoras sobre las prestaciones sobre incapacidad temporal incluso derivada de enfermedad común, son pocos los convenios colectivos que las establecen.

⁷⁴ Sobre esta cuestión, la intensidad en la protección, es discutible que el porcentaje sea inferior al que corresponde por maternidad –el 100 %-, ya que es evidente la conexión entre una prestación y otra – incluso en su sucesión en el tiempo- y tampoco estamos ante una prestación en la que ante el posible fraude sea necesario desincentivarla mediante la tradicional técnica de reducir la prestación en relación con el salario dejado de percibir; parece que se quiere desplazar parte del coste de la prestación sobre el trabajador, lo que en todo caso iría contra el espíritu de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y sobre todo de la Directiva Comunitaria.

⁷⁵ Reacuérdesse que en la incapacidad temporal la prestación se abonaba a partir del decimosexto día de baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el abono de la prestación desde los días cuarto al decimoquinto de baja, ambos inclusive –Art. 131.1 LGSS-.

bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan. La prestación económica se abonará durante todos los días naturales en que el interesado se encuentre en la situación de riesgo durante el embarazo.

En las situaciones de pluriempleo se tendrán en cuenta, además, las siguientes particularidades:

En primer lugar, cuando la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo se declare en todas las actividades que realice simultáneamente la trabajadora, para la determinación de la base reguladora del subsidio se computarán todas sus bases de cotización en las distintas empresas, siendo de aplicación a la base reguladora así determinada, el tope máximo establecido a efectos de cotización.

En segundo lugar, si la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo se declarase en una o en algunas de las actividades realizadas por la trabajadora, pero no en todas, para cálculo de la base reguladora del subsidio sólo se tomarán las bases de cotización en las empresas donde se produce la suspensión del contrato de trabajo, aplicando, a estos efectos, el límite que corresponda a la fracción o fracciones del tope máximo que aquéllas tengan asignado.

En tercer lugar, en las situaciones de pluriactividad, es decir, cuando la trabajadora realice simultáneamente actividades incluidas en varios Regímenes del sistema de la Seguridad Social se tendrá en cuenta en primer término, que la situación de riesgo durante el embarazo afecte a todas las actividades desempeñadas, en cuyo caso se tendrá derecho al subsidio en cada uno de los Regímenes si reúne los requisitos exigidos de manera independiente en cada uno de ellos; en segundo término, si la situación de riesgo durante el embarazo afecte a una o a alguna de las actividades realizadas por la trabajadora, pero no a todas, únicamente tendrá derecho al subsidio en el Régimen en el que estén incluidas las actividades en que exista dicho riesgo. La percepción del subsidio será compatible con el mantenimiento de aquellas actividades que ya viniera desempeñando o pudiera comenzar a desempeñar y no impliquen riesgo durante el embarazo⁷⁶.

⁷⁶ En todo caso la percepción del subsidio será compatible con el salario recibido por aquellas actividades compatibles con el estado de embarazo.

2.1.4. Dinámica de la prestación.-

El derecho al subsidio nace el mismo día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo –no con la solicitud- (Art. 135.2 de la LGSS). En las trabajadoras por cuenta propia y empleadas de hogar, el derecho nace el día siguiente a aquél en que se emita el certificado médico.

El subsidio se abonará durante el período necesario para la protección de la seguridad o de la salud de la trabajadora y/o del feto, por lo que finalizará el día anterior a aquel en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o el de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado. El subsidio se abonará a las trabajadoras contratadas a tiempo parcial durante todos los días naturales en que se mantenga la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo (Art. 4.1.b del RD 1131/2002).

El derecho al subsidio se extinguirá por la suspensión del contrato de trabajo por maternidad; la reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado; la extinción del contrato de trabajo en virtud de las causas legalmente establecidas; o, el fallecimiento de la beneficiaria.

Por otro lado el derecho al subsidio podrá ser denegado, anulado o suspendido⁷⁷:

a) Cuando la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio; b) Cuando realice cualquier trabajo o actividad, bien por cuenta ajena o por cuenta propia, iniciados con posterioridad a la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, incompatibles con su estado⁷⁸. En este punto hemos de señalar que no es de aplicación como causa de suspensión el rechazo o abandono, sin causa razonable, del tratamiento que le fuera indicado, porque esta prestación no está

⁷⁷ De conformidad con lo establecido para el subsidio por incapacidad temporal en el apartado 1 del artículo 132 de la LGSS (Art. 18 y 19 del RD 1251/2001)

⁷⁸ La redacción de este precepto permite deducir que la situación de suspensión es compatible con la realización de una actividad compatible con el estado, porque reacuérdesse que la protección nace precisamente por esa causa, la incompatibilidad de una actividad determinada con el estado, no de todo tipo de trabajo, esto es especialmente destacable en relación con las situaciones de pluriempleo y pluriactividad.

condicionada a recibir la prestación de asistencia sanitaria, como sí ocurre en la prestación de incapacidad temporal.

2.1.5. Gestión.-

Sobre el procedimiento de gestión⁷⁹, hemos de destacar que el mismo se inicia a instancia de la beneficiaria de forma que el reconocimiento corresponde al INSS –exclusivamente-, y el pago de la prestación a la TGSS, sin olvidar el importante papel asignado, para constituir la situación legal protegida, al certificado o informe de los médicos de las Mutuas.

En relación con la documentación que se ha de acompañar a la solicitud –en modelo normalizado-, y que viene a ser determinante para acreditar la situación de riesgo y la relación entre actividad laboral y embarazo, hemos de destacar y denunciar tanto su complejidad como la variedad de sujetos que en ella intervienen⁸⁰, lo que hace farragosa la tramitación, que se prolongue en exceso en el tiempo y, que incluso, sea posible la contradicción entre informes⁸¹.

Como indicábamos, la resolución se produce por la Dirección provincial del INSS, y habrá de ser expresa y notificada en el plazo de 30 días, extremo que nos parece ser excesivo y plantea dudas sobre los efectos reales que se ocasionarán a la trabajadora que con anterioridad suspendió su contrato –la fecha se indicó en la solicitud y en el informe de la empresa- y que posteriormente ve denegada su solicitud. Téngase presente que aunque no se indica con claridad en el reglamento, se deduce de la redacción de los preceptos estudiados en la gestión, que la trabajadora ya ha iniciado el periodo de suspensión antes de resolverse su solicitud por el INSS (la prestación se

⁷⁹ Art. 21 y D. A. 2ª del RD 1251/2001.

⁸⁰ Informes preceptivos: Informe médico del facultativo del Servicio Público de Salud, certificación médica expedida por los Servicios médicos del INSS o Mutua, que cubra la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, declaración de la empresa sobre la inexistencia de puestos de trabajo compatibles con el estado de la trabajadora, con el informe sobre este particular emitido por el servicio de prevención propio de la empresa siempre que cuente con la especialidad preventiva de vigilancia de la salud, por la entidad especializada que desarrolle para la empresa, o por el responsable de prevención, designado por la empresa, con la cualificación o acreditación suficiente para esa tarea.

⁸¹ Cuya solución esta prevista en el Art. 21.4 del RD 1251/2001, aunque no de manera clara pues dice que en caso de contradicción el INSS “podrá” solicitar informe a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin indicar cual es la otra opción de solución sino se solicita dicho informe.

abona desde la suspensión no desde la solicitud; es decir, la suspensión se puede producir antes o después de la solicitud, y normalmente antes de la resolución del INSS)⁸².

2.2. Parto, adopción o acogimiento: La prestación por maternidad.-

La maternidad es sin duda una de las situaciones merecedoras de una amplia protección por el ordenamiento social, en su rama laboral, en la de seguridad y salud laboral y en la de la seguridad social –es de destacar que es una de las prestaciones donde de forma más clara se ponen de manifiesto las conexiones entre todos estos ámbitos normativos-. En el ámbito laboral, como se ha comentado, es una de las situaciones de suspensión del contrato de trabajo (Art. 48.4 del ET), y es sobre todo, una de las prestaciones del sistema de seguridad social (Art. 38.1.c y Capítulo IV bis⁸³ del Título II de la LGSS, Art. 133 bis y ss.)⁸⁴; Su regulación básica debe completarse con el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo⁸⁵.

⁸² Por tanto, destaca que el plazo de tramitación es largo por la necesidad de acompañar a la solicitud las diversas certificaciones médicas e informe de la empresa, a lo que hay que añadir, el plazo, también largo, para que resuelva de forma expresa el INSS, situación que además se puede alargar si hay informes contradictorios en 15 días más, por lo que será habitual que la trabajadora ya lleve tiempo en un situación de suspensión de actividad que espera que sea confirmada positivamente, situación que hay que presumir se realiza cumpliendo el principio de “buena fe”.

⁸³ Capítulo introducido por la Ley 42/1994, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social y posteriormente modificado por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Hasta esa fecha la protección de la maternidad estaba integrada dentro de la protección por incapacidad temporal; téngase presente que tal y como establece la Disposición Final tercera de la Ley 42/1994, “las referencias que se efectúan a la situación de incapacidad laboral transitoria derivada de maternidad, se entenderán efectuadas a la situación de maternidad”.

⁸⁴ Debe tenerse presente el papel destacado del Derecho Comunitario como impulsor de importantes reformas legislativas en esta materia: Directiva 92/85, sobre seguridad y salud en situaciones de maternidad, o de la Directiva 96/34, sobre permiso parental.

⁸⁵ Esta regulación debe completarse con:

Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (Art. 26).

Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del estatuto de los trabajadores en materia de contratos formativos.

Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento.

Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial.

Real Decreto 180/2004, de 30 de enero, por el que se adoptan medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en relación con el disfrute a tiempo parcial de los permisos incluidos en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

Es de destacar que posiblemente estamos ante la prestación en la que mayor esfuerzo por homogeneización se ha realizado en todo el sistema, de esta manera, la Disposición Adicional Undécima bis de la LGSS, reconoce el derecho a esta prestación, en la misma extensión y en los mismos términos y condiciones a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia incluidos en los regímenes especiales⁸⁶.

2.2.1. La situación protegida.-

Junto la protección sanitaria, el sistema de seguridad social ha establecido una prestación económica que viene a sustituir a las rentas salariales dejadas de percibir al suspenderse el contrato de trabajo durante esta situación. En el sistema de Seguridad Social la maternidad a partir de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, es una contingencia específica, desligada de la Incapacidad Temporal, en la que hasta esa fecha se encuadraba⁸⁷. De esta manera, el Art. 133.bis de la LGSS establece que, a efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo, como permanente, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten⁸⁸.

⁸⁶ El Art. 1 del RD 1251/2001, además de ratificar su aplicación a los Regímenes Especiales, sin bien es verdad que con varias particularidades que en el mismo se recogen, indica que el mismo es de aplicación de carácter supletorio en los Regímenes Especiales de funcionarios públicos, en lo que no se oponga a su normativa específica.

⁸⁷ La maternidad es por tanto una contingencia distinta a la incapacidad temporal, con la que sigue manteniendo relación: Así si la beneficiaria se encuentra en situación de incapacidad temporal al sobrevenirle el parto, se produce el cambio automático a esta contingencia, sin perjuicio de que si finalizado el descanso por maternidad la mujer continuara incapacitada para trabajar, pasaría a situación de incapacidad temporal sin solución de continuidad. Además, sólo excepcionalmente puede nacer una incapacidad temporal durante la maternidad, y es cuando esta se disfruta a tiempo parcial.

⁸⁸ De acuerdo con lo previsto en el número 4 del artículo 48 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el número 3 del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. Tal y como establece la Disposición quinta de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre (BOE de 6 de noviembre), para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, “*se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y acogimiento preadoptivo o permanente, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y acogimiento preadoptivo o permanente, cualquiera que sea su denominación*”.

Se trata, por tanto, de un derecho al descanso, que además, persigue proteger tanto la integridad física de la madre⁸⁹, como la salud del recién nacido, pues recuérdese que el derecho a la protección se actualiza con total independencia del estado de salud del beneficiario⁹⁰.

Por otro lado, hemos de significar, sobre la remisión expresa que realiza la LGSS al Estatuto de los Trabajadores la doctrina y la jurisprudencia manifiesta que *“en la posible relación entre la legislación sustantiva laboral y de la Seguridad Social frecuentemente se olvida que existe una autonomía (...) debe partirse del dato de que el ordenamiento de la Seguridad Social es completo y cerrado en sí mismo, y no un mero apéndice del ordenamiento jurídico de las relaciones laborales”*⁹¹; *“por ello, aunque el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social tome a veces como elemento de su regulación datos del ordenamiento laboral, ha de estarse en cada supuesto a la remisión que, en su caso, se contenga en la normativa de Seguridad Social”*⁹².

Serán beneficiarios del subsidio por maternidad (Art. 133.ter de la LGSS), los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que fuera su sexo, que disfruten de los descansos referidos en el artículo anterior, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el número 1 del artículo 124, acrediten un período mínimo de cotización de ciento ochenta días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción, y reúnan las demás condiciones que reglamentariamente se determinen.

Sobre la exigencia del alta y del periodo de carencia indicado, se podría reflexionar sobre la posibilidad de considerar esta prestación no como contributiva, sino de naturaleza asistencial, por lo que su extensión sería universal, aunque limitada a la

⁸⁹ Previo al parto esa integridad física está garantizada por la incapacidad temporal por contingencia común, y no se puede obligar a la mujer a descansar por maternidad, pues este descanso previo al parto es en todo caso voluntario.

⁹⁰ Manifiestamente en el supuesto de descanso del padre en el que como es obvio no hay ningún hecho biológico y sí un hecho socialmente relevante, como es compartir la responsabilidad y el disfrute de la maternidad.

⁹¹ STS en unificación de doctrina, de 11 de mayo de 1998 (Ar. 4325).

⁹² M^a. A. Castro Argüelles, “La protección familiar en el sistema de Seguridad Social: un enfoque general”, op. Cit. Pag. 108, nota 54.

mujer trabajadora, y se eliminaría la posibilidad de que hubiera mujeres que se quedaran sin protección por falta de suficiente periodo cotizado. Además, a nuestro juicio, se debería extender a esta prestación el principio de alta presunta o de pleno derecho – situación hoy limitada a las prestaciones derivadas de riesgos profesionales y a la prestación por desempleo y a la maternidad pero sólo para la asistencia sanitaria por esta contingencia- (Art. 125.3 de la LGSS).

Junto a cuanto antecede, se ha de tener en cuenta las siguientes precisiones particulares:

Tanto para los trabajadores por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales como para los trabajadores pertenecientes al Régimen Especial de empleados de hogar que sean responsables de la obligación de cotizar, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación estudiada que los interesados se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.⁹³

A estos efectos hemos de recordar que el período de suspensión con reserva del puesto de trabajo, contemplado en el artículo 48.6 del Estatuto de los Trabajadores, es decir, abandono del puesto de trabajo por ser víctima de violencia de género, tendrá la consideración de período de cotización efectiva a efectos de la prestación por maternidad⁹⁴.

⁹³Sin perjuicio de lo anterior, y para flexibilizar esta antigua y rígida exigencia, será de aplicación, en su caso, el mecanismo de la invitación al pago previsto en el apartado 2 del artículo 28 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, tanto a estos últimos, como a los trabajadores pertenecientes al Régimen Especial de los empleados de hogar que sean responsables de la obligación de cotizar.

El precepto establece: *“No obstante, si cubierto el período mínimo de cotización preciso para tener derecho a la prestación de que se trate se solicitara ésta y la persona incluida en el campo de aplicación de este Régimen Especial no estuviera al corriente en el pago de las restantes cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la prestación, la Entidad gestora invitará al interesado para que en el plazo improrrogable de treinta días naturales a partir de la invitación ingrese las cuotas debidas. Si el interesado, atendiendo la invitación, ingresase las cuotas adeudadas dentro del plazo señalado en el párrafo anterior, se le considerará al corriente en las mismas a efectos de la prestación solicitada. Si el ingreso se realizase fuera de dicho plazo, se concederá la prestación menos un 20 por 100, si se trata de prestaciones de pago único y subsidios temporales; si se trata de pensiones, se concederán las mismas con efectos a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que tuvo lugar el ingreso de las cuotas adeudadas.” (Art. 4.3 del RD 1251/2001).*

⁹⁴ Este precepto fue añadido por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre (de protección integral contra la violencia de género). El Artículo 23 de esta norma, relativo a la acreditación de las situaciones de violencia de género ejercida sobre las trabajadoras, establece: Las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima. Excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación, el

En relación con acreditación de los periodos de cotización exigidos a los contratados a tiempo parcial, el Art. 3 del Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial (BOE de 27 de noviembre), establece que se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientos veintiséis horas anuales. A esta regla se añade que el periodo donde deba estar comprendida esta cotización se incrementará en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente. La fracción de día, en su caso, se asimilará a día completo.

A efectos del subsidio especial por parto, adopción o acogimiento múltiples (al que luego nos referiremos), tendrán la condición de beneficiarios quienes a su vez lo sean de la prestación económica por maternidad, si bien únicamente podrá percibirse aquél por uno de los progenitores que, en caso de parto, será determinado a opción de la madre (de nuevo el derecho del padre se encuentra condicionado al de la madre); y en caso de adopción o acogimiento, será decidido por libre decisión de los interesados.

En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas, que se disfrutarán de forma ininterrumpida (con la excepción que luego se indicará), ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. Es decir, hay un periodo puerperal obligatorio, y el resto, prenatal o puerperal, facultativo.

En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión (siempre que acredite los requisitos exigidos y aun cuando la madre no hubiera estado incluida en el ámbito de

aplicación del sistema de la Seguridad Social⁹⁵). Es decir, del periodo de descanso puerperal obligatorio sólo podrá hacer uso la madre, salvo que fallezca, pero en este caso no se mantiene su obligatoriedad para el padre –la totalidad de este descanso es voluntario-⁹⁶.

Téngase presente que los requisitos exigidos se requieren de forma independiente al padre y a la madre. Asimismo, se debe de tener en cuenta que en caso de parto, si la madre trabajadora no reúne el período mínimo de cotización requerido, el padre, a opción de la madre, podrá percibir el subsidio durante la totalidad del permiso de descanso que corresponda, descontando un período de seis semanas, siempre que aquél acredite el mencionado requisito (Art. 4 del RD 1251/2001).

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto, de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que el padre y la madre trabajen, ésta, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar porque el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud⁹⁷.

A nuestro juicio, resulta imprescindible superar la anacrónica concepción de que el padre sólo puede hacer uso del descanso si la madre trabaja, y además, se debería superar la limitación que supone condicionar el derecho del padre a la cesión de parte del derecho de la madre. A nuestro juicio, es necesario constituir derechos independientes al descanso por maternidad para el padre y la madre –e incluso imponer un periodo de descanso obligatorio al padre que no minore el derecho de la madre-⁹⁸.

⁹⁵ Párrafo añadido por el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social (BOE de 22 de noviembre).

⁹⁶ Quizás sobre esta cuestión se podría reflexionar si la norma debería atender, no sólo a la salud de la madre, sino a la necesidad de afecto del hijo, e imponer un descanso obligatorio para el padre – como criterio general y en todo caso en los supuestos de fallecimiento de la madre.

⁹⁷ Además, se debe tener presente que esta opción ejercitada por la madre al iniciarse el período de descanso por maternidad en favor del padre, podrá ser revocada por la madre si sobrevinieren hechos que hagan inviable la aplicación de la misma, tales como ausencia, enfermedad o accidente del padre, abandono de familia, separación u otras causas análogas (Art. 8 del RD 1251/2001).

⁹⁸ En la actualidad esta limitación no parece razonable ni coherente con el carácter universal de esta prestación; reacuérdese que estamos ante un derecho individual a conciliar la vida laboral y familiar por lo que es urgente cambiar este criterio. Es decir, se promovería de forma más eficaz la corresponsabilidad

Otra circunstancia que según pensamos debería ser tenida en cuenta en futuras reformas es la especial dificultad que plantea para la madre y el padre, la hasta ahora ignorada relación entre maternidad y discapacidad desde dos puntos de vista: que el padre y especialmente la madre, sean trabajadores discapacitados, o bien el nacimiento de un hijo con minusvalía. Estas situaciones justifican un trato diferenciado que debe ser abordado con urgencia por el legislador estableciendo supuestos especiales en cuanto a la duración, o al modo de disfrute del descanso. De igual forma, se deberían tener en cuenta para futuras reformas la dificultad añadida en conciliar la vida laboral y familiar ante situaciones de necesidad de familias monoparentales.

Hemos de tener en cuenta, en otro orden de cuestiones que en los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el período de suspensión, podrá computarse, a instancia de la madre o, en su defecto, del padre, a partir de la fecha del alta hospitalaria⁹⁹.

Por su parte, en los supuestos de adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, de menores de hasta seis años, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, contadas a la elección del trabajador, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción. La duración de la suspensión será, asimismo, de dieciséis semanas en los supuestos de adopción o acogimiento de menores mayores de seis años de edad cuando se trate de menores discapacitados o minusválidos¹⁰⁰ o, que por sus circunstancias y experiencias personales

en las cargas familiares estableciendo un permiso por paternidad independiente e incluso con un periodo de descanso obligatorio para el padre inmediatamente posterior al parto.

⁹⁹ Se excluyen de dicho cómputo las primeras seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre; esta es la excepción a que el descanso se disfrute de forma ininterrumpida.

¹⁰⁰ Sobre este particular el Art. 2 del RD 1251/2001 establece: "A los efectos de las previsiones del presente Real Decreto, se entenderá que el adoptado o acogido presenta alguna discapacidad cuando acredite una minusvalía en un grado igual o superior al 33 por 100, de conformidad con el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía."

o, que por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.

Como se puede observar, se produce una equiparación entre un hecho jurídico y el hecho biológico de la maternidad¹⁰¹. Es de destacar que en el acogimiento preadoptivo se puede disfrutar del descanso aunque, con posterioridad no sea aprobada la adopción judicialmente. Nada que objetar al respecto, pues la incorporación de un nuevo sujeto de reducida edad (y este es un aspecto en el que se puede reflexionar sobre su límite), al entorno familiar, es un hecho lo suficientemente relevante como para merecer la equiparación en la protección, sin olvidar que la adopción internacional¹⁰² y el acogimiento son hechos sociales en constante expansión. En todo caso, en estos supuestos de adopción y acogimiento sí se produce una equiparación absoluta entre los derechos individuales del padre y de la madre.

En caso de que la madre y el padre trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados (en duración y en el uso del derecho por el padre como ya se ha explicado). Es decir, en los casos de disfrute simultáneo de períodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas previstas en los apartados anteriores o de las que correspondan en caso de parto múltiple.

Por último, se ha de tener en cuenta que los períodos de descanso podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial¹⁰³, previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados, en los términos establecidos en el RD

¹⁰¹ Esta equiparación en el trato es un hecho jurídico laboral y de seguridad social relativamente reciente y en consonancia con el mandato constitucional –Art. 39.2 CE- y civil –Art. 108 CC-. La regulación de la adopción y el acogimiento se encuentra en los Arts. 173 a 180 del CC.

¹⁰² En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, el período de suspensión, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción (en este caso los requisitos exigidos deberán acreditarse en la fecha de inicio de dicho período de suspensión).

¹⁰³ En el supuesto de trabajadores por cuenta propia incluidos en los distintos Regímenes Especiales del sistema de la Seguridad Social, la situación protegida se disfruta en las mismas condiciones –duración y distribución-, excepto en lo que se refiere a la posibilidad de disfrute del descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, que únicamente será de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena (Art. 2 del RD 1251/2001).

1251/2001 y de conformidad, en su caso, con lo que establezcan los convenios colectivos¹⁰⁴.

2.2.2. La prestación económica.-

La prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora. Dicha base será la misma que está establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del período de descanso¹⁰⁵. Durante el disfrute de los períodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, la base reguladora del subsidio se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral.

Cuando el período de descanso por maternidad, adopción o acogimiento familiar, tanto permanente como preadoptivo, sea disfrutado, simultánea o

¹⁰⁴ La Disposición Adicional primera del RD 1251/2001, establece las siguientes –y numerosas- reglas para el disfrute del descanso a tiempo parcial:

Para que pueda disfrutarse a tiempo parcial el permiso de maternidad será imprescindible el acuerdo previo entre el empresario y el trabajador afectado.

El acuerdo podrá celebrarse tanto al inicio del descanso correspondiente como en un momento posterior y podrá extenderse a todo el período de descanso o a parte del mismo.

Este derecho podrá ser ejercido tanto por la madre como por el padre y en cualquiera de los supuestos de disfrute simultáneo o sucesivo del período de descanso.

En el caso de parto, la madre no podrá hacer uso de esta modalidad de permiso durante las seis semanas inmediatas posteriores al mismo, que serán de descanso obligatorio.

El período durante el que se disfrute el permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice.

El disfrute del permiso en esta modalidad será ininterrumpido. Una vez acordado, sólo podrá modificarse el régimen pactado mediante nuevo acuerdo entre el empresario y el trabajador afectado, por iniciativa de éste y debido a causas relacionadas con su salud o la del menor.

Durante el período de disfrute del permiso de maternidad a tiempo parcial, los trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.

El tiempo en el que el trabajador preste servicios parcialmente tendrá la consideración de tiempo de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante.

No serán de aplicación a este supuesto las reglas establecidas para el contrato a tiempo parcial en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo.

El permiso de maternidad a tiempo parcial será incompatible con el disfrute simultáneo por el mismo trabajador de los derechos previstos en los apartados 4 y 4.bis del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores –reducción por lactancia y reducción de la jornada por nacimiento de hijo prematuro hospitalizado- y de la reducción de jornada por guarda legal prevista en el apartado 5 del mismo artículo. Será asimismo incompatible con el ejercicio del derecho a la excedencia por cuidado de familiares regulado en el apartado 3 del artículo 46 de la citada Ley.

¹⁰⁵ Es decir, la base de cotización por contingencias comunes –en su determinación diaria- del mes natural inmediatamente anterior al inicio del descanso.

sucesivamente, por la madre y por el padre, la prestación se determinará para cada uno en función de su respectiva base reguladora.

En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, si la percepción del subsidio por maternidad hubiera sido interrumpida, cuando éste se reanude, una vez que el menor haya sido dado de alta hospitalaria, dicho subsidio se percibirá en la misma cuantía en que se viniera abonando antes de la interrupción.

Para los trabajadores contratados a tiempo parcial, la base reguladora diaria de la prestación económica por maternidad será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre trescientos sesenta y cinco. De ser menor la antigüedad en la empresa, la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan (Art. 6 del RD 1131/2002)¹⁰⁶.

En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo¹⁰⁷, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el período de seis semanas, inmediatamente posteriores al parto, o cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

2.2.3. Dinámica del derecho.-

Se tendrá derecho al subsidio por maternidad a partir del mismo día en que dé comienzo el período de descanso correspondiente. El subsidio por maternidad se abonará a cada beneficiario, en su caso, durante la parte de los períodos de descanso,

¹⁰⁶ Para estos trabajadores, el subsidio por maternidad se abonará durante todos los días en los que el trabajador permanezca en dicha situación, con la duración legalmente prevista para los períodos de descanso por las situaciones protegidas de maternidad, adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente (Art. 6.3 del RD 1131/2002).

¹⁰⁷ A pesar de la poca claridad de la redacción legal, hemos de entender incluido éste.

que hayan sido disfrutados efectivamente por la madre y el padre. Las situaciones de huelga y cierre patronal no impedirán el reconocimiento y percepción del subsidio por maternidad.

En el supuesto de fallecimiento del hijo, la beneficiaria tendrá derecho a la prestación económica durante los días que falten para completar el período de descanso obligatorio para la madre de seis semanas posteriores al parto, si éstas no se hubieran agotado. En estos casos, quedará sin efecto la opción ejercida por la madre en favor del padre. Este derecho será de aplicación aun cuando el feto no reúna las condiciones establecidas en el artículo 30 del Código Civil para adquirir la personalidad¹⁰⁸, siempre que hubiera permanecido en el seno materno durante al menos ciento ochenta días. En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá percibir la totalidad o, en su caso, la parte que reste del período de subsidio. Cuando la madre hubiera optado porque el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso por maternidad y, una vez iniciado el efectivo disfrute por el padre, éste falleciera antes de haberlo completado, la madre podrá ser beneficiaria del subsidio por la parte del período de descanso que restara hasta alcanzar la duración máxima correspondiente, incluso aunque aquélla ya se hubiera reincorporado al trabajo con anterioridad.

En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, la percepción del subsidio por maternidad podrá interrumpirse, a petición del padre o de la madre, según cuál sea el beneficiario, una vez completado el período de descanso obligatorio para la madre de seis semanas posteriores al parto, y se reanudará a partir de la fecha del alta hospitalaria del menor, por el período que reste por disfrutar¹⁰⁹.

El derecho al subsidio por maternidad se extinguirá por alguna de las siguientes causas: a.- Por el transcurso de los plazos máximos de duración de los períodos de

¹⁰⁸ El citado Art. 30 del Código Civil establece: “Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviese figura humana y viviese veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”.

¹⁰⁹ A tal efecto, se tendrá en cuenta las siguientes reglas: a.- Si el descanso se ha iniciado a partir de la fecha del parto, la interrupción en el percibo del subsidio por maternidad podrá comprender el período de las diez semanas posteriores al descanso obligatorio o de las que correspondan por parto múltiple. b.- Si el descanso por maternidad se ha iniciado antes del parto, la interrupción afectará únicamente al período que, en su caso, reste por disfrutar tras el período de seis semanas de descanso obligatorio. c.- En este supuesto, si durante la percepción del subsidio por maternidad, se extingue el contrato de trabajo del beneficiario o se produce el cese de la actividad, no podrá interrumpirse dicho subsidio.

descanso¹¹⁰; b.- Por el fallecimiento del beneficiario¹¹¹; c.- Por el fallecimiento del hijo o acogido¹¹².

Junto a lo anterior, se puede producir la pérdida o suspensión del derecho al subsidio por maternidad que podrá ser denegado, anulado o suspendido, cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso, excepto en los supuestos de descanso a tiempo parcial¹¹³.

2.2.4. Gestión.-

Sobre la gestión de esta prestación económica, la Disposición Adicional undécima ter de la LGSS establece que no cabrá fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas, siendo gestionada directamente por la entidad gestora respectiva – el INSS-¹¹⁴.

El reconocimiento del derecho se iniciará a instancia del trabajador o trabajadora, mediante solicitud expresa (no se aplica el principio de oficialidad), haciendo constar la fecha de inicio al descanso, la distribución del periodo, la opción, en su caso, a favor del padre, así como, los datos de la empresa¹¹⁵.

¹¹⁰ Cuando el período de descanso sea disfrutado exclusivamente por la madre o por el padre, por la reincorporación voluntaria al trabajo del beneficiario del subsidio con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración del mencionado período de descanso (siempre que hayan transcurrido las seis semanas obligatorias de descanso para la madre). En el supuesto de disfrute sucesivo o simultáneo por la madre y el padre, por la reincorporación voluntaria al trabajo de uno de ellos o de ambos, con anterioridad al cumplimiento de los plazos máximos de duración de los períodos de descanso correspondiente. En este caso, la parte que restase para completarlos incrementará la duración del subsidio a que tuviera derecho el otro beneficiario (siempre que hayan transcurrido las seis semanas obligatorias de descanso para la madre).

¹¹¹ salvo que pueda continuar en el disfrute del período de descanso el progenitor sobreviviente, según las condiciones ya comentadas.

¹¹² con la salvedad ya comentada del derecho al disfrute por la madre de las seis semanas obligatorias si el feto haya estado en el seno materno al menos 180 días.

¹¹³ En cuyo caso es compatible la percepción del subsidio con el salario correspondiente al tiempo de trabajo. (Art. 133 quinquies de la LGSS).

¹¹⁴ Sin perjuicio de que ésta pueda concertar la encomienda de gestión para el pago de la prestación con el Instituto Nacional de Empleo (hoy Servicio Público de Empleo) en los supuestos a que se refiere el artículo 222.2 de la LGSS (cuando la trabajadora se encuentre percibiendo la prestación por desempleo y pase a la situación de maternidad).

¹¹⁵ A esta solicitud se acompañarán la documentación a la que se refiere el Art. 13.2 del RD 1251/2001.

Los trabajadores por cuenta propia, como requisito adicional, deberán acreditar la suspensión de la actividad (mediante declaración ante al INSS, indicando la persona que va a gestionar el establecimiento durante dicho periodo, o en su caso la suspensión o extinción de la actividad).

2.2.5. Cotización.-

A estos efectos hemos de recordar que durante este periodo se mantiene la obligación de cotizar por la empresa y el trabajador (Art. 13.2 y 68.1 del RD 2064/1995). La cuota obrera es descontada al beneficiario o beneficiaria por la entidad gestora al hacer efectiva la prestación económica, por lo que el empresario sólo deberá aportar la cotización a su cargo.

Sobre la bonificación de cuotas a la Seguridad Social para los contratos de interinidad que se celebren para sustituir a los trabajadores en periodo de descanso por maternidad, adopción, acogimiento preadoptivo o permanente y por riesgo durante el embarazo, la misma será del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta mientras coincidan en el tiempo la suspensión de actividad por dichas causas y el contrato de interinidad del sustituto¹¹⁶.

2.2.6. Maternidad y desempleo.-

Cuando el trabajador se encuentre en situación de maternidad y durante la misma se extinga su contrato, por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo 208, seguirá percibiendo la prestación por maternidad hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación. En este caso no se descontará

¹¹⁶ Véanse el Real Decreto 11/1998, de 4 de septiembre (BOE de 5 de septiembre), –téngase presente la nueva redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras-, y la Disposición Adicional segunda de la Ley 12/2001, de 9 de julio (BOE de 10 de julio), de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para incremento del empleo y la mejora de su calidad.

del período de percepción de la prestación por desempleo de nivel contributivo el tiempo que hubiera permanecido en situación de maternidad (Art. 222.2 de la LGSS).

Cuando el trabajador esté percibiendo la prestación por desempleo total y pase a la situación de maternidad, percibirá la prestación por esta última contingencia en la cuantía que corresponda (Art. 222.3 de la LGSS).

2.3. Las prestaciones por familiares a cargo.-

2.3.1. Prestaciones por hijo a cargo.-

El Art. 39 de la Constitución establece que *“los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”*¹¹⁷ y aunque es un principio vinculante para nuestro ordenamiento jurídico¹¹⁸, es de destacar que ni define el concepto de familia que va a ser objeto de protección social, ni determina el alcance de las personas que la componen, lo que permitirá que el Derecho del Trabajo o el Derecho de la Seguridad Social puedan concretar a posteriori la noción de familia a la que se refieren. Ahora bien, de este precepto no se deduce que la familia a la que se hace referencia tiene que basarse en el matrimonio y en lo que se refiere a los hijos, su protección se garantiza cualquiera que sea su filiación¹¹⁹. En cumplimiento de este mandato constitucional el sistema de seguridad social establece entre su acción

¹¹⁷ No es el único precepto de la Constitución que hace referencia a la familia, pues el 18.1 garantiza el derecho a la “intimidad personal y familiar” y el Art. 35 reconoce el derecho de todos los españoles “a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia”.

¹¹⁸ El Art. 39 al situarse dentro de los llamados “principios rectores de la política social y económica” (Título I, Capítulo III), a su vez hay que relacionarlo con los mecanismos establecidos para garantizar el derecho, y que se encuentran en el Art. 53.3 por el que su reconocimiento y respeto “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, además “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”; esto supone que para analizar el contenido concreto del derecho habrá que estudiar los diversos mecanismos jurídicos de protección social que se establecen en diversas ramas del derecho.

¹¹⁹ En este sentido el Tribunal Constitucional afirma que *“la Constitución no protege a la familia que se constituye mediante el matrimonio aunque a ésta la proteja especialmente, sino también a la familia como realidad social, entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable de una pareja”* (STC 45/1989), sin que se desprenda *“una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales”* (STC 184/1990), y a estos principios y criterios interpretativos han de someterse el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social, al regular los diversos mecanismos de protección.

protectora “*Prestaciones familiares de la Seguridad Social, en sus modalidades contributiva y no contributiva*”¹²⁰.

Como se puede observar ya desde la propia rúbrica del indicado Capítulo IX, las prestaciones que denomina familiares quedan muy limitadas, es decir, la situación de necesidad protegida, es “*tener hijo a cargo*”, en base a la presunción del incremento de cargas económicas que produce este evento en la familia¹²¹. Pero como inmediatamente se explicará, el riesgo protegido, ni es la familia, ni se protegen todas las cargas familiares, sino sólo algunas de las cargas que generan los hijos. Dicho de otra forma, la denominada “*carga familiar*” se queda limitada al hijo a cargo en la modalidad no contributiva, si bien, en la modalidad contributiva, la carga familiar o supuesto de hecho protegido se amplía a otros familiares.

El limitado contenido de la acción protectora de esta prestación se pone claramente de manifiesto si se tiene en cuenta que la disminución de los ingresos que puede suponer el nacimiento de un hijo (derivado de la pérdida de ingresos salariales que se produce por la pérdida temporal de empleo), no está cubierta por esta prestación, sino por la prestación de maternidad, o en su caso, ante el riesgo de la salud del no nacido o de la madre, por la prestación por riesgo durante el embarazo. De igual forma,

¹²⁰ (Art. 38.1.d de la LGSS). El desarrollo de esta prestación se encuentra contenido en el Capítulo IX del Título II, Art. 180 a 190 de la LGSS (nueva redacción de este Capítulo dada por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social). El actual modelo de regulación de protección a la familia en la LGSS, limitado a la protección por hijo a cargo, tiene su origen en la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social, y que tiene por objeto fundamental, homogeneizar la protección (dar un trato igual a los regímenes especiales) y universalizar estas prestaciones (que es la característica más propia de las prestaciones de modalidad no contributiva). El nuevo modelo vino además, a incrementar la cuantía de las prestaciones y a establecer un régimen diferenciador en función de circunstancias personales. Posteriormente, el Real Decreto-Ley 1/2000, de 14 de enero, sobre determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social, vino a establecer dos nuevas prestaciones en modalidad de pago único: el nacimiento de tercer o sucesivos hijos y por parto múltiple. bajo la rúbrica “*Prestaciones Familiares por hijo a cargo*” (tal y como establece la Disposición Adicional octava de este texto refundido, este Capítulo es de aplicación a todos los Regímenes Especiales que integran el sistema de la Seguridad Social).

En relación con su desarrollo normativo debe tenerse en cuenta el reciente Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social (BOE de 22 de noviembre); y además: Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad (artículo cuarto). Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía (se modifica el anexo I, por RD 1169/2003, de 12 de septiembre, y se añade la disposición adicional única, por RD 290/2004, de 20 de febrero). Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas (se da nueva redacción a la Disposición Adicional 9, por Ley 62/2003, de 30 de diciembre de 2003).

¹²¹ Hasta su supresión, operada por la Ley 26/1985, de 31 de julio, la LGSS de 1974, reconocía unas prestaciones de pago periódico también por la esposa y una prestación de pago único por matrimonio y por nacimiento de cada hijo. En todo caso la exigua cuantía de estas prestaciones no produjo “ningún levantamiento popular” en el momento de eliminarlas de la acción protectora.

tampoco se protege por esta prestación, la pérdida de ingresos producida en la familia por la desaparición de aquél que aportaba rentas a su sustento, pérdida que intenta repararse con las prestaciones por de muerte y supervivencia, que son prestaciones a familiares supervivientes. En consecuencia, como fácilmente puede colegirse de los anterior, las prestaciones familiares de la seguridad social por hijo a cargo son sólo una parte de la protección de la familia por los poderes públicos, e incluso sólo una parte de la protección que a la familia dispensa el propio sistema de seguridad social.

Las prestaciones familiares se dividen en dos modalidades, contributiva y no contributiva¹²²:

En relación a la modalidad contributiva¹²³ se ha de hacer referencia al primer año de excedencia con reserva de puesto de trabajo que los trabajadores, de acuerdo con la legislación aplicable, pueden disfrutar en razón del cuidado de cada hijo, natural o adoptado, o de menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo, o por cuidado de otros familiares. Durante el ejercicio del indicado derecho nos encontramos ante un período de cotización efectiva, a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia y maternidad¹²⁴. Esta prestación, por su naturaleza, no es universal, pues se encuentra limitada a los trabajadores por cuenta ajena, bien sujetos a una relación laboral o administrativa.

En relación a la modalidad no contributiva¹²⁵, las prestaciones serán de diversa índole, pudiendo consistir en: a) una asignación económica por cada hijo, menor de 18

¹²² Sobre la diferenciación entre estas modalidades, recuérdese que ya el propio artículo 2 de la LGSS, sobre los principios y fines de la Seguridad Social, establece que “el sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad”, añadiendo que “el Estado, por medio de la Seguridad Social, garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de ésta, por cumplir los requisitos exigidos en las modalidades contributiva o no contributiva, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta ley”. Además es fundamental para la distinción de estas dos modalidades la nueva configuración de las fuentes de financiación –recursos del sistema-, que establece el Art. 86 de la LGSS (realizada por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social; téngase presente la nueva redacción del apartado 2 dada por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, y la letra b) de ese apartado, por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre; además véase la Disposición Transitoria Decimocuarta de la LGSS, sobre la aplicación paulatina de la financiación de los complementos a mínimos de las pensiones contributivas de la Seguridad Social).

¹²³ Art. 180 de la LGSS y Art. 2, y 4 a 8 del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre.

¹²⁴ Véase el Art. 46.3 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, Estatuto de los Trabajadores.

¹²⁵ Art. 181 a 190 LGSS y Art. 3 y 9 a 18 del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre.

años o, cuando siendo mayor de dicha edad, siempre que esté afectado por una minusvalía, en un grado igual o superior al 65 por ciento, a cargo del beneficiario, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación de aquellos, así como por los menores acogidos, en acogimiento familiar, permanente o preadoptivo; b) una prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de tercer o sucesivos hijos; c) una prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples.

Estas tres prestaciones, precisamente por su naturaleza no contributiva tienen carácter universal, en consecuencia no están limitadas sólo a los trabajadores incluidos en cualquier régimen del sistema, aunque por los requisitos exigidos se quedarán sin protección muchas familias. También hay que destacar que hay varios supuestos o situaciones de necesidad que se quedan excluidas, entre las que destacan, a nuestro juicio tener hijos a cargo mayores de 18 años no minusválidos que dependan económicamente de sus progenitores, y el nacimiento del primero o segundo hijo, incluso en familias con rentas muy bajas. De igual forma hemos de señalar que la asignación económica para mayores de 18 años, aunque de manera indirecta, es una manifestación de la protección a la minusvalía.

a) El sujeto causante.-

Tal y como se deriva del actual derecho de familia en su regulación civil, se consideran hijos, cualquiera sea la naturaleza legal de la filiación (matrimoniales, extramatrimoniales, naturales o adoptados). A los anteriores habrá que equiparar el menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo. Por otra parte, además de los hijos, en la modalidad contributiva, son sujetos causantes, los familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Por su parte, en la modalidad no contributiva, se exige que el hijo esté a cargo, entendiéndose por tal al hijo o menor que conviva y dependa económicamente del beneficiario (Art. 9 del RD 1335/2005, de 11 de noviembre), con las siguientes precisiones: En primer lugar, se entenderá, salvo prueba en contrario, que existe dependencia económica cuando el hijo o el menor acogido conviva con el beneficiario. A estos efectos, no rompe la convivencia la separación transitoria motivada por razón de

estudios, trabajo de los padres o acogedores, tratamiento médico, rehabilitación u otras causas similares. En segundo término, se considerará que el hijo o el menor acogido está a cargo del beneficiario, aun cuando realice un trabajo lucrativo, por cuenta propia o ajena, siempre que continúe conviviendo con el beneficiario de la prestación y que los ingresos percibidos por aquel en concepto de rendimientos del trabajo no superen el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, en cómputo anual¹²⁶. Tal condición se mantendrá aunque la afiliación del causante como trabajador suponga su encuadramiento en un régimen de Seguridad Social distinto a aquél en el que esté afiliado el beneficiario de la prestación. Por último, se considerará que el hijo o el menor acogido no está a cargo del beneficiario cuando sea perceptor de una pensión contributiva, a cargo de un régimen público de protección social, distinta de la pensión de orfandad o de la pensión en favor de familiares de nietos y hermanos.

Por otra parte, cuando se trate del cuidado de un familiar –en la modalidad contributiva-, además se exige, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida (Art. 2 del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre).

En la asignación económica por cada hijo, el hijo o menor acogido ha de ser menor de 18 años o, cuando siendo mayor de dicha edad, debe estar afectado por una minusvalía, en un grado igual o superior al 65 por ciento. El grado de minusvalía, a efectos del reconocimiento de las asignaciones por hijo o menor acogido minusválido a cargo, así como la situación de dependencia y la necesidad del concurso de otra persona, se determinarán mediante la aplicación del baremo aprobado por el Gobierno mediante Real Decreto¹²⁷.

¹²⁶ Tal y como establece el Art. 1.3 del Real Decreto-Ley 3/2004, de 25 de junio (BOE de 26 de junio), para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, se mantendrá la vinculación con el salario mínimo interprofesional para determinar los requisitos de acceso y, en su caso, mantenimiento de las pensiones de viudedad, orfandad, prestaciones en favor de familiares, prestaciones familiares y por nacimiento o adopción del tercer o sucesivos hijos, así como el importe de la prestación económica por parto o adopción múltiples.

¹²⁷ Artículo 182 ter. LGSS. Para ello debe utilizarse el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía (se modifica el anexo I, por RD 1169/2003, de 12 de septiembre, y se añade la disposición adicional única, por RD 290/2004, de 20 de febrero). Tal y como establece el Art. 15 del RD 1335/2005, la determinación y, en su caso, la revisión del grado de minusvalía, así como de la necesidad, por parte del minusválido, del concurso de tercera persona, corresponderá a los equipos de valoración y orientación, dependientes del Instituto de Mayores y Servicios Sociales o, en su caso, a los órganos correspondientes de las

b) La modalidad contributiva.-

Es una prestación de índole no económica, que consiste en la consideración como periodo de cotización efectiva¹²⁸, a efectos de determinadas prestaciones - jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia y maternidad-, del primer año de excedencia con reserva de puesto de trabajo del período de excedencia que los trabajadores por cuenta ajena, de acuerdo con la legislación aplicable (laboral o administrativa).

El periodo considerado como de cotización efectiva a que se refiere el párrafo anterior tendrá una duración de 15 meses, si la unidad familiar de la que forma parte el menor en razón de cuyo cuidado se solicita la excedencia, tiene la consideración de familia numerosa categoría general, o de 18 meses si tiene la de categoría especial. De la legislación laboral se observa (Art. 46.3 del ET), que la excedencia puede tener una duración de tres años, por lo que aún le queda margen al legislador para aumentar la consideración de periodo de ocupación cotizada.

Para profundizar en este tipo de prestaciones que se encuentran en la base, a nuestro juicio, de la conciliación objeto del presente estudio, se debería reflexionar sobre el escaso beneficio que suponen en una familia monoparental. Parece que el legislador está pensando sólo en una familia tradicional, donde el padre –habitualmente con mayor renta-, seguiría aportando el salario a la unidad familiar, y la madre, opta por la situación de excedencia, y como mal menor, recibe del sistema la consideración como periodo cotizado de parte de ese periodo. En un modelo monoparental, además de esta prestación no económica sería necesaria una prestación económica sustitutiva de las rentas dejadas de percibir, pues en otro caso, se hace prácticamente inviable la opción de la excedencia por cuidado de hijo o familiar. Quizás, la propuesta indicada, sea un campo abierto a las Comunidades Autónomas a través del establecimiento de prestaciones económicas de naturaleza asistencial.

comunidades autónomas a las que se hubieran transferido las funciones y servicios de dicha entidad gestora, según el baremo vigente en cada momento.

¹²⁸ Es decir, para reunir el periodo de carencia exigido, para la determinación de la base reguladora, y en su caso el porcentaje aplicable a esta, así como la consideración de situación asimilada al alta.

c) La modalidad no contributiva. La asignación económica.-

Esta prestación económica periódica, como inmediatamente se verá por su cuantía, no viene a cubrir en modo alguno la carga económica que supone tener un hijo a cargo, por lo que en todo caso se puede considerar sólo como una ayuda a su sustento.

Al ser una prestación de modalidad no contributiva ha desaparecido toda referencia a la exigencia de que el beneficiario se encuentre en alta o en situación asimilada al alta y que reúna una carencia previa¹²⁹. De esta manera, tendrán derecho a la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo quienes reúnan los cuatro siguientes requisitos: a) residan legalmente en territorio español¹³⁰; b) tengan a su cargo hijos o menores acogidos que también residan en territorio español¹³¹; c) no perciban ingresos anuales, de cualquier naturaleza, superiores al límite que, para cada ejercicio económico, se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado¹³²; d) no

¹²⁹ Art. 182 de la LGSS y 10 y 11 del RD 1335/2005.

¹³⁰ Se considerará cumplida esta condición en el supuesto de trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio español, que se encuentren en situación asimilada a la de alta y coticen en el correspondiente régimen de Seguridad Social español. Es de destacar que no hay referencia alguna al requisito de nacionalidad que habitualmente le acompañaba lo que supone una adecuación a la nueva regulación del derecho de protección social de los extranjeros residentes.

¹³¹ Se considerará cumplido este requisito respecto de los hijos o menores acogidos que acompañen en sus desplazamientos a los trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio nacional, a los que se refiere el párrafo anterior.

¹³² Este requisito de acreditar la situación de necesidad en función de unos ingresos es propio de una prestación de modalidad no contributiva, pero que en función de su cuantía viene a limitar el número posible de beneficiarios. Ahora bien, este requisito de límite de ingresos no se exige para el reconocimiento de la condición de beneficiario de la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo que tenga la condición de minusválido. Hay que indicar, que esta cuantía en euros se incorpora a la redacción del Art. 182 de la LGSS –no ha así al RD 1355/2005, que hace sólo referencia a la Ley de Presupuestos-; esto es un error pues supone modificar anualmente, si bien indirectamente, la redacción del citado precepto legal, cuando, al igual que en el reglamento de desarrollo, bastaría la referencia genérica a la cuantía que se establezca en la Ley de Presupuestos.

Debe tenerse presente que este límite no es absoluto, pues se va a modular en función del número de hijos del beneficiario. Como se observa de la redacción legal, el precepto se hace farragoso, quizás innecesariamente, cuando bastaría que la Ley de Presupuestos estableciera una tabla de cuantías en función del número de hijos que compongan la unidad familiar, y a ella se remitiera la LGSS y el reglamento de desarrollo. Así, la citada cuantía se incrementará en un 15 por ciento por cada hijo o menor acogido a cargo, a partir del segundo, éste incluido. Dicho límite se incrementa si se trata de personas que forman parte de familias numerosas de acuerdo con lo establecido en la Ley de Protección a las Familias Numerosas, y este se aumenta por cada hijo a cargo a partir del cuarto, éste incluido (todas estas cantidades vienen establecidas anualmente en la Ley de Presupuestos, y se reflejan, como ya se ha indicado erróneamente, en el Art. 182 de la LGSS). Estos límites de ingresos anuales se actualizarán anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, respecto de la cuantía establecida en el ejercicio anterior, al menos, en el mismo porcentaje que en dicha ley se establezca como incremento general de las pensiones contributivas de la Seguridad Social.

En el supuesto de convivencia del padre y de la madre se mantiene el mismo límite: así, si la suma de los ingresos de ambos superase los límites de ingresos establecidos en los párrafos anteriores, no se reconocerá la condición de beneficiario a ninguno de ellos. Igual regla se aplicará en los supuestos en que el acogimiento familiar, permanente o preadoptivo, se haya constituido por dos personas que formen

tengan derecho, ni el padre ni la madre, a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social.

Por otra parte, se debe señalar que, además de los progenitores y adoptantes, hay otros beneficiarios “*en situación especial*”¹³³, y en su virtud, también pueden ser beneficiarios de la analizada prestación, los propios hijos, en el caso de que sean huérfanos absolutos menores de 18 años o minusválidos en un grado igual o superior al 65 por ciento. En este caso, ellos recibirán lo que les hubiera correspondido a sus progenitores o adoptantes. Con la actual redacción, hay que entender que para que estos huérfanos sean beneficiarios no es necesario que los padres o adoptantes ya tuvieran el derecho antes de su fallecimiento, es decir, basta con que hubieran podido serlo. Igual criterio de reconocimiento del derecho a la asignación se seguirá en el supuesto de quienes no sean huérfanos pero hayan sido abandonados por sus progenitores o adoptantes, siempre que no se encuentren en régimen de acogimiento familiar, permanente o preadoptivo¹³⁴.

En lo que concierne a la determinación del beneficiario, hemos de señalar que en el supuesto de convivencia familiar, si en ambos progenitores o adoptantes o, en su caso, en quienes hubiesen acogido al menor, concurren las circunstancias necesarias para ser beneficiarios de la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo,

una misma unidad familiar. Si bien es cierto que la situación de necesidad es familiar, no parece lógico tratar de la misma manera –con el mismo límite– las situaciones de convivencia con la situación de estar a cargo de un solo progenitor que a priori parece una situación más gravosa. Añade el legislador que “*no obstante, también podrán ser beneficiarios de las asignaciones económicas por hijo o menor acogido a cargo, quienes perciban ingresos anuales, por cualquier naturaleza, que, superando la cifra indicada en los párrafos anteriores, sean inferiores a la cuantía que resulte de sumar a dicha cifra el producto de multiplicar el importe anual de la asignación por hijo o menor acogido por el número de hijos o menores acogidos a cargo de los beneficiarios*”. “*En tales casos, la cuantía anual de la asignación será igual a la diferencia entre los ingresos percibidos por el beneficiario y la cifra resultante de aplicar lo dispuesto en el párrafo anterior. Dicha cuantía será distribuida entre los hijos o menores acogidos a cargo del beneficiario y las mensualidades a que, dentro de cada ejercicio económico, se tenga derecho a la asignación*”.

No se reconocerá asignación económica por hijo o menor acogido a cargo, cuando la diferencia a que se refiere el párrafo anterior sea inferior al importe mensual de la asignación, por cada hijo o menor acogido a cargo no minusválido, establecida en el apartado 1 del artículo 182 bis de la LGSS –que es la cuantía de la asignación básica–.

¹³³ Blasco Lahoz, J. F. , Las prestaciones familiares por hijo a cargo; Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, Pg. 35.

¹³⁴ Ahora bien, cuando se trate de menores no minusválidos, huérfanos o abandonados, se exige un requisito propio y adicional: será requisito indispensable que sus ingresos anuales de cualquier naturaleza, los propios, incluida, en su caso, la pensión de orfandad o la pensión en favor de familiares, no sean superiores al límite que, para cada ejercicio económico, se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Como hemos visto.

derivada de un mismo causante, el derecho a percibirla solamente podrá ser reconocido en favor de uno de aquéllos, determinado de común acuerdo. Se presumirá que existe acuerdo cuando la asignación económica se solicite por uno de ambos posibles beneficiarios. A este respecto, un problema no resuelto, a nuestro juicio, por el reglamento, consiste en la determinación del beneficiario cuando la asignación la solicitan ambos de forma separada. Según pensamos, en estos supuestos, nos encontramos ante una manifestación de desacuerdo no notificada de forma expresa. La cuestión, en consecuencia no puede resolverse por la Administración reconociendo el derecho a quien lo solicitó primero, tal conflicto debería suponer la suspensión del abono de la asignación, ya reconocida a uno de ellos, hasta la resolución judicial.

El RD 1335/2005 si recoge el supuesto de que no haya acuerdo y este se notifique de forma expresa a la Entidad Gestora (aunque es difícil entender el alcance y el medio de esa “notificación expresa” del desacuerdo). En ese caso habrá de estarse a las reglas que en cuanto a la patria potestad y guarda establece el Código Civil. Y en consecuencia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social dictará una resolución mediante la cual, y previo reconocimiento, en su caso, del derecho al percibo de la prestación, se suspenderá el abono en tanto no recaiga la oportuna resolución judicial.

En los casos de separación judicial o divorcio, el derecho al percibo de la asignación se conservará para el padre o la madre por los hijos o menores acogidos que tenga a su cargo. Es de destacar que el legislador equipara estas situaciones a la que denomina de forma acertada “*ruptura de una unidad familiar basada en una análoga relación de afectividad a la conyugal*” (Art. 11.2 tercer párrafo del RD 1335/2005), descripción que se podría utilizar para la ampliación de prestaciones a las llamadas situaciones de convivencia (prestaciones de viudedad).

La cuantía de la asignación es variable en función de la edad y del grado de minusvalía del hijo a cargo sin que esta diferenciación pueda considerarse discriminatoria¹³⁵. El número de tramos o bloques hay que considerarlo acertado: hijos

¹³⁵ Técnicamente, no nos parece correcto que la LGSS establezca directamente la cuantía de dicha asignación en euros, a nuestro juicio, lo más acertado hubiese sido hacer referencia a su determinación anual en la correspondiente Ley de Presupuestos, pues esto supone que indirectamente se modifica el Art. 182.bis de la LGSS anualmente, si bien es cierto que no hay un mandato en el texto de la Ley General para que su cuantía se actualice anualmente. Este mandato debería recogerse en el texto de la LGSS.

o acogidos menores de 18 años; hijos o acogidos menores de 18 años con una minusvalía igual o superior al 33 por ciento; hijo a cargo mayor de 18 años, afectado por una minusvalía en un grado igual o superior al 65 por ciento; y, por último, cuando el hijo a cargo, sea mayor de 18 años, y esté afectado por una minusvalía en un grado igual o superior al 75 por ciento y, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos¹³⁶.

Un aspecto claramente criticable, a nuestro juicio, es la insuficiencia de esta cuantía, aún más teniendo en cuenta el límite de ingresos al que hemos hecho referencia como condición para tener derecho a la prestación. Pero es que además, la prestación se acaba súbitamente al cumplir el hijo los 18 años –salvo minusvalía–, sin que se tenga en cuenta su dependencia económica y por ende, la carga que supone. Esta escasa cuantía ha impulsado la proliferación de prestaciones económicas familiares –y de servicios– por parte de las Comunidades Autónomas, dentro de su competencia asistencial.

d) Dinámica de la asignación.-

El reconocimiento del derecho a la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo¹³⁷ surtirá efectos a partir del día primero del trimestre natural inmediatamente siguiente al de la presentación de la solicitud (este mismo criterio se aplicará en el supuesto de modificaciones en el contenido del derecho, que supongan un aumento en la cuantía de la asignación económica que se viniera percibiendo)¹³⁸.

Idéntico criterio “trimestral” se utiliza en las variaciones. Así, cuando, como consecuencia de las variaciones en las circunstancias que determinaron el nacimiento del derecho –en la situación familiar del perceptor–, deba producirse la extinción o

¹³⁶ También destaca que dicha cuantía se determine en cómputo anual, por lo que hay que fraccionar dicha cuantía en doce mensualidades. Esta forma de establecer la cuantía da lugar a confusión, pues no se tiene derecho a ella, sino sólo al número de mensualidades que, dentro de cada ejercicio económico, tenga derecho el beneficiario. Se añade a esta confusión la forma de abonar la prestación, pues el pago será semestral y deberá efectuarse por semestre vencido, salvo en las asignaciones económicas por hijo minusválido a cargo mayor de 18 años, respecto de las cuales el pago será de periodicidad mensual, y se efectuará por mensualidad vencida (Art. 184 de la LGSS y del 18 RD 1335/2005).

¹³⁷ Art. 17 del RD 1335/2005.

¹³⁸ Sobre esta cuestión es difícil de entender la razón por la cual la prestación no nace desde el día primero del mes natural siguiente a la solicitud –salvo razones puramente económicas–.

reducción del derecho, aquellas no surtirán efectos hasta el último día del trimestre natural en el que se haya producido la misma, excepto, cuando la extinción o modificación venga motivada por la variación de los ingresos anuales computables, que surtirá efectos el día 1 de enero del año siguiente a aquel al que correspondan dichos ingresos. Otra excepción a este computo, se localiza en el caso de extinción de la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo, por incompatibilidad con la pensión de invalidez o de jubilación, en su modalidad no contributiva, en la que sus efectos económicos cesarán el último día del mes en que hubiera sido presentada la solicitud de pensión. Por el contrario, y ante el silencio de la norma, habrá que entender que en caso de cumplimiento de la edad de 18 años del hijo o acogido no minusválido, por minoración o supresión del grado de minusvalía y por fallecimiento del sujeto causante, la extinción se produce el último día del mes natural de dicho evento (en todo caso con independencia de la fecha se devengaría la mensualidad completa).

Una circunstancia que habrá de ser analizada para solucionar problemas reales es la del matrimonio del hijo o acogido causante y sus efectos sobre la prestación, pues el reglamento no contempla, ni el estado civil, ni el derecho de alimentos (en caso de separación) como causa de extinción. La cuestión debatida se reside en determinar si el matrimonio hace desaparecer por sí mismo la situación de dependencia económica y/o convivencia, reconociéndose que es una causa de emancipación en términos civiles que además viene a obligar a alimentos entre los cónyuges.

2.3.2. Prestación por parto o adopción múltiples.-

La situación objeto de protección es el parto o adopción múltiple, es decir, cuando el número de nacidos o adoptados sea igual o superior a dos¹³⁹. A efectos del cómputo del número de hijos, cuando uno de los nacidos o adoptados esté afectado por una minusvalía igual o superior al 33 por ciento, computarán doble (tal y como se estableció para la prestación por nacimiento o adopción de tercer o sucesivos hijos). Para causar derecho a esta prestación, el nacimiento (que cumpla los requisitos ya

¹³⁹ Art. 187 y 188 de la LGSS y Art. 23 a 26 del Real Decreto 1335/2005.

comentados del Art. 30 del CC), o la formalización de la adopción, ha de producirse en España¹⁴⁰.

Serán beneficiarios de la prestación económica por parto o adopción múltiples producidos en España las personas, padre o madre o, en su defecto, la persona que reglamentariamente se establezca, que reúna los siguientes requisitos: a.- residan legalmente en territorio español, sin que se exija periodo previo de residencia (sobre el requisito de nacionalidad se aplica la legislación de extranjería, por lo que no hay distinción si el extranjero reside legalmente en España); b.- no tengan derecho, ni el padre ni la madre, a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social.

Para la determinación del beneficiario, en el supuesto de convivencia de los progenitores o adoptantes, se entenderá recibida la prestación por cualquiera de ellos, si existe común acuerdo. Se presumirá que existe dicho acuerdo cuando la prestación se solicite por uno de aquéllos. A falta del mismo será beneficiaria la madre, en su caso. Cuando los progenitores o adoptantes no convivan, será beneficiario el que tenga a su cargo la guarda y custodia de los hijos. Cuando los causantes queden huérfanos de ambos progenitores o adoptantes o sean abandonados, será beneficiaria de la prestación económica la persona física que legalmente se haga cargo de los nacidos o adoptados.

La cuantía de la prestación económica por parto o adopción múltiples se establece en función del número de hijos nacidos o adoptados al que se asigna una prestación variable¹⁴¹, a nuestro juicio, se debería haber previsto por el legislador una modulación de la misma en función del grado de minusvalía del hijo nacido o adoptado.

¹⁴⁰A estos efectos, se reputará producido en España el nacimiento o la adopción que tenga lugar en el extranjero cuando se acredite que el hijo se ha integrado de manera inmediata en un núcleo familiar con residencia en territorio español (de nuevo no se determina el alcance en tiempo de la “integración inmediata”).

¹⁴¹ Consistente en un número de veces el salario mínimo interprofesional vigente en el momento del parto; y será la siguiente:

Número de hijos nacidos o adoptados /	Número de veces el salario mínimo interprofesional
2	4
3	8
4 y más	12

Téngase presente que tal y como establece el Art. 1.3 del Real Decreto-Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, se mantiene la vinculación con el salario mínimo interprofesional a efectos de determinar el importe de la prestación establecida en el artículo 188 de la LGSS.

Al contrario de lo que manifestamos en la anterior prestación analizada, en ésta, sí esta garantizada su revalorización por la referencia al salario mínimo interprofesional vigente cada año. Sin duda este modelo de determinación de la cuantía es mucho mejor y quizás el que debería haberse utilizado en la prestación del tercer o sucesivo hijos, tomando como referencia el SMI o porcentaje del mismo.

2.3.3. La prestación de pago único por nacimiento o adopción de tercer o sucesivos hijos.-

La analizada prestación¹⁴² se establece sólo para aquellas unidades familiares que tengan dos o más hijos con carácter previo, en cuyo caso y con motivo del nacimiento – o adopción, que se equipara- de un nuevo hijo, se reconoce una prestación económica de pago único. También se reconoce la citada prestación en el supuesto de no tener hijos o tener previamente sólo uno, pero con el nuevo nacimiento o adopción lleguen a tener tres o más (se refiere por nacimiento o adopción múltiples).

Se entenderá como nacido, a estos efectos, el que reúna las condiciones que determina el artículo 30 del Código Civil. Además, para causar derecho a esta prestación, el nacimiento o la formalización de la adopción han de producirse en territorio español¹⁴³. Respecto a los hijos, serán tenidos en cuenta, a efectos del cómputo, todos lo hijos, con independencia de su filiación, comunes o no comunes, siempre que convivan en la unidad familiar y estén a cargo de los padres. A efectos de este cómputo el legislador crea una ficción consistente en considerar que los hijos afectados por una minusvalía igual o superior al 33 por ciento, computarán doble. Ahora bien, no basta con el nacimiento del tercero, sino que haya al menos tres hijos conviviendo en la unidad familiar y estén a cargo de los progenitores o adoptantes.

Para el disfrute de la indicada prestación, además del nacimiento del tercer hijo, por su carácter asistencial, se deben acreditar una serie de requisitos: a.- que residan

¹⁴² Art. 185 y 186 de la LGSS.

¹⁴³ A estos efectos, se reputará producido en España el nacimiento o la adopción que tenga lugar en el extranjero cuando se acredite que el hijo se ha integrado de manera inmediata en un núcleo familiar con residencia en territorio español. Sobre este aspecto se debería determinar por el legislador el tiempo para integrarse en territorio español porque en otro caso nos encontramos ante un concepto indeterminado que genera inseguridad jurídica.

legalmente en territorio español, sin que se exija periodo previo de residencia¹⁴⁴; b.- que no se perciban ingresos anuales, de cualquier naturaleza, superiores a los ya indicados en la asignación económica por hijo a cargo en los términos del Art. 182.1.c de la LGSS¹⁴⁵; c.- que no tengan derecho, ni el padre ni la madre, a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social.

Sin embargo, a diferencia de lo previsto para la asignación por hijo a cargo, no es de aplicación, en esta prestación, la excepción de no exigir límite de rentas cuando el hijo sea minusválido –Art. 182.3 de la LGSS- cuestión, que a nuestro juicio, debería corregirse de forma urgente.

Será beneficiario el padre o la madre que reúnan dichos requisitos. En el supuesto de convivencia de los progenitores o adoptantes, será beneficiario cualquiera de ellos determinado de común acuerdo (acuerdo expreso). Se presumirá que existe cuando la prestación se solicite por uno de aquéllos (acuerdo tácito). A falta de acuerdo, será beneficiaria la madre, en su caso. Cuando los progenitores o adoptantes no convivan, será beneficiario el que tenga a su cargo la guarda y custodia del hijo. Cuando el causante hubiera quedado huérfano de ambos progenitores o adoptantes o esté abandonado, será beneficiaria de la prestación económica la persona física que legalmente se haga cargo de aquél.

El legislador no ha señalado plazo de solicitud tras el nacimiento o adopción o en su defecto, límite de edad del hijo –situación que debería corregirse-, y mientras tanto, según pensamos, habrá que estar al plazo general de prescripción de 5 años previsto en el Art. 43.1 de la LGSS.

La prestación económica por nacimiento o adopción de un tercer o sucesivos hijos consistirá en un pago único de 450,76 euros, por cada hijo, natural o adoptado, a

¹⁴⁴ Sobre el requisito de nacionalidad se aplica la legislación de extranjería, por lo que no hay distinción si el extranjero reside legalmente en España.

¹⁴⁵ Límites de ingresos que como hemos indicado se actualizan anualmente por la LPGE. Se tendrán en cuenta los ingresos obtenidos por los beneficiarios durante el año anterior al nacimiento o a la adopción. En el supuesto de convivencia del padre y de la madre si la suma de los ingresos percibidos por ambos superase dichos límites, no se reconocerá la condición de beneficiario a ninguno de ellos.

partir del tercero¹⁴⁶. Hay que señalar que esta es una cuantía máxima, pues en los casos en que los ingresos anuales percibidos, de cualquier naturaleza, superen el límite establecido anualmente en la LPGE, pero sean inferiores al importe conjunto que resulte de sumar a dicho límite el importe de la prestación, la cuantía de esta última será igual a la diferencia entre los ingresos percibidos por el beneficiario y el indicado importe conjunto. Aunque no se reconocerá la prestación cuando la diferencia a que se refiere el párrafo anterior sea inferior al importe mensual de la asignación, por cada hijo no minusválido, establecida en el apartado 1 del Art. 182.bis de la LGSS¹⁴⁷.

En relación con la prestación analizada, creemos que resulta especialmente reseñable, en primer lugar, la escasez de su cuantía, sobre todo, si tenemos en cuenta que estamos hablando de unidades familiares ya numerosas y con escasos recursos, y resulta menos justificable, a nuestro juicio, si se compara con la prestación por parto múltiple en la que la cuantía es significativamente mayor, sin que sea necesario acreditar situación de necesidad. En segundo lugar, debemos igualmente que criticar, que en su régimen jurídico no se garantiza su revalorización, antes al contrario, sobre todo si se tiene en cuenta que el límite de rentas si se actualiza anualmente, lo que produce un efecto perverso, pues al aumentar el límite de ingresos se excluyen a más familias, y por el contrario disminuye la cuantía simplemente por el efecto IPC.

2.3.4. Régimen de compatibilidad e incompatibilidad común de las prestaciones por hijo a cargo.-

Para su simple presentación, debemos comenzar indicando que se establecen los siguientes criterios generales: a.- Cuando concurren en ambos progenitores o adoptantes o, en su caso, en los acogedores, las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de las prestaciones familiares, el derecho a percibirla sólo podrá ser reconocido en favor de uno de ellos; b.- las prestaciones familiares serán incompatibles

¹⁴⁶ En los casos en que los ingresos anuales percibidos, por cualquier naturaleza, superando el límite establecido en el párrafo c), apartado 1, del artículo 182 de la LGSS, sean inferiores al importe conjunto que resulte de sumar a dicho límite el importe de la prestación, la cuantía de esta última será igual a la diferencia entre los ingresos percibidos por el beneficiario y el indicado importe conjunto. No se reconocerá la prestación en los supuestos en que la diferencia a que se refiere el párrafo anterior sea inferior al importe mensual de la asignación, por cada hijo o acogido no minusválido, establecida en el apartado 1 del artículo 182 bis de la LGSS.

¹⁴⁷ Este segundo criterio para determinar la cuantía, teniendo presente del objeto de la prestación y el modelo de familia al que nos estamos refiriendo, parece del todo innecesario, y a nuestro juicio, se debería reconocer la prestación en su totalidad –no tiene sentido reducir lo de ya de por si escaso-.

con la percepción, por parte de los progenitores o adoptantes o, en su caso, de los acogedores, de cualquier otra prestación análoga establecida en los demás regímenes públicos de protección social (destacadamente los instrumentos de protección familiar establecidos por las Comunidades Autónomas)¹⁴⁸; c.- en los supuestos en que uno de los progenitores o adoptantes esté incluido, en razón de la actividad desempeñada, o por su condición de pensionista, en un régimen público de Seguridad Social, la prestación correspondiente será reconocida por dicho régimen, siempre que aquel reúna los requisitos necesarios para ser beneficiario de dicha prestación; d.- cuando los beneficiarios puedan tener derecho a la misma prestación por un mismo sujeto causante en varios regímenes públicos de protección social, deberán optar por uno de ellos.

Junto a los anteriores, se establecen otras reglas particulares: a.- la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo, es incompatible con la pensión de invalidez o de jubilación, en su modalidad no contributiva; b.- asimismo, la percepción de dicha asignación será incompatible con la condición, por parte del hijo minusválido, de beneficiario de las pensiones asistenciales reguladas en la Ley 45/1960, de 21 de julio, o de los subsidios de garantía de ingresos mínimos y de ayuda por tercera persona, establecidos en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos; c.- las prestaciones económicas por nacimiento o adopción del tercer o sucesivos hijos y por parto o adopción múltiples, causadas por un mismo sujeto, serán compatibles entre sí; d.- la prestación económica por parto o adopción múltiples es compatible con el subsidio especial de maternidad por parto múltiple (y desde luego con el subsidio ordinario por maternidad); e.- las prestaciones económicas por nacimiento o adopción del tercer o sucesivos hijos y por parto o adopción múltiples, serán compatibles, de igual modo, con las asignaciones económicas por hijo o menor acogido a cargo que puedan corresponder.

2.4. Las prestaciones por fallecimiento.-

Como ya se ha argumentado, la protección a la familia por el sistema de Seguridad Social, desborda la prevista exclusivamente por hijo a cargo para abarcar

¹⁴⁸ Reacuérdesse el derecho a opción entre ambos tipos de prestaciones.

todas las que tienen como beneficiarios los integrantes del núcleo de convivencia unido por determinados vínculos de parentesco o asimilado a ellos. Así, las prestaciones por muerte y supervivencia son aquellas que pretenden proteger frente a las situaciones de necesidad económica que se produce en personas dependientes de otra persona, sujeto causante, cuando esta fallece.

De esta manera, el legislador se preocupa de compensar el daño económico que produce el fallecimiento en ciertos familiares dependientes (sin exigir estados reales de necesidad en muchos casos), por lo que dentro de las prestaciones por “muerte y supervivencia”, se reconocen prestaciones a favor del cónyuge viudo, de los hijos, y a favor de otros familiares. Como se puede observar, la noción de familia que se utiliza en el sistema de seguridad social no es unívoca (además de diferente del utilizado en el ámbito laboral), pues es mucho más limitada en las prestaciones llamadas “familiares” – fundamentalmente el hijo a cargo-, que en estas prestaciones por muerte y supervivencia, en las que las prestaciones que son también familiares se extienden a otros vínculos familiares: cónyuge, hijos, hermanos, nietos, padres y abuelos.

La “*renovación*” del conocido por todos “*Pacto de Toledo*”¹⁴⁹, analiza el desarrollo y las recomendaciones en su día realizadas, y además, procede a incorporar nuevas propuestas para afrontar los cambios habidos desde 1995 en la realidad social e institucional de España. En este sentido, en materia de viudedad y orfandad¹⁵⁰, recomienda seguir por el camino de atender más a las situaciones reales de necesidad que a la estricta contributividad –poco se ha avanzado en ese camino-. En este sentido, reconoce la necesidad de realizar una reformulación integral de las prestaciones de supervivencia, para alcanzar un doble objetivo: cubrir de forma efectiva las necesidades familiares que se producen como consecuencia del fallecimiento y mejorar sustancialmente las actuales prestaciones de viudedad, de las personas que no disponen de otros recursos.

A nuestro juicio, como se podrá de manifiesto a lo largo de esta parte del presente trabajo, se precisa un cambio radical “*del modelo*” que partiese de abandonar

¹⁴⁹ Aprobación del informe de la Comisión no permanente del Pacto de Toledo del Congreso de los Diputados el 30 de septiembre de 2003.

¹⁵⁰ Apartado 12 del bloque A, relativo al “Desarrollo del Pacto de Toledo” (de 1995). Es de destacar que omite las prestaciones a favor de familiares que están quizás aún más necesitadas de una reforma que las sistematica.

completamente el enfoque profesional y contributivo de estas prestaciones y avanzar hacia un modelo asistencial y en concreto no contributivo, especialmente en las prestaciones a favor de familiares.

Con el derecho actualmente vigente, en caso de muerte, cualquiera que fuera su causa, se otorgarán, según los supuestos, alguna o algunas de las prestaciones siguientes¹⁵¹: a.- un auxilio por defunción; b.- una pensión vitalicia de viudedad; c.- una pensión de orfandad; d.- una pensión vitalicia o, en su caso, subsidio temporal a favor de familiares; e.- Además, en caso de muerte causada por accidente de trabajo o enfermedad profesional, se concederá una indemnización a tanto alzado.

Respecto al riesgo causante, este puede ser común o profesional. Debiendo significarse, a estos efectos, y a fin de concretar el tipo de riesgo que produjo el fallecimiento (incluida la desaparición), que el ordenamiento establece una serie de presunciones *iuris et de iure*, como la de fallecimiento por causa profesional, a quienes tuviesen reconocida previamente un incapacidad permanente absoluta o gran invalidez de origen profesional. Para el resto de los supuestos, los beneficiarios deberán probar que la muerte ha sido debida al accidente de trabajo o a la enfermedad profesional, siempre que el fallecimiento se hubiera producido dentro de los cinco años siguientes a la fecha del accidente, si bien no existe límite de tiempo para admitirse la prueba en el supuesto de enfermedad profesional (Art. 172.2 de la LGSS).

Su regulación legal se encuentra en el Art. 38.1.c y en el Título II, Cap. VIII, Art. 171 a 179 de la LGSS, que necesariamente debe ser completada con una importante labor reglamentaria¹⁵². Como se puede observar, nos encontramos ante una limitada

¹⁵¹ Art. 171 de la LGSS.

¹⁵² Estas previsiones hay que completarlas con la Orden de 13 febrero de 1967, por la que se establecen las normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General (se da nueva redacción al Art. 2.3 por la Orden de 18 de enero de 1984, se derogan los Art. 16, 19 y 20, por RD 1647/1997, de 31 de octubre, se da nueva redacción a los Art. 22.1.1 y 25, por RD 4/1998, de 9 de enero, a los Art. 11, 21.1, 22.1.a), 24 y 25, por RD 1465/2001, de 27 de diciembre, al Art. 21.1 y 2, por RD 1425/2002, de 27 de diciembre, al Art. 21.1 por RD 1335/2005 de 11 de noviembre); complétese con las siguientes normas -además de los conocidos como “Reglamentos Generales” de prestaciones y en concreto por los Art. 5 y 12 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio-:

Resolución de 3 de septiembre de 1990, de la dirección general de régimen jurídico de la seguridad social, por la que se dictan criterios de distribución de las pensiones de viudedad, cuando se dan determinados supuestos de extinción.

Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la seguridad social: artículos 8

regulación legal que exige, pero también permite, un gran margen para el desarrollo reglamentario. Lo que sin duda puede facilitar la introducción de modificaciones en tan importantes prestaciones del sistema, permitiendo además, al menos en teoría, una mayor adaptabilidad a los cambios sociales y a la evolución de la familia¹⁵³.

Como aún esta pendiente esta labor legislativa y reglamentaria integradora, tanto el Tribunal Constitucional como los órganos jurisdiccionales inferiores han acometido una significativa labor de configuración jurídica de estas prestaciones, fijando una serie de criterios de interpretación de la normativa vigente, que en la práctica cobra tanta relevancia como la legislación misma. La elevada litigiosidad que presentan estas prestaciones, se convierte, a nuestro juicio, en un argumento más para realizar esa labor normativa integradora y de adecuación a la realidad social del momento.

Aunque originariamente estas prestaciones tenían por objeto reparar el daño causado por la muerte del sujeto que era el sustento de la familia, en la actualidad, y con los cambios que se han producido en la familia tradicional, y fundamentalmente, desde la incorporación masiva de la mujer al trabajo, este fundamento ha quedado muy alejado de la realidad social. Hoy, su finalidad, es garantizar el mantenimiento del nivel de ingresos del núcleo familiar afectado económicamente por la muerte del causante, en la medida en que es un acontecimiento que repercute sobre quienes dependen, presuntamente, de él.

Con la indicada filosofía se establecen varios tipos de prestaciones que se diferencian en función de su objeto y de los sujetos a los que va dirigida: En primer lugar, una prestación que tiene por objeto reparar los gastos derivados del fallecimiento –los costes del enterramiento–, el llamado *auxilio por defunción*, que sin embargo, ante su exigua cuantía, difícilmente se puede sostener que dicha finalidad se encuentre cubierta. Por otro lado aparecen unas prestaciones que tienen por objeto compensar la

a 11 (se da nueva redacción a los Art. 9.2 y 10.2, por RD 4/1998, de 9 de enero; al Art. 8.2, por RD 3476/2000, de 29 de diciembre; al Art. 9.2, por RD 1465/2001, de 27 de diciembre; se añade apartado cuarto al Art. 10 por RD 1335/2005, de 11 de noviembre).

Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial (artículo 7).

¹⁵³ En todo caso nos encontramos con una anticuada y dispersa labor reglamentaria, que ha sufrido importantes modificaciones, por lo que, como en otras prestaciones del sistema, urge una labor de refundición y actualización del desarrollo reglamentario de estas prestaciones y que debería adecuarse a la realidad social del momento.

situación de necesidad –en la mayoría de los supuestos presunta-, que deriva de la pérdida de ingresos que se produce por el fallecimiento de la persona que era sustento de aquellos familiares que dependían económicamente de él. Nos referimos a *la pensión de viudedad, la pensión de orfandad y las prestaciones* –pensiones y subsidios- *a favor de familiares*.¹⁵⁴

Con carácter previo al breve análisis que realizaremos de las indicadas prestaciones, no podemos dejar de indicar que *“La protección de estos familiares no tiene siempre la misma finalidad, razón por la que varían los requisitos que se exigen en cada caso para acceder a las prestaciones. Mientras la protección de los cónyuges y de los hijos menores de edad o mayores incapacitados protege el riesgo de muerte, como lo prueba el que se reconozcan prestaciones aunque no exista situación real de necesidad; a los restantes familiares se les exige una situación de necesidad acreditada por la falta de recursos, la convivencia con el causante y a su expensas”*¹⁵⁵.

A mayor abundamiento, la doctrina ha señalado que esos familiares beneficiarios son susceptibles de ser divididos en dos grandes grupos: *“uno, el más compacto y mejor tratado desde el punto de vista de la calidad y del alcance de la protección (porque se les exigen menos requisitos y porque las prestaciones son de mejor calidad en cuantía y duración) es el formado por el cónyuge e hijos hasta una cierta edad; otro, el más homogéneo y desigual y el tratado de forma más irregular también desde la perspectiva de la protección social (porque los requisitos para que el derecho surja son más rigurosos y las prestaciones son distintas en cuanto a su duración) es el que abarca, a esos otros familiares más alejados del círculo inmediato que ocupan los anteriores”*¹⁵⁶.

Con carácter general, podemos adelantar, que nos encontramos ante, posiblemente, la contingencia más necesitada de reformas normativas que han de tener en cuenta el objeto de las diversas prestaciones, la reestructuración de las mismas (incluso la desaparición de alguna de ellas, como el auxilio por defunción) y los sujetos

¹⁵⁴ A la anteriores prestaciones habría que añadir la indemnización especial cuando la muerte deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional, y que viene a manifestar, una vez más, la situación de privilegio que siguen manteniendo en nuestro sistema las llamadas contingencias profesionales.

¹⁵⁵ M^a A. Castro Argüelles, “La protección familiar en el Sistema Español de Seguridad Social: un enfoque general”, op. Cit. Pg. 110.

¹⁵⁶ Santiago González Ortega, “Las prestaciones a favor de otros familiares”, Op. Cit. pg. 157 y 158.

beneficiarios (la relación familiar determinante, los requisitos exigidos y las causas de extinción de las prestaciones).

Por otra parte, hemos de destacar que es en estas prestaciones donde, hasta la fecha, mayor trascendencia presenta el vínculo conyugal como elemento generador de protección social. Así las uniones de hecho, hasta hoy, no generan derecho a pensión a favor del sujeto superviviente. Además, es el matrimonio el que nuevamente determina la protección a familiares que provienen de los contrayentes.

Sobre esta cuestión el Tribunal Constitucional ha razonado, que el matrimonio y la unión de hecho no son realidades equivalentes, por lo que es perfectamente constitucional exigir convivencia matrimonial como requisito para la concesión de determinadas prestaciones, por lo que tal trato diferenciado se ha declarado conforme con la Constitución (STC 66/1994). A esta afirmación, se puede añadir que *“corresponde al legislador en función de la situación de necesidad existente y de los medios financieros disponibles determinar la acción protectora a dispensar por el régimen público de Seguridad Social y las condiciones para el acceso a las prestaciones y para su pérdida”* (STC 126/1994), sin perjuicio de reconocer que caben otras opciones de política legislativa.

Ahora bien, no podemos considerar este trato diferenciado como algo pacífico: en primer lugar porque *“no podemos pensar que la situación de necesidad sea distinta o de diferente intensidad para el cónyuge viudo que el conviviente de hecho –además de que la situación de necesidad no es determinante del derecho a pensión de viudedad-, luego el único motivo que justificaría la opción legislativa por la protección al matrimonio estaría en los medios financieros disponibles”*¹⁵⁷; en segundo término el TC también reconoce que la Constitución *“no protege sólo a la familia que se constituye mediante el matrimonio –aunque a ésta la proteja especialmente- sino también a la familia como realidad social, entendida por la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable de una pareja”* (STC 45/1989), y que *“toda medida que tenga como destinatarios a los cónyuges con exclusión de quienes conviven establemente en unión de hecho, sea siempre y todos los*

¹⁵⁷ Castro Argüelles M. A., “La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social: un enfoque general”, en VV. AA., Seguridad Social y familia. Ed. La Ley, Madrid, 1999, pg. 99.

casos compatible con la igualdad jurídica y la prohibición de discriminación que la Constitución garantiza en su Art. 14” (STC 47/1993), e incluso que “sólo es aceptable la diferencia entre miembro supérstite de la pareja matrimonial y el que los sea de una unión de hecho si responde a un fin aceptable desde la perspectiva jurídica constitucional que aquí importa, y siempre y cuando no entre en contradicción con fines y mandatos presentes en el texto constitucional” (STC 222/1992).

Si atendemos a la simple presentación de los requisitos exigidos al sujeto causante, debemos comenzar indicando que el derecho a la protección se encuentra condicionado a que el causante (trabajadores en activo, perceptores del subsidio por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o maternidad, y pensionistas por incapacidad permanente o jubilación ambos en su modalidad contributiva¹⁵⁸) al fallecer, se encontrara en alta o en situación asimilada a la de alta y hubiera completado, si la causa de la su muerte fuese enfermedad común, el periodo de cotización que reglamentariamente se determine (Art. 174.1 y 175.1 de la LGSS)¹⁵⁹.

De igual forma y como regla general, el causante ha de reunir los requisitos generales del derecho a prestaciones a que se refiere el Art. 124 de la LGSS, y en

¹⁵⁸ Que no es otro que quinientos días dentro de los cinco años anteriores a la fecha del hecho causante Ar. 172.1 de la LGSS.

¹⁵⁹ Particularidades en los regímenes especiales:

En el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, es asimismo condición indispensable para tener derecho a las prestaciones, con excepción del subsidio de defunción, que el causante se halle al corriente en el pago de sus cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la correspondiente prestación (Art. 28 del Decreto 2530/1970). No obstante, si cubierto el período mínimo de cotización preciso para tener derecho a la prestación de que se trate se solicitara ésta y la persona incluida en el campo de aplicación de este Régimen Especial no estuviera al corriente en el pago de las restantes cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la prestación, la Entidad gestora invitará al interesado para que en el plazo improrrogable de treinta días naturales a partir de la invitación ingrese las cuotas debidas. Si el interesado, atendiendo la invitación, ingresase las cuotas adeudadas dentro del plazo señalado en el párrafo anterior, se le considerará al corriente en las mismas a efectos de la prestación solicitada. Si el ingreso se realizase fuera de dicho plazo, se concederá la prestación menos un 20 por 100, si se trata de prestaciones de pago único y subsidios temporales; si se trata de pensiones, se concederán las mismas con efectos a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que tuvo lugar el ingreso de las cuotas adeudadas.

En el Régimen Especial Agrario, también es necesario que el causante se encuentre al corriente del pago de cuotas, pero el Art. 22 del Decreto 2123/1971 (texto refundido de las normas reguladoras del REA), se matiza este requisito: “En caso de muerte derivada de enfermedad común o accidente no laboral, por excepción, se considerará al corriente en el pago de sus cuotas al trabajador que al fallecer tuviera cotizaciones pendientes, cuando sus derechohabientes satisfagan su importe y siempre que el período al descubierto no fuera superior a doce meses de cotización a efectos de percibir el subsidio de defunción y a seis meses respecto de las demás prestaciones” (véase la STS de 20 de mayo de 2002, sobre el mantenimiento de este requisito).

concreto encontrarse afiliado y en alta o en situación asimilada al alta en el momento del fallecimiento. Sobre este requisito hay que hacer numerosas precisiones:

En primer lugar hemos de tener en cuenta que también generan el derecho, aunque no estén en alta, los pensionistas de invalidez permanente (con independencia del grado) y los de jubilación, aunque sólo en la modalidad contributiva de ambas prestaciones. No obstante, aunque el causante, a la fecha de fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, también se genera el derecho, siempre que el mismo hubiera completado un periodo mínimo de cotización de quince años¹⁶⁰. De igual forma se tendrán en cuenta las situaciones asimiladas al alta previstas en el Art. 125.1 y 2 de la LGSS y en el Art. 36 del Real Decreto 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 en la seguridad social¹⁶¹. Tampoco podemos olvidar que a estos efectos resulta de aplicación el principio de alta presunta o de pleno derecho previsto en el Art. 125.3 de la LGSS.

¹⁶⁰ Tras la reforma operada por el artículo 32.1 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, introdujo un apartado segundo al artículo 174.1 de la LGSS.

¹⁶¹ Esta nueva regulación hace inaplicable la numeración que realiza el Art. 2 de la OM de muerte y supervivencia.

Además debe tenerse en cuenta:

- El Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, establece en su Disposición Adicional tercera:

“1. Tendrán la consideración de situación asimilada a la de alta, a efecto de las prestaciones de la Seguridad Social, salvo en lo que respecta a las de incapacidad temporal y maternidad, las siguientes situaciones previstas en el apartado 3 del artículo 46 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto-legislativo 1/1995, de 24 de marzo:

a) El período de excedencia por cuidado de hijo, tanto lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento familiar, tanto permanente como preadoptivo, sin perjuicio de la consideración, como período cotizado a efectos de las prestaciones de Seguridad Social, salvo las de incapacidad temporal y maternidad, del primer año de dicha excedencia.

b) El período de excedencia para atender al cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe una actividad retribuida.

2. Por lo que se refiere a las prestaciones por desempleo, serán de aplicación, respecto de las situaciones indicadas, lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad.”

- El Art. 7.2 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril (BOE de 17 de abril), de regulación complementaria de los procesos electorales, establece que los Presidentes, Vocales y suplentes de las Mesas electorales que resulten designados de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, durante el ejercicio de su función, como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General de la Seguridad Social para la contingencia de accidentes de trabajo.

- La Orden TAS/4033/2004, de 25 de noviembre (BOE de 7 de diciembre), por la que se establece la situación asimilada a la de alta en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de pensiones, de los trabajadores afectados por el síndrome del aceite tóxico.

Por otro lado, y a los efectos de la temática abordada, es necesario tener presente la nueva doctrina flexibilizadora y humanizadora que sobre este requisito viene realizando la doctrina unificadora del Tribunal Supremo¹⁶².

¹⁶² La STS de 23 de diciembre de 2005, viene a realizar una labor de síntesis de la doctrina del alto tribunal sobre la interpretación evolutiva, y realizada atendiendo sobre todo a criterios teleológicos y humanizadores de los requisitos de alta y carencia. De esta manera establece:

Que la garantía para todos los ciudadanos de una protección social suficiente en situaciones de necesidad, establecida como principio rector de la política social en el Art. 41 de la CE, no puede enervar o desvirtuar, en un ordenamiento de la Seguridad Social fundado en la actividad profesional de los asegurados, los requisitos de cotización y de alta o situación asimilada, exigidos para el reconocimiento de las prestaciones del nivel contributivo (SsTS de 25-07-2000 y 10-12-2001).

No obstante lo anterior, la interpretación de los preceptos que imponen estos requisitos (que se remontan muchos de ellos a los reglamentos de seguridad social de los años sesenta), debe hacerse atendiendo al indicado principio constitucional de protección suficiente.

Que hay que tener en cuenta, además, que los cambios en la “realidad social” del mercado de trabajo y de la vida profesional experimentados desde la fecha de aprobación de estos reglamentos a interpretar (circunstancia a considerar en el empleo de uno de los criterios de interpretación indicados en el Art. 3.1 del Código Civil), han sido muy importantes, reduciendo de manera notable la estabilidad de ocupación y aumentando la irregularidad del perfil de la vida activa.

Pues bien, esa interpretación evolutiva, realizada atendiendo sobre todo a criterios teleológicos y humanizadores para ponderar las circunstancias de cada caso y evitar situaciones de desprotección, ha permitido al Tribunal Supremo mitigar el rigor de la pura literalidad de la norma, en lo referente a la exigencia del requisito de alta o situación asimilada, principalmente para causar prestaciones por muerte y supervivencia. Y apreciar la existencia de situaciones asimiladas al alta, no previstas reglamentariamente y su consideración como “tiempo neutro o paréntesis” excluido del periodo computable, de acuerdo con los criterios que pueden resumirse así:

No cabe en ningún caso, la reducción de los periodos de carencia o cotización impuestos en las normas legales y reglamentarias.

El listado legal de situaciones asimiladas al alta no es exhaustivo, así es de ver en los artículos 125.2 de la LGSS y 36.17 del RD 84/1996, por el que se aprueba el Reglamento General de Afiliación, altas y bajas. Y ello permite entender que desde la aprobación de la Constitución existe una laguna legal que debe ser integrada (STS de 23-10-1999).

Los tiempos excluidos del periodo computable, son en principio aquellos inmediatamente anteriores al hecho causante, en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad. La Sala ha considerado como tales:

La situación de paro involuntario no subsidiado siempre que exista una permanente inscripción como demandante de empleo, porque esta situación acredita el “animus laborandi”, o lo que es igual, “la voluntad de no apartarse del mundo laboral (SsTS 29-5-1992, 1-7-1993, 1-10-2002, 25-10-2002, 26-5-2003 y 12-7-2004). Por igual razón cabe también excluir un “interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo”, que no es revelador de esa “voluntad de apartarse del mundo laboral (SsTS de 29-5-1992, 12-3-1998, 9-11-1999, 25-7-2000); por el contrario, no es posible incluir en esta excepción, los casos de voluntaria e injustificada solución de continuidad entre la baja en la Seguridad Social y la inscripción como demandante de empleo o las posteriores interrupciones de esta última situación (STS de 19-7-2001). La valoración de la brevedad del intervalo de ausencia del mercado de trabajo se ha de hacer en términos relativos, que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado, su “carrera de seguro”, y también en su caso, la duración del periodo de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal, en definitiva, si su duración es poco significativa en proporción al tiempo de cotización acreditado (SsTS de 25-7-2000 y 18-12-2001). En la STS de 30 de abril de 2001, I.L. J 825, pese a no entrar en el fondo del asunto por no concurrir en caso examinado la identidad sustancial entre las cuestiones resueltas por las sentencias en comparación recuerda, que sin negar la existencia del requisito de alta o asimilación para causar el derecho a las prestaciones de viudedad y orfandad, este se encuentra flexibilizado en atención a las “circunstancias concretas de cada caso” y que supongan cuestionar la posibilidad de que el causante se hallase en condiciones de trabajar o siquiera de inscribirse como demandante de empleo; a ello habría que añadir, “el peso relevante de las cotizaciones” realizadas por el mismo en su vida laboral. Supuestos en los que se aplica la doctrina del paréntesis y que suponen retrotraer la fecha del alta y el cómputo del periodo de carencia a la fecha en la que definitivamente el causante dejó de trabajar.

Como se ha indicado, además del requisito de alta, si la causa de la muerte fuere una enfermedad común (sólo en este supuesto) se exige un periodo previo de cotización de quinientos días, dentro de un periodo ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. Sobre este requisito hay que realizar las siguientes precisiones:

En los supuestos en que se cause la muerte desde una situación de alta o de asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de cotización de quinientos días deberá estar comprendido dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar (aplicación de la conocida como doctrina del paréntesis). La jurisprudencia ha extendido este “*tiempo muerto*” (ampliando hacia el pasado el límite), siempre y cuando existan razones fundadas para estimar que el causante pasó al final de su vida por una situación de objetiva imposibilidad de cotizar (STS de 7 de mayo de 1995); esto es una consecuencia de la labor humanizadora que ha realizado la jurisprudencia sobre el requisito de alta.

A los causantes pensionistas de jubilación o incapacidad en su modalidad contributiva no se les exigirá más periodo de carencia, pues ya acreditaron en su momento el necesario para causar el derecho a la pensión.

La antigua situación de invalidez provisional, en la que no existía obligación de cotizar (SsTS de 10-12-1993, 24-10-1994 y 7-2-2000).

La percepción de una prestación no contributiva de invalidez en la que tampoco se cotiza (SsTS de 28-10-1998, 9-12-1999, 2-10-2001 y 20-12-2005). Como además argumenta la STS de 20 de diciembre de 2005, en todo caso, no sería lógico hacer de peor condición a estos efectos, a los inválidos no contributivos que a quienes perciben auxilios económicos de asistencia de carácter periódico (Art. 22 del Decreto 1646/1972 de 23 de junio, y Art. 9 de la Orden de 31 de julio de 1972), pese a tratarse de un supuesto “de menor entidad a la de aquellos”; además, en los casos de invalidez no contributiva muestra doctrina tampoco exige que se acredite que el receptor de una pensión de tal clase deba permanecer luego inscrito como demandante de empleo para considerarle en situación asimilada al alta a estos efectos.

El periodo de internamiento en establecimiento penitenciario, con el consiguiente alejamiento del mercado laboral, cuando el recluso ha mostrado durante él, su disponibilidad para el trabajo mediante la realización de servicios personales (SsTS de 12-11-1996, 19-7-2001 y 26-12-2001).

La existencia comprobada de una grave enfermedad “que conduce al hecho causante por la que es fundamentalmente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta” (SsTS de 28-1-1998 y 17-9-2004).

El período de suspensión con reserva del puesto de trabajo, contemplado en el artículo 48.6 del Estatuto de los Trabajadores, tendrá la consideración de período de cotización efectiva a efectos de muerte o supervivencia¹⁶³.

Los períodos considerados como de cotización efectiva respecto de las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia que sean víctimas de violencia de género, que se computarán para el cumplimiento del período de cotización exigido para acceder a la prestación, así como para la determinación de la base reguladora y se considerará a las beneficiarias en situación asimilada a la de alta para acceder a la prestación.

Las cuotas correspondientes a las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o de maternidad serán computables a efectos de los distintos períodos previos de cotización exigidos para el derecho a las prestaciones. Sobre este particular sería necesario extender el beneficio previsto en el Art. 4.4 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, para las pensiones de incapacidad permanente, por el que en el caso de trabajadores que, encontrándose en situación de incapacidad temporal no hayan llegado a agotar el período máximo de duración de la misma, incluida su prórroga, establecido en el párrafo a), apartado 1, del artículo 128 de la Ley General de la Seguridad Social, los días que falten para agotar dicho período máximo se asimilarán a días cotizados a efectos del cómputo del período mínimo de cotización exigido para causar derecho a la pensión de incapacidad permanente.

No obstante, también se genera el derecho si el causante a la fecha del fallecimiento no se encontrase en alta o en situación asimilada al alta –derivada la muerte de enfermedad común o accidente no laboral, pues si deriva de riesgo profesional se aplica el principio de alta presunta-, siempre que el mismo hubiera completado un periodo mínimo de cotización de quince años. Como consecuencia del apartado anterior, si no se puede acreditar el periodo de carencia de 500 días en esos 5 años inmediatamente anteriores, o bien se aplica la doctrina del paréntesis, o bien tendrá que demostrarse que el causante cotizó durante 15 años a lo largo de toda su vida laboral.

¹⁶³ Esta consideración se estudia en la prestación contributiva dentro de las prestaciones familiares por hijo a cargo.

Las cotizaciones efectuadas en los regímenes de Seguros Sociales Unificados, Desempleo y Mutualismo Laboral se computarán para el disfrute de las prestaciones (D. Transitoria segunda de la LGSS).

Por último se deben aplicar las reglas del cómputo de los periodos de cotización satisfechos en distintos regímenes de la Seguridad Social –o computo recíproco de cotizaciones- (RD 691/1991 y Decreto 2957/1973), que se aplica cuando se ha cotizado en diversos regímenes no se reúne el periodo mínimo en ninguno de ellos, por el que se totalizan dichos periodos siempre que no se superpongan, como si la cotización se hubiese efectuado a un solo régimen, y en concreto por el que acredita mayor número de cotizaciones.

Resulta evidente, a nuestro juicio, que la dispersión de los supuestos que hemos intentado recensionar líneas arriba, aconseja, para potenciar la seguridad jurídica de los destinatarios de las indicadas prestaciones, que sean incorporadas a un nuevo reglamento sobre esta suerte de prestaciones que debería promulgarse con urgencia.

Por otro lado, también son causantes, los trabajadores desaparecidos (muerte presunta) con ocasión de un accidente, sea o no de trabajo, en circunstancias que hagan presumible su muerte y sin que se hayan tenido noticias suyas durante los noventa días naturales siguientes al del accidente¹⁶⁴. Como se puede observar, también una futura reforma reglamentaria de esta prestación, debería simplificar los distintos plazos para la declaración de desaparición, pues el legislador social no tiene que estar sujeto a estos diversos plazos y supuestos contenidos en la legislación civil.

¹⁶⁴ Es decir, en estos supuestos se establece una legislación especial que se aparta de la general civil (Art. 193 a 197 del CC), que establece unos plazos mucho más dilatados, y en la que se distingue entre declaración de fallecimiento por ausencia simple (no se produce la declaración hasta que no han transcurrido 10 años contados desde la desaparición, o desde la fecha en que se tuvo noticia por última vez, o sólo transcurridos 5 años, si al cumplir dicho plazo el ausente hubiese cumplido 75 años) y por ausencia calificada (1 año cuando el sujeto se hubiese encontrado en un supuesto de riesgo inminente de muerte por causa de violencia contra la vida, sin que posteriormente se tengan noticias, o sólo tres meses cuando la desaparición se produzca a causa de un siniestro); a estos supuestos hay que añadir los excepcionales contenidos en el Art. 194 Código Civil (cómo los pertenecientes a un contingente armado, o los que se encuentre a bordo de una nave naufragada, etc.).

2.4.1. El auxilio por defunción.-

El objeto de esta prestación¹⁶⁵, como indicábamos es contribuir con los gastos de sepelio. Como también adelantábamos, la poca importancia de esta prestación se pone de manifiesto ya desde su propia denominación (la Orden de Muerte y Supervivencia la sigue denominando subsidio por defunción), que como inmediatamente se verá, según pensamos se encuentra necesitada de una profunda transformación, cuando no de su desaparición.

El fallecimiento del causante dará derecho a la percepción inmediata de un auxilio por defunción para hacer frente a los gastos de sepelio a quien los haya soportado. La familia está presente en esta prestación en cuanto que *“se presumirá, salvo prueba en contrario, que dichos gastos han sido satisfechos por este orden: por el cónyuge superviviente, hijos y parientes del fallecido que conviviesen con él habitualmente”*.

Respecto a su cuantía, el Art. 6 de la Orden de Muerte y Supervivencia, establece que consistirá en la entrega, por una sola vez, de una prestación de cinco mil pesetas, cuando el beneficiario sea alguno de los familiares del fallecido; en el caso de que se satisfaga a otra persona, por haber soportado dichos gastos, el importe *“no podrá rebasar”* la citada cuantía.

Como es obvio, con esta cuantía no es de extrañar que en muchas ocasiones no se ejercite el derecho a la prestación, y que por otro lado hayan proliferado seguros privados sobre gastos de sepelio o de defunción.

2.4.2. La pensión de viudedad.-

Pese a las sucesivas reformas parciales que se han producido en la normativa reguladora de esta prestación, permanece inalterado el régimen jurídico esencial de la

¹⁶⁵ Art. 173 de la LGSS, Art. 4, 5 y 6 de la Orden de 13 de febrero de 1967, y Art. 30 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas.

misma, que , por otro lado viene demandando la tan anunciada reforma global. A nuestro juicio, son dos los aspectos básicos y polémicos que pueden destacarse de sobre su actual regulación: En primer lugar, su consideración como prestación estrictamente contributiva –aunque va apareciendo alguna nota asistencial-; y, en segundo término, la exclusión de las uniones de hecho del ámbito de protección –el beneficiario se limita, como resulta sabido, al, o a los cónyuges, supervivientes-.

El Tribunal Constitucional admite el actual diseño de la pensión de viudedad, afirmando, entre otras cuestiones, que el derecho a percibir esta pensión – del régimen contributivo- no está condicionado a la existencia de una real situación de necesidad o de dependencia económica por parte del cónyuge superviviente, pues en su configuración actual, no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad (STC 184/1990 y 35/1991).

El legislador, al utilizar el término cónyuge (Art. 174 de la LGSS), exige previo vínculo matrimonial, en cualquiera de las formas previstas en la legislación civil, entre el causante y el beneficiario (cualquiera que sea su sexo), por lo que hasta una futura reforma legal, queda excluida la mera convivencia *more uxorio*. El legislador, según el Tribunal Constitucional ha ejercido una opción legítima (por todas la STC 184/1990), reconociéndose que matrimonio y convivencia no son realidades equivalentes, pues el matrimonio es una institución garantizada por la Constitución, a diferencia de la convivencia que carece de un derecho constitucional expreso. Ahora bien, el propio Tribunal Constitucional reconoce que el legislador podría extender a las uniones estables de hecho, en determinadas condiciones, los beneficios de la pensión de viudedad. Es decir, es una cuestión que puede y debe ser resuelta por el legislador. Por tanto, esperamos esa reforma legislativa que atienda a la realidad social del momento y reconozca la condición de beneficiarias a las uniones de hechos en las mismas condiciones e intensidad que a las matrimoniales.

Otro aspecto que cada vez mas resulta problemático es el que hace referencia matrimonio polígamo de extranjeros inmigrantes, pues reacuérdese que este es un delito en nuestro ordenamiento (Art. 217 del Código Penal), pero admitido en otros ordenamientos. Del tenor literal de la normativa vigente sólo produciría efectos jurídicos en esta materia el matrimonio que no contravenga nuestro modelo, es decir,

sólo generaría pensión de viudedad el monógamo único o sucesivo. Esta es una materia que ya se está judicializando y lo hará aún más –simplemente por el fenómeno migratorio -, por lo que de nuevo una futura reforma tendrá que reconocer sin ambages la diversidad, sin depender de la existencia, interpretación y aplicación de convenios bilaterales –como con Marruecos-, ni esperar a que sólo por vía judicial se reconozca el derecho y se determine su cuantía.

Téngase presente que en la actualidad no se exige el requisito de convivencia habitual con el causante¹⁶⁶ y que como se ha comentado, la separación legal o divorcio con el causante no priva de la pensión (con independencia de las causas que la motivaron), pues el derecho corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo. En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente del que no cupiera la apreciación de mala fe.

Sobre estas cuestiones hay dos aspectos que deberían incorporarse a una futura reforma legal y que ya han sido aceptados por la jurisprudencia: En relación con los periodos intermedios entre un primer vínculo y un posterior matrimonio, a la cuantía de la pensión del cónyuge superviviente se le deducirá la cuantía de la pensión correspondiente al separado o divorciado en relación con el periodo habido de matrimonio, quedando todo el periodo restante incluido en la pensión de corresponda al cónyuge viudo (STS de 21 de marzo de 1995). En los supuestos de nulidad se estima la presunción *iuris tantum* de la buena fe del contrayente (STS de 10 de octubre de 1994).

El criterio general para determinar la cuantía de la pensión de viudedad (y en el resto de pensiones derivadas de la muerte), es que esta se obtiene aplicando un porcentaje a la Base Reguladora correspondiente al causante (que es diferente en función del origen común o profesional de la muerte), o si este era pensionista (de jubilación o incapacidad). De esta manera, a efectos de determinar la cuantía de la prestación es necesario diferenciar conceptos diferentes: Base Reguladora (Art. 9 de la OM de muerte y supervivencia) y porcentaje aplicable. Sólo posteriormente se aplicarán las revalorizaciones correspondientes, que son ajenas a la misma y sólo serán aplicables cuando la prestación es reconocida.

¹⁶⁶ Pese a la aún vigente redacción del Art. 7.1.a de la Orden de 13-2-1967.

Para la determinación de la Base Reguladora¹⁶⁷, el Art. 7.2 y 3 del Decreto 1646/1972, de 23 junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, en su redacción dada por el Art. 2 del RD 1795/2003, de 26 de diciembre (BOE de 27 de diciembre), de mejora de las pensiones de viudedad, establece:

- La base reguladora de las pensiones por muerte y supervivencia, derivadas de contingencias comunes, será el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del interesado durante un período ininterrumpido de 24 meses, elegidos por los beneficiarios dentro de los 15 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión¹⁶⁸.

- La base reguladora de las pensiones por muerte y supervivencia, cuando el causante, al tiempo de su fallecimiento, fuese pensionista de jubilación o incapacidad permanente, será la misma que sirvió para determinar su pensión. En estos casos, la cuantía de la pensión se incrementará mediante la aplicación de las mejoras o revalorizaciones que, para las prestaciones de igual naturaleza por muerte y supervivencia, hayan tenido lugar desde la fecha del hecho causante de la pensión de la que deriven.

- Tal y como establece el Art. 9.d) de la Orden de 13 de febrero de 1967, cuando el fallecimiento del causante sea debido a accidente de trabajo o a enfermedad profesional, la base reguladora se determinará, sobre las retribuciones efectivamente percibidas, con las reglas contenidas en el Capítulo V del Reglamento de Accidentes de Trabajo, aprobado por Decreto de 22 de junio de 1956. Tal precepto, que tiene más de 40 años y que necesita claramente una nueva redacción, establece en su artículo 60.2 la forma de obtener el “*salario base anual de la pensión o renta por incapacidad permanente o muerte*”. Esta imperiosa necesidad de reforma, se ha visto en parte refrendada por la precisión establecida por el Real Decreto 4/1998, de 9 de enero, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social para 1998, que en su

¹⁶⁷ Que resulta común al resto de las prestaciones.

¹⁶⁸ Aunque dentro de dicho periodo existan lapsos de tiempo en los que no haya habido obligación de cotizar –STS u.d. de 18 de octubre de 2000.

Disposición Adicional undécima establece que a efectos de cálculo de la base reguladora de las prestaciones económicas derivadas de contingencias profesionales, el cociente que resulte de dividir la suma de los complementos salariales percibidos por el interesado (hay que entender causante) en el año anterior al hecho causante, entre el número de días realmente trabajados por aquél en el mismo periodo se multiplicará por 273, salvo que el número de días laborales efectivos en la actividad de que se trate sea menor, en cuyo caso, se aplicará el multiplicador que corresponda.

La cuantía de la pensión de viudedad se reconoce computando “únicamente” el tiempo de convivencia matrimonial¹⁶⁹. Es decir, reconocida la pensión de viudedad y determinada su cuantía, esta se ve posteriormente minorada en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido –a quien sea o haya sido cónyuge legítimo-, minoración que afecta también a los mínimos garantizados en los diferentes Decretos anuales – derivados de la LPGE- y que afectan a la única prestación de viudedad y no a cada uno de los beneficiarios (a diferencia de lo previsto para las pensiones de orfandad que se otorgan a cada uno de los huérfanos), lo que implica que es indiferente que exista un beneficiario o varios, porque la prestación es proporcional al tiempo de convivencia. Esto supone que el derecho íntegro a los mínimos garantizados en cada momento, sólo es de aplicación en el supuesto de sobrevivir un único cónyuge y este lo sea –con convivencia- en el momento del fallecimiento.

El porcentaje a aplicar a la correspondiente base reguladora para la determinación de la cuantía de la pensión de viudedad será del 52 por ciento¹⁷⁰. Ahora bien, cuando la pensión de viudedad constituya la principal o única fuente de ingresos del pensionista, aquellos no superen la cuantía a que se refiere el párrafo siguiente y el pensionista tenga cargas familiares, el porcentaje señalado en el apartado 1 será del 70 por 100. Para la aplicación del segundo porcentaje señalado, será necesario la acreditación de la situación de necesidad –nota asistencial- y en concreto:

¹⁶⁹ Entre otras, SsTS de 2 de febrero de 2005 y 23 de febrero de 2005, siguiendo el criterio ya marcado por la STS de 15 de diciembre de 2004.

¹⁷⁰ Art. 31 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre (téngase presente que se da nueva redacción al Art. 31, por RD 1465/2001, de 27 de diciembre, al Art. 31.1, por RD 1425/2002, de 27 de diciembre, nuevamente al Art. 31.1, por RD 1795/2003, de 26 de diciembre). En relación con las cuantías mínimas de estas pensiones, véase el Art. 8 del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre (en su redacción dada por el Real Decreto 3475/2000, de 29 de diciembre).

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

Se precisa, igualmente, que la pensión constituye la principal o única fuente de ingresos del pensionista. Lo que se produce cuando el importe anual de la misma represente, como mínimo, el 50 por 100 del total de los ingresos de aquél, también en cómputo anual. A tales efectos, como cuantía de la pensión se tendrá en cuenta también el importe del complemento a mínimo que pudiera corresponder (Art. 31.2 del Decreto 3158/1966)¹⁷¹.

De igual forma se requiere que existan cargas familiares, entendiéndose por tales las de convivencia del beneficiario con hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos, cuando los rendimientos del conjunto de la unidad familiar, así constituida, incluido el pensionista, dividida entre el número de miembros que la compongan, no supere, en cómputo anual, el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

Sobre esta cuestión, pensamos que sería oportuno realizar una reflexión sobre la posibilidad de establecer no dos modalidades de porcentaje, sino toda una tabla de porcentajes en función de la acreditación de la situación de necesidad en función de elementos económicos y familiares.

¹⁷¹ Señala el mismo precepto que “se entenderá por cargas familiares la convivencia del beneficiario con hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos, cuando los rendimientos del conjunto de la unidad familiar, así constituida, incluido el pensionista, dividida entre el número de miembros que la compongan, no supere, en cómputo anual, el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Se considerarán como rendimientos computables cualesquiera bienes y derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional. Los rendimientos indicados se tomarán en el valor percibido en el ejercicio anterior a aquél en que deba aplicarse o mantenerse el porcentaje del 70 por 100, debiendo excluirse los dejados de percibir, en su caso, como consecuencia del hecho causante de las prestaciones, así como aquellos que se pruebe que no han de ser percibidos en el ejercicio corriente.

En los supuestos en que el cumplimiento de los requisitos indicados se produzca con posterioridad al hecho causante de la pensión de viudedad, la aplicación del porcentaje del 70 por 100 sobre la base reguladora de la correspondiente pensión tendrá efectos económicos desde el día primero del mes siguiente a la fecha en que se efectúe la correspondiente solicitud.”

En relación a las reglas de distribución de la pensión en los supuestos de separación, nulidad o divorcio (supuestos de concurrencia de varios beneficiarios), el legislador establece el criterio de reparto proporcional en función del tiempo de convivencia con el causante, tomando como referencia el periodo que se inicia con el matrimonio (el primero) que posteriormente se disuelve y finaliza con el fallecimiento del causante. Si en ese periodo, existen intervalos entre un vínculo y el siguiente, ese periodo acrece la proporción de los sucesivos beneficiarios¹⁷².

Sobre este aspecto se debería reflexionar en torno a la oportunidad de incorporar estos criterios jurisprudenciales que precisan aspectos del cálculo de la pensión en futuras reformas legales. Igualmente es necesario aclarar en futuras reformas normativas qué criterios se debe aplicar cuando a alguno de los beneficiarios se le pueda aplicar el porcentaje del 70 por ciento y a otros no.

2.4.3. La pensión de orfandad.-

Tal y como establece el Art. 175 de la LGSS, tendrán derecho a la pensión de orfandad, cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación (incluidos los adoptados, sin ningún requisito adicional; los aportados al matrimonio por el cónyuge sobreviviente¹⁷³; y los hijos póstumos desde la fecha del nacimiento, quedando pendiente para una futura reforma legal la inclusión de los acogidos especialmente el preadoptivo), siempre que, al fallecer el causante, sean menores de dieciocho años o estén incapacitados para el trabajo (incapacidad absoluta o gran invalidez según el Art. 9.1 del RD 1647/1997).

Tras la reforma operada por la Ley 24/2001, se amplía la protección, aunque con la introducción de un elemento asistencia –la acreditación de la situación de necesidad en función de los ingresos–, así, en los casos en que el hijo del causante no efectúe

¹⁷² O dicho de otro modo, el derecho de viudo es pleno y, por tanto, no se encuentra limitado por la duración de su convivencia matrimonial con el causante –véase la STS de 21 de marzo de 1995–.

¹⁷³ Con independencia de su filiación pero además de los requisitos generales reúnan una serie de condiciones específicas (Art. 9.3 del RD 1647/1997):

- a) Que el matrimonio se hubiese celebrado con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento del causante.
- b) Que se pruebe que convivían con el causante y a sus expensas.
- c) Que no tengan derecho a otra pensión de la Seguridad Social, ni queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil.

trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga en cómputo anual resulten inferiores al 75 % del salario mínimo interprofesional que se fije en cada momento, también en cómputo anual, podrá ser beneficiario de la pensión de orfandad siempre que, a la fecha de fallecimiento del causante, fuera menor de 22 años de edad, o de 24 años si no sobreviviera ninguno de los padres. En el caso de orfandad absoluta, si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera veinticuatro años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes siguiente del inicio del siguiente curso académico.

La cuantía de la pensión de orfandad se calcula aplicando un 20 por ciento a la base reguladora determinada conforme a las reglas ya analizadas en para pensión de viudedad.

Esta pensión corresponde a cada uno de los huérfanos, pero el Art. 179.4 de la LGSS, establece un tope máximo consistente en que la suma de las pensiones originadas por un sujeto causante no podrá exceder del importe de la base reguladora que corresponda. Esta limitación se aplicará a la determinación inicial de las expresadas cuantía, pero no afectará a las revalorizaciones periódicas de las pensiones que procedan en los sucesivos.

A estos efectos, tendrá preferencia la pensión de viudedad sobre la de orfandad, esto supone que partiendo de la cuantía de la pensión de viudedad, si con la suma de las pensiones de orfandad se supera el tope señalado estas últimas se reducirán proporcionalmente hasta alcanzar dicho tope. En estos supuestos, la extinción del derecho de una o varias pensiones de orfandad hace necesario calcular una nueva redistribución para el resto de los huérfanos. La concurrencia de varios beneficiarios de la pensión de viudedad no afecta a estos efectos, pues la pensión de viudedad es única y se distribuye entre los cónyuges supervivientes. Estas pensiones de orfandad tienen preferencia sobre las pensiones a favor de otros familiares.

En el supuesto de orfandad absoluta, el porcentaje de la pensión de orfandad se incrementará con el correspondiente a la pensión de viudedad (bien el 52 o bien el 70 por ciento). No se produce este incremento cuando fallece sólo uno de los beneficiarios

de la pensión de viudedad. Tampoco se produce este incremento para los huérfanos de uniones de hecho con el porcentaje correspondiente a la inexistente pensión de viudedad. No obstante, a nuestro juicio, este criterio, por ahora exclusivamente jurisprudencial, debería ser claramente matizado, en futuras reformas legales. Por el contrario la pensión de viudedad no se incrementa en ningún caso por la no existencia o la extinción de la pensión de orfandad.

2.4.4. Las prestaciones a favor de otros familiares.-

En realidad, estas prestaciones *“no son sólo en beneficio de otros componentes del núcleo familiar que no sean el cónyuge o los hijos; la definición no es tan neta, porque, en concreto, los hijos también pueden tener derecho a alguna de esas prestaciones a favor de “otros” familiares. Por este motivo quizás no sea del todo exacto hablar de prestaciones a favor de “otros” familiares”*¹⁷⁴, por lo que sería más adecuada la utilización de otra rúbrica, como, por ejemplo la de *“prestaciones a favor de familiares”*.

Una de las características de estas prestaciones, es que a diferencia de las pensiones de viudedad y orfandad, sólo se otorgan en situación de necesidad real probada –con la carencia casi absoluta de recursos, como inmediatamente se dirá-. Pese a ello, no se pueden considerar prestaciones de naturaleza asistencial o no contributiva, puesto que, *“no se crearon para afrontar situaciones de necesidad del núcleo familiar a consecuencia del fallecimiento del causante; sino que, como las de viudedad y orfandad, responden a una lógica contributiva según la cual el sistema devuelve, aunque sea parcialmente, algo de lo que ha percibido antes en términos de aportaciones económicas”*¹⁷⁵. En este sentido sería adecuada, según pensamos, una reforma legal que regulase estas prestaciones desde una naturaleza no contributiva, extendiendo la protección a *“familiares”* –limitándose, por ejemplo, hasta segundo grado-, o asimilados –como tiene previsto el propio Art. 176.1 de la LGSS-, y estableciendo los requisitos y la cuantía en los mimos o parecidos términos que los

¹⁷⁴ Santiago González Ortega, Las prestaciones a favor de otros familiares, en Seguridad Social y Familia, Op. Cit. pg. 158.

¹⁷⁵ Santiago González Ortega, Las prestaciones a favor de otros familiares, en Seguridad Social y Familia, Op. Cit. pg. 166.

establecidos para las pensiones de invalidez y jubilación en su modalidad no contributiva¹⁷⁶.

A este respecto, es necesario recordar la función que a estas prestaciones –en una cuestión de las pensiones para hijos y hermanos con dedicación prolongada a pensionistas pero que se puede extender a todo este bloque de prestaciones - dio la STC 3/1993, al señalar que : “*su finalidad última es remediarla situación de necesidad....., su función debe ser considerada como el otorgamiento de rentas de subsistencia a quienes, por carecer de todo tipo de ingresos, se encuentran en una situación de necesidad*”, concluyendo que “*la norma dispensa una protección contra la pobreza..... En este sentido es una específica manifestación de la garantía institucional de la Seguridad Social que permite asegurar una cierta protección ante una situación de objetiva necesidad*”.

El precepto que “*pretende*” regular a todas prestaciones a favor de familiares, es el Art. 176 de la LGSS, pero realmente se limita a hacer es una remisión reglamentaria en bloque¹⁷⁷.

La acción protectora comprende pensiones –prestaciones económicas indefinidas temporalmente- y subsidios –prestación económica de naturaleza temporal y en concreto con una duración máxima de doce mensualidades (Art. 26 de la OM de muerte y supervivencia)-, y en concreto:

En relación a las *pensiones*, nos encontramos, en primer lugar con la *pensión para los hijos o hermanos* – hoy sin distinción de sexo¹⁷⁸- con dedicación prolongada a beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e invalidez (Art. 176.2 LGSS que elimina la limitación a las hijas o hermanas prevista por el Art. 5 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio); en segundo término, hemos de tener presente la *pensión*

¹⁷⁶ Estableciéndose los requisitos de edad, residencia, grado de parentesco, convivencia, atención y dependencia económica del causante, y carencia de recursos propios o de otros recursos; y la cuantía establecida en la respectiva Ley de Presupuestos; suprimiéndose el requisito de alta y carencia en el sujeto causante y que este en su caso fuese pensionista “contributivo”.

¹⁷⁷ El primer párrafo del Art. 176.1 establece. “*En los Reglamentos generales de desarrollo de esta Ley se determinarán aquellos otros familiares o asimilados que, reuniendo las condiciones que para cada uno de ellos se establezcan y previa prueba de su dependencia económica del causante, tendrán derecho a pensión o subsidio por muerte de éste, en la cuantía que respectivamente se fije.*”

¹⁷⁸ La STC 3/1993 depuró la discriminación por razón de sexo que contenía el Decreto 1646/1972.

para hermanos y nietos menores del causante (Art. 22.1.1 de la Orden de Muerte y Supervivencia –modificado por RD 4/1998, y Art. 40 del Reglamento General de Prestaciones –que es prácticamente inaplicable-) ¹⁷⁹. De igual forma hemos de tener presente la *pensión para madres y abuelas* y la *pensión para padres y abuelos*.

En relación a los subsidios, éstos han sido calificados como “*prestación de acomodo, para facilitar, el tránsito desde la protección económica que suponía la familia encabezada por el causante suministrador de rentas hasta la carencia total de ellas*” ¹⁸⁰. Y entre ellos hemos de reseñar al *subsidio temporal a favor de los hijos del causante*, sin límite “máximo” de edad, para aquellos hijos situados fuera de los límites –de edad o de incapacidad- de la pensión de orfandad y el *subsidio temporal a favor de hermanos del causante*.

Como requisito común a todas las prestaciones, se precisa, vínculo formal de parentesco consanguíneo (aunque como ya se ha destacado que es posible la protección de “asimilados” en los términos del Art. 176.1 de la LGSS), pero es de destacar la heterogeneidad de “*colectivos familiares*” a los que se da protección, es decir, no se puede hoy seguir un “*criterio familiar*” de protección, e incluso, a nuestro juicio, resulta de dudosa adecuación constitucional la no protección de los hijos adoptivos por el Art. 25 de la Orden de muerte y supervivencia –de nuevo se destaca la carencia de referencia en la LGSS de esta cuestión-.

Junto al anterior, otro requisito común (Art. 176.1 LGSS), es la concurrencia en el beneficiario de la “*convivencia*” unida a la “*dependencia económica del causante*” (la convivencia y a sus expensas con dos años de antelación, como mínimo, al fallecimiento de aquél ¹⁸¹). Al anterior, une el legislador la carencia propia de recursos, cuando realmente son requisitos bien distintos (en relación con la acreditación de la real situación de necesidad). Sobre esta cuestión el legislador establece dos precisiones: Que

¹⁷⁹ Se puede considerar a los hermanos como un colectivo familiar especialmente privilegiado en este bloque de prestaciones (son objeto de un triple tratamiento: la anterior prestación, esta, y de un subsidio temporal, que luego se verá, por lo que se puede afirmar que estos casi tienen el mismo tratamiento que los hijos del causante).

¹⁸⁰ Santiago González Ortega, Las prestaciones a favor de otros familiares, en Seguridad Social y Familia, Op. Cit. pg. 169.

¹⁸¹ Art. 25 de la Orden Ministerial de Muerte y Supervivencia. Otra cuestión es el alcance de la convivencia: estricta -física o material-, o flexible o de ánimo. El legislador ha pretendido ir “más allá” de la mera “relación familiar”

no tengan derecho a pensión pública (con independencia de su cuantía); y que carezcan de medios de subsistencia¹⁸² y no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil. Por su parte, hemos de señalar que el alcance de la “*dependencia económica del causante*” ha sido matizada por la doctrina del Supremo: “*aún percibiendo ingresos, se necesita para completarlos la aportación de otros para alcanzar determinado un determinado nivel de vida*” (STS de 9-11-1992).

En relación a cuando han de acreditarse los requisitos para causar el derecho a las prestaciones en favor de familiares, la polémica se centra en determinar si es en el momento del fallecimiento del causante, o si también puede acreditarse su existencia en otro momento. La doctrina del Tribunal Supremo se decanta por la primera opción – entre otras STS de 16 de diciembre de 2005- con el siguiente y a nuestro juicio acertado argumento: el hecho causante es el que pone en marcha la dinámica protectora de la relación jurídica de la prestación y establece el momento en que se han de cumplir las condiciones generales (Art. 41 y 124 de la LGSS), y las específicas de cada prestación. En consecuencia, este hecho causante es relevante, también, a otros efectos, como en general, para determinar la legislación aplicable y la de fijar el día a partir del cual se computa el plazo de prescripción del derecho (Art. 43 LGSS). Además la prestación nace cuando se reúnen los requisitos generales y particulares en el momento en que sobreviene el hecho causante, aunque el derecho no se haga efectivo hasta que se produzca la resolución administrativa¹⁸³.

Además de los requisitos comunes, se han de tener en cuenta los requisitos propios exigidos a cada uno de los “colectivos de beneficiarios”:

Como requisitos particulares para los beneficiarios de *la pensión a los hijos o hermanos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e invalidez*, pueden

¹⁸² Tal y como establece el Art. 22 de la Orden Ministerial de Muerte y Supervivencia, se entenderá que se carece de medios de subsistencia, cuando los ingresos de que disponga, en cómputo anual, sean iguales o inferiores a la cuantía, también en cómputo anual, que esté establecida en cada momento para el salario mínimo interprofesional para trabajadores con dieciocho años. Téngase presente que tal y como establece el Art. 1.3 del Real Decreto-Ley 3/2004, de 25 de junio (BOE de 26 de junio), para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, se mantendrá la vinculación con el salario mínimo interprofesional para determinar los requisitos de acceso y, en su caso, mantenimiento de las pensiones de viudedad, orfandad y prestaciones en favor de familiares.

¹⁸³ Como se ha afirmado doctrinalmente el hecho causante se corresponde con la actualización de la contingencia protegida productora de la situación de necesidad, que afecta a personas que, por reunir los requisitos exigidos legalmente, se constituyen en sujetos causantes de la prestación.

señalarse los siguientes: Ser mayores de cuarenta y cinco años y solteros, divorciados o viudos¹⁸⁴; y, acreditar dedicación prolongada al cuidado del causante. Sobre esta cuestión es de destacar la falta de precisión sobre “un tiempo mínimo”, lo que de nuevo acredita la falta de criterio y la necesidad de una renovación de estas prestaciones. Esto supone un requisito adicional a la mera convivencia con dos años de antelación, que como ya se ha indicado es común a todas estas prestaciones.

Como requisitos particulares para los beneficiarios de *la pensión a los hermanos y nietos del causante*, hemos de señalar cuantos siguen: que sean menores de 18 años, o mayores que tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en el grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. En los casos en que el nieto o hermano del causante no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia o, cuando realizándolo, los ingresos que obtenga, en cómputo anual, resulten inferiores al 75 por 100 de la cuantía del salario mínimo que se fije en cada momento, también en cómputo anual, se podrá ser beneficiario de la pensión en favor de familiares siempre que, al fallecer el causante, sea menor de veintidós años de edad¹⁸⁵. Y además han de ser huérfanos de padre y madre.

¹⁸⁴ Sobre este requisito el apartado cuarto del mismo Art. 176, establece que “a efectos de estas prestaciones, quienes se encuentren en situación legal de separación tendrán, respecto de sus ascendientes o descendientes, los mismos derechos que los que les corresponderían de estar disuelto su matrimonio” – situación que deja fuera a los hermanos, al tratarse de segundo grado colateral por consanguinidad-.

¹⁸⁵ Nueva redacción de este Art. 22.1 a) de la Orden Ministerial de Muerte y Supervivencia, dada por el Art. cuarto del RD 1465/2001, de 27 de diciembre (BOE de 31 de diciembre), de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia (lo previsto en este artículo será de aplicación a todos los Regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social, con excepción del Régimen de Clases Pasivas del Estado); este precepto además añade el régimen jurídico de la suspensión y recuperación de la pensión cuando se obtengan ingresos por realizar actividad por cuenta propia o ajena, en términos parecidos –o utilizado como modelo- a lo regulado para pensión de orfandad, en los siguientes términos: “Reconocido el derecho a la pensión o prolongado su disfrute, aquélla quedará en suspenso cuando los beneficiarios, mayores de dieciocho años, concierten un contrato laboral en cualquiera de sus modalidades o efectúen un trabajo por cuenta propia, siempre que los ingresos derivados del contrato o de la actividad de que se trate superen el límite señalado en el párrafo anterior o cuando los ingresos del trabajo que se viniese efectuando superen el indicado límite. La suspensión tendrá efectos desde el día siguiente a aquél en que concurra la causa de la suspensión.

Lo previsto en el párrafo anterior, será también de aplicación en los casos en que, con anterioridad al cumplimiento de los dieciocho años, se viniese percibiendo la pensión en favor de familiares y el pensionista viniese realizando un trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, cuando los ingresos superen el límite previsto en el párrafo segundo.

En estos supuestos, la suspensión tendrá efectos en la fecha del cumplimiento de los dieciocho años.

Para la determinación de los ingresos, en ningún caso se tendrán en cuenta los obtenidos por el huérfano antes de que se cumplan los dieciocho años.

El derecho a la pensión se recuperará cuando se extinga el contrato de trabajo, cese la actividad por cuenta propia o, en su caso, finalice la prestación por desempleo, incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o maternidad o, en los supuestos en que se continúe en la realización de una actividad o en el percibo de una prestación, cuando los ingresos derivados de una u otra no superen los límites señalados en el párrafo segundo. La recuperación tendrá efectos desde el día siguiente a la fecha de extinción del

Como requisitos particulares para los beneficiarios de *la pensión a las madres y abuelas o padres y abuelos del causante*, se deben señalar: Para las madres y abuelas, ser solteras, viudas o casadas cuyos maridos estén incapacitados para el trabajo. Para los padres o abuelos que tengan cumplidos los 60 años o se hallen incapacitados para el trabajo.

Como requisito particular¹⁸⁶ para el *subsidio temporal –a favor de los hijos y hermanos del causante-* (Art. 25 de la OM de muerte y supervivencia)¹⁸⁷, se precisa que en la fecha del hecho causante, sean mayores de veintidós años de edad (aquí se produce un posible solapamiento con la pensión de orfandad si el beneficiario es mayor de 22 años menor de 24 y huérfano absoluto, por lo que debería optar por una de ellas), solteros o viudos¹⁸⁸.

contrato de trabajo, el cese en la actividad o a la finalización de la percepción de la correspondiente prestación, o de aquél en que se modifique la cuantía de los ingresos percibidos por uno u otras, siempre que se solicite dentro de los tres meses siguientes a la indicada fecha. En caso contrario, la pensión recuperada tendrá una retroactividad máxima de tres meses, a contar desde la solicitud.

Cuando en los supuestos indicados en los párrafos anteriores, los ingresos percibidos en el año por el beneficiario fuesen superiores al límite señalado en el párrafo primero, la recuperación de la pensión se producirá el día primero del año siguiente, siempre que en dicha fecha se sigan cumpliendo los requisitos exigidos.

Si al finalizar el ejercicio económico, los ingresos percibidos por el beneficiario hubiesen sido, en cómputo anual, inferiores al límite previsto en el párrafo primero, se abonará la pensión, por el tiempo no percibido, desde el día primero de enero de dicho ejercicio o desde la fecha en que se suspendió dicha pensión, de ser esta última posterior, siempre que se solicite en el plazo de los tres primeros meses del año siguiente. En otro caso, el período de percepción se reducirá en tantos días como se haya demorado la presentación de la solicitud”.

¹⁸⁶ Pues se repiten los requisitos comunes ya analizados para las pensiones.

¹⁸⁷ Nueva redacción de este Art. 25 dada por el Art. quinto del RD 1465/2001, de 27 de diciembre (BOE de 31 de diciembre), de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia. Lo previsto en este artículo será de aplicación a todos los Regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social, con excepción del Régimen de Clases Pasivas del Estado.

¹⁸⁸ Es de destacar que no se hace referencia a las situación de divorcio o separación en el Art. 25 de la Orden Ministerial de Muerte y Supervivencia, ni siquiera tras la reforma operada en este artículo por el Art. 5 del RD 1465/2001. También es de destacar que en este subsidio temporal no se exige orfandad absoluta, cuando por el contrario para la pensión a favor de hermanos menores de 18 años, sí se exige ser huérfanos de padre y madre –circunstancia que vuelve a poner de manifiesto la necesidad de una nueva, global y homogénea regulación de todas estas prestaciones-.

2.4.5. Indemnización especial a tanto alzado.-

Esta prestación¹⁸⁹ se establece en los casos de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional¹⁹⁰ (consagrándose el privilegio que aún mantiene el sistema, cuando la prestación deriva de riesgo profesional). En ese caso, el cónyuge superviviente¹⁹¹ y los huérfanos¹⁹², tendrán derecho a una indemnización a tanto alzado –es decir, que se otorga una sola vez-, cuya cuantía uniforme será igual al importe de seis mensualidades de la base reguladora calculada en la forma que, para la pensión de viudedad.

La indemnización especial en favor de los huérfanos, tendrá la siguiente cuantía:

a) Una mensualidad de la base reguladora para cada uno de los huérfanos beneficiarios, cuando exista también viuda o viudo, con derecho a esta indemnización especial; b) la misma cuantía señalada en el apartado anterior, más la cantidad que resulte de distribuir entre los huérfanos beneficiarios el importe de seis mensualidades de la referida base reguladora, cuando no exista viuda o viudo con derecho a esta indemnización especial.

Sobre la indemnización para el cónyuge superviviente y los huérfanos, hemos de tener en cuenta que estos deben reunir los requisitos para ser beneficiarios de la pensión correspondiente. En todo caso, la indemnización es un complemento a esta pensión –es compatible-. Ahora bien, cuando no existieran otros familiares con derecho a pensión por muerte y supervivencia, el padre o la madre que vivieran a expensas del trabajador fallecido, siempre que no tengan, con motivo de la muerte de éste, derecho a las prestaciones a favor de familiares, percibirán la indemnización que se establece en el apartado 1 del presente artículo.

¹⁸⁹ Se encuentra regulada en el Art. 177 de la LGSS, en los Art. 28 y 29 de la Orden Ministerial de Muerte y Supervivencia, y en el Art. 12 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio (Nuevo Reglamento General de Prestaciones).

¹⁹⁰ Sobre la noción de accidente de trabajo y enfermedad profesional, véanse los Art. 115 y 116 de la LGSS.

¹⁹¹ Para los supuestos de separación o divorcio será de aplicación, en su caso, lo previsto en el apartado 2 del artículo 174 de la LGSS; es decir, “todos” participaran de la cuantía de la indemnización –única-, en proporción al tiempo de convivencia.

¹⁹² De nuevo el silencio de la norma sobre el derecho de los adoptados –e incluso sobre el acogimiento preadoptivo o los aportados por el cónyuge superviviente-, por lo que habrá que estar a lo manifestado anteriormente, reiterando la necesidad de que el legislador en próximas reformas aborde la cuestión y los equipare en derechos.

El apartado segundo del Art. 177 de la LGSS¹⁹³, establece que en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional, cuando no existieran otros familiares del causante con derecho a pensión por muerte o supervivencia, el padre o madre que viviera a expensas del trabajador fallecido, siempre que no tenga, con motivo de la muerte de éste, derecho a pensión, percibirán una indemnización especial a tanto alzado equivalente a nueve mensualidades de la base reguladora calculada de conformidad con las normas aplicables para determinar la pensión de viudedad. Dichas mensualidades se elevarán a doce si existieran los dos ascendientes.

De esta forma, podemos deducir, que para que los padres –y sólo ellos- reciban esta indemnización, es necesario que se “*acumulen*” una serie de requisitos¹⁹⁴ que hace bastante improbable que puedan generar el derecho, a saber: en primer lugar, que no existieran otros familiares con derecho a pensión por muerte y supervivencia – viuda, hijos y otros familiares como nietos y hermanos-¹⁹⁵; en segundo término que estos vivieran a expensas del trabajador del trabajador fallecido en los términos ya vistos –en todo caso por accidente de trabajo o enfermedad profesional-¹⁹⁶; por último, que no tuvieran derecho a pensión a favor de familiares por este causante (el precepto habla de “prestaciones”, pero los padres sólo generan derecho a pensión). Por el contrario el legislador no exige a los padres requisito de edad o estado civil. También parece haber olvidado el requisito de convivencia, pues sólo exige que “*vivieran a expensas*”.

Respecto de la cuantía a percibir por los padres, el precepto establece literalmente que “*percibirán la indemnización que se establece en el apartado 1 del presente artículo*”, lo que parece decir que percibirán la cuantía prevista para la viuda o viudo -6 mensualidades-, y los huérfanos –una mensualidad-. No obstante lo anterior, en

¹⁹³ Y al no estar previstas ni en la Orden de Muerte y supervivencia ni en el Reglamento General de Prestaciones, el Art. 12.1 del Decreto 1646/1972, de 23 junio, para la aplicación de la Ley 24/1972 de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social –el conocido como Nuevo Reglamento General de Prestaciones-.

¹⁹⁴ Al tratarse de una contingencia profesional, no se exigirá periodo previo de cotización al sujeto causante, además de aplicarse el principio de alta presunta o de pleno derecho.

¹⁹⁵ Parece del todo excesiva esta redacción; en todo caso, de mantenerse este requisito debería limitarse a que no exista cónyuge o hijos con derecho a pensión de viudedad u orfandad –es por tanto y en todo caso, un derecho subsidiario-. Por el contrario, tal y como está redactado el precepto sí es compatible con el subsidio temporal a favor de otros familiares.

¹⁹⁶ En este caso no se exige que los padres carezcan de recursos propios, pero si vivían a expensas del hijo es bastante probable que esto ocurriera, por lo que tendrían derecho a la pensión y no a esta indemnización, quedando como elemento determinante la edad. En todo caso, como ya se ha comentado, la jurisprudencia ha matizado el alcance de la “dependencia”.

el reglamento se establece una cuantía distinta, que además, es mayor que la prevista para el cónyuge sobreviviente (paradójicamente en los casos de existir varios cónyuges supervivientes, se aplicaría a la indemnización las reglas de reparto en función de la convivencia, mientras que en los supuestos en que sobreviven ambos padres, la prestación aumenta –de nueve pasa a doce mensualidades-).

Como se puede fácilmente observar, nos encontramos nuevamente con una prestación confusa y muy necesaria de una homogénea y sistemática regulación.

2.5. La gran invalidez.-

El sistema de seguridad incluye dentro de su acción protectora (Art. 38.1.c de la LGSS) la invalidez en sus modalidades contributiva y no contributiva (Art. 136 y ss. del la LGSS), aunque desde la Ley 24/1997, de 15 de julio, las referencias hay que entenderlas efectuadas a la incapacidad permanente¹⁹⁷.

En efecto, en la modalidad contributiva, la que debería ser nueva valoración del grado de minusvalía (Art. 137 LGSS), a partir de una lista predeterminada de enfermedades y su influencia en la capacidad de trabajo, y que tenía por objeto disminuir la litigiosidad presente en esta prestación, ha quedado frustrada por la ausencia de desarrollo reglamentario¹⁹⁸, posiblemente por la dificultad de su confección

¹⁹⁷ Además esta norma introdujo importantes reformas que hoy debemos considerar inacabadas –pese al tiempo transcurrido.

¹⁹⁸ La redacción actual del Art. 137 de la LGSS, sobre los grados de incapacidad, inaplicable por su falta de desarrollo reglamentario, establece lo siguiente

“ 1. La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades, que se apruebe reglamentariamente, en los siguientes grados: a. Incapacidad permanente parcial. b. Incapacidad permanente total. c. Incapacidad permanente absoluta. d. Gran invalidez.

2. La clasificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca.

A efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente.

3. La lista de enfermedades, la valoración de las mismas, a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo, y la determinación de los distintos grados de incapacidad, así como el régimen de incompatibilidades de los mismos, serán objeto de desarrollo reglamentario por el Gobierno, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social.”

y su necesaria relación con “*capacidad de trabajo*”¹⁹⁹ nunca vea la luz, o quede condicionada a una nueva reforma legal en la determinación del grado de incapacidad-.

Efectivamente, tal y como establece la Disposición Transitoria quinta bis de la LGSS –también introducida por la Ley 24/1997-, lo dispuesto en este artículo 137, sólo será de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias a las que se refiere el apartado tercero de este artículo (se dio un plazo inicial de un año para ello), lo que supone que hasta esa fecha siga vigente la redacción “antigua” de este artículo²⁰⁰.

En lo que a este trabajo interesa, el apartado sexto de este precepto establece que “*se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos*”. Como se puede observar, aunque lógicamente el criterio principal es el profesional, es decir, la incidencia de la patología en la capacidad para realizar el trabajo habitual o todo trabajo, no impide la consideración de otros factores personales, como es la necesidad de la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida. Por tanto, en la vigente redacción, un grado autónomo y no un “incremento” de la incapacidad permanente absoluta, pues la necesidad de una tercera persona el elemento esencial en este grado.

Es destacable que el legislador no haga referencia alguna a que sean los familiares –que se determinen- los que asuman este papel en la asistencia del gran inválido. Téngase presente que estamos hablando de “*actos esenciales de la vida*”, que como ha precisado la jurisprudencia, es todo aquel que se encamina a la satisfacción de una necesidad permanente e ineludible para poder subsistir fisiológicamente²⁰¹, y son

¹⁹⁹ Como mas tarde analizaremos, la una lista de enfermedades –y su relación con otros factores sociales- sí se ha publicado para la modalidad no contributiva, si bien es cierto que en esta modalidad no es necesario determinar su relación con la capacidad de trabajo, que es donde sin duda se encuentra su dificultad.

²⁰⁰ (el texto refundido de 1974), que es la siguiente: *Artículo 137. Grados de invalidez. 1. La invalidez permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará con arreglo a los siguientes grados : a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual. b) Incapacidad permanente total para la profesión habitual. c) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo. d) Gran invalidez.*

²⁰¹ Por todas, ver la STS de 23 de marzo de 1988.

precisamente las personas más próximas al inválido, los familiares con los que convive, los que habitualmente prestarán esta asistencia.

Desde esta perspectiva, sería deseable el desarrollo legal de todo un marco de acciones, en el supuesto de que sea un familiar el que asuma la asistencia de este inválido, que sin duda es un acto de conciliación de la vida familiar, o bien, de la vida laboral y familiar. Acciones que podrían concretarse en el ámbito jurídico-laboral o en el de la protección social (prestaciones de servicios, abono directo del incremento de la prestación económica con garantía de mínimos si no se realiza otra actividad remunerada, etc²⁰²). También sería deseable que para determinación de este grado –aún estando en una prestación profesional- se tuviera presente el entorno familiar del inválido, como se hace en la modalidad no contributiva, tal y como inmediatamente se dirá.

En la modalidad no contributiva –la línea asistencial del sistema de seguridad social-, el criterio determinante es la discapacidad del sujeto, sin relación alguna a su incidencia con la capacidad laboral. Hemos de tener presente que nos encontramos ante deficiencias, previsiblemente permanentes, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que modifican o anulan la capacidad física, psíquica o sensorial de quien las padece y siempre que provoque un grado de minusvalía o enfermedad crónica igual o superior al 65 %²⁰³.

Como se puede observar, no se pueden concretar grados de invalidez en la modalidad no contributiva, si bien existe un supuesto especial, que se puede considerar también como de gran invalidez. En efecto, se señala que cuando el inválido está afectado por un grado de invalidez o enfermedad crónica igual o superior al 75 %, y necesite el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida (obsérvese la similitud en la redacción), también se producirá un incremento del 50 %

²⁰² Téngase presente que en la actualidad la prestación (Art. 139.4 de la LGSS), consiste en una pensión en cuantía igual a la prevista para el grado de absoluta, con un incremento del 50 % destinado a que el inválido pueda remunerar a las personas que le atiendan, o bien, cuando el inválido o sus representantes legales lo soliciten, el incremento de pensión puede ser sustituido por el alojamiento y cuidado en régimen de internado en una institución asistencial pública del sistema de seguridad social, siempre que esta opción se considere beneficiosa para el inválido.

²⁰³ Art. 136 y 144 a 149 de la LGSS.

en la cuantía de la pensión²⁰⁴. Por tanto se puede realizar la misma consideración indicada para la modalidad contributiva, aunque hay que señalar que de una forma indirecta la familia ya está presente²⁰⁵. Este criterio, atender al entorno familiar, es sin duda acertado a efectos de determinar ese nuevo grado de invalidez no contributiva y su consecuencia económica –el incremento de la pensión–.

2.6.El derecho a mínimos por cónyuge a cargo.-

Sobre la cuantía de las prestaciones calculadas de acuerdo con los criterios generales o particulares de cada prestación, se establecen unos límites, que vienen a suponer un importante elemento corrector al principio de proporcionalidad entre esfuerzo contributivo y prestación a percibir en las prestaciones de la modalidad contributiva.

Entre esos límites se encuentra, en primer lugar, el establecimiento de tope máximos y mínimos en la base de cotización (Art. 110 de la LGSS), y que en todo caso, la base reguladora de cada prestación no podrá rebasar el tope máximo (Art. 120.2 de la LGSS). Además se establece una limitación de la cuantía inicial de las pensiones públicas contributivas de la seguridad social (Art. 47 de la LGSS), de tal manera que por cada beneficiario no podrá superarse la cuantía íntegra mensual que establezca anualmente la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado²⁰⁶. A lo anterior, debemos de añadir que el derecho a la revalorización anual de las pensiones – incluido el importe de la pensión mínima a la que ahora nos referiremos– (Art. 48 de la

²⁰⁴ Art. 145.6 de la LGSS.

²⁰⁵ En efecto, el Art. 148 de la LGSS, establece que el grado de minusvalía o de la enfermedad crónica padecida, a efectos del reconocimiento de la pensión en su modalidad no contributiva, se determinará mediante la aplicación de un baremo, en el que serán objeto de valoración tanto los factores físicos, psíquicos o sensoriales del presunto minusválido, como los factores sociales complementarios, y que será aprobado por el Gobierno (deslegalización). Asimismo, la situación de dependencia y la necesidad del concurso de una tercera persona a la que nos hemos referido, se determinará mediante la aplicación de un baremo que será aprobado de nuevo por el Gobierno. Este baremo para determinar el grado de minusvalía viene establecido en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, en anexos muy detallados, en los que se tiene en cuenta criterios médicos en combinación con la suma de factores sociales complementarios – sólo si se alcanza un mínimo grado de minusvalía–, y en estos factores sociales, se tiene en cuenta la relación del inválido con su entorno familiar (y su situación familiar, educativa y cultural).

²⁰⁶ La consideración como pensión pública viene establecida en el Art. 46 de la LGSS, que a su vez se remite al Art. 37 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de presupuestos generales del Estado para 1990 (nueva redacción dada por la D.A. 10º de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre).

LGSS), se encuentra limitado, de tal manera que el importe de la revalorización no podrá determinar para estas, una vez revalorizadas, un valor íntegro anual superior a la cuantía establecida en la correspondiente LPG, sumado, en su caso, al importe anual íntegro ya revalorizado de las otras pensiones públicas percibidas por el titular (Art. 49 de la LGSS).

A efectos de este trabajo, nos interesa detenernos en el establecimiento de complementos para pensiones inferiores a la mínima (Art. 50 de la LGSS). Este principio no es sólo corrector del principio contributivo de proporcionalidad entre cotización y prestación, sino también el mejor instrumento para garantizar la suficiencia de las pensiones públicas, y con ello dar cumplimiento al mandato constitucional, de que los poderes públicos garanticen las “*prestaciones suficientes*” establecido en el Art. 41 de la CE.

Estos complementos a mínimos son, además, otra de las vías abiertas en la asistencialización y universalización del sistema. En esta línea, el Art. 86 de la LGSS, sobre los recursos generales del sistema de seguridad social, establece que la acción protectora de la seguridad social, en su modalidad no contributiva y universal, se financiará mediante aportaciones del Estado al Presupuesto, y a estos efectos considera que tienen esa naturaleza no contributiva, los complementos a mínimos de las pensiones de la seguridad social²⁰⁷.

Con este derecho a complemento a mínimos “*los beneficiarios de pensiones del sistema de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva*”²⁰⁸, *que no perciban rentas de capital o trabajo personal o que, percibiéndolas, no excedan de la cuantía que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado,*

²⁰⁷ Aunque debe tenerse presente la vigencia de la Disposición Transitoria decimocuarta de la LGSS, sobre la aplicación paulatina de la financiación de estos complementos a mínimos, en un plazo que no superará los doce años, contados a partir del 1 de enero de 2002, por lo que hasta ese momento su financiación también se realizara en lo aportado por los presupuestos por los restantes recursos del sistema –esencialmente cotizaciones sociales-.

²⁰⁸ Tal y como establece el Art. 2 del RD 1611/2005 “Lo establecido en este título será de aplicación a las pensiones de incapacidad permanente, jubilación, viudedad, orfandad y en favor de familiares del sistema de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, siempre que se hayan causado con anterioridad al 1 de enero del año 2006. Las pensiones del extinguido seguro obligatorio de vejez e invalidez se regirán por las normas específicas contenidas en los artículos 8 y 13. Quedan excluidos de lo dispuesto en el apartado 1 los Regímenes Especiales de las Fuerzas Armadas, de Funcionarios Civiles de la Administración del Estado y de los Funcionarios al Servicio de la Administración de Justicia.”

*tendrán derecho a percibir los complementos necesarios para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones, en los términos que legal o reglamentariamente se determinen”*²⁰⁹

De este precepto, hemos de colegir, que una vez establecida la cuantía de la pensión mínima en la LPGE, si la cuantía de la pensión que perciba el beneficiario, una vez revalorizada, más la cuantía de las demás pensiones si las hubiera, más las rentas del trabajo y capital²¹⁰, es inferior a cuantía mínima, se establece el derecho a percibir un complemento, o cantidad complementaria a la pensión, no consolidable²¹¹, hasta alcanzar dicha cuantía mínima. Como se puede observar, el derecho está condicionado a acreditar la situación de necesidad, lo que reafirma su naturaleza asistencial.

En esta línea, se ha de señalar que, en el establecimiento del derecho a complementos a mínimos, resulta tradicional la diferenciación en función de si el pensionista beneficiario tiene o no cónyuge a cargo, como elemento que pone de manifiesto un mayor estado de necesidad y por ello merecedor de una mayor protección. Es necesario advertir que esta diferenciación no se encuentra en la LGSS, pero como se ha puesto antes de manifiesto, la LGSS ha realizado en la materia una remisión a la Ley o al reglamento para su concreción.

Igualmente, se debe manifestar que se ha tomado como referencia para diferenciar la situación de necesidad y la cuantía de la pensión mínima y por tanto del

²⁰⁹ (Art. 50 de la LGSS). Es decir, habrá que estar cada año a la correspondiente previsión en la LPGE, y concretar el derecho en los términos que se establezcan legal o “reglamentariamente” (en esta línea es tradicional la publicación del conocido por todos reglamento anual de revalorización de las pensiones, en este caso el Real Decreto 1611/2005, de 30 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2006).

²¹⁰ Anualmente se establece en el reglamento de revalorización de pensiones el límite de ingresos y las reglas para su determinación, así, el Art. 6.2 del RD 1611/2005, establece para este año que “los complementos por mínimos serán incompatibles con la percepción por el pensionista de rendimientos íntegros de trabajo personal por cuenta propia o ajena, y/o de capital, o cualesquiera otros rendimientos sustitutivos de aquéllos, cuando la suma de todas las percepciones mencionadas, excluida la pensión que se vaya a complementar, exceda de 6.330,69 euros al año” (el precepto continúa con las reglas y exclusiones para su cómputo).

²¹¹ Tal y como establece el Art. 6.1 del RD 1611/2005 “Los complementos por mínimos no tienen carácter consolidable y serán absorbibles con cualquier incremento futuro que puedan experimentar las percepciones del interesado, ya sea en concepto de revalorizaciones o por reconocimiento de nuevas prestaciones de carácter periódico que den lugar a la concurrencia de pensiones, que se regula en el siguiente capítulo de este real decreto. En este último supuesto, la absorción del complemento por mínimo tendrá efectos desde el día primero del mes siguiente a la fecha de la resolución de reconocimiento de la nueva pensión”.

complemento a mínimo, el tener cónyuge a cargo, pero que el legislador podía haber optado por otras circunstancias o la concurrencia de varias, como podía haber sido tener cargas familiares, o hijos minusválidos a cargo, o ser la pensión el elemento básico en ingresos de una determinada unidad familiar, o en general existir dependencia económica, etc. E incluso, hubiese sido deseable que el legislador tomara como referencia varios factores familiares, y en su caso, establecer varios niveles de pensión mínima y complemento correspondiente, en función de la concurrencia de factores familiares –por ejemplo tener a cargo cónyuge y un hijo minusválido sin rentas-²¹².

Sobre el análisis de lo que en la actualidad el legislador establece como derecho a complementos por mínimos por cónyuge a cargo, el Art. 7 del RD 1611/2005, establece los siguientes criterios básicos:

En primer lugar, se considera que existe cónyuge a cargo del titular de una pensión, a los efectos del reconocimiento de las cuantías mínimas establecidas en el anexo I, cuando aquel se halle conviviendo con el pensionista y dependa económicamente de él. Por un lado, y salvo en el caso de separación judicial, se presume la convivencia siempre que se conserve el vínculo matrimonial, sin perjuicio de que esa presunción pueda destruirse por la actividad investigadora de la Administración; por otro, se entenderá que existe dependencia económica del cónyuge cuando concurren las circunstancias siguientes: que el cónyuge del pensionista no sea, a su vez, titular de una pensión a cargo de un régimen básico público de previsión social²¹³.

En segundo término, que los rendimientos por cualquier naturaleza del pensionista y de su cónyuge, computados en la forma señalada en el apartado 2 del artículo anterior, resulten inferiores a 7.384,83 euros anuales.

Como reglas complementarias a las anteriores se establece, en primer lugar, que cuando la suma, en cómputo anual, de los rendimientos referidos en el párrafo anterior y

²¹² Pero es que además, la redacción actual se refiere exclusivamente a la existencia de vínculo matrimonial previo –cónyuge a cargo-, por lo que quedan excluidas de este tratamiento las uniones de hecho. Es decir, aunque se ha reconocido por el Tribunal Constitucional que no supone un atentado al Art. 14, sería necesaria una reformulación de esta noción para atender nuevas y cada vez más comunes realidades sociales.

²¹³ entendiendo comprendidos en dicho concepto los subsidios de garantía de ingresos mínimos y de ayuda por tercera persona, ambos de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de minusválidos, y las pensiones asistenciales reguladas en la Ley 45/1960, de 21 de julio.

del importe, también en cómputo anual, de la pensión que se vaya a complementar, resulte inferior a la suma de 7.384,83 euros y de la cuantía anual de la pensión mínima con cónyuge a cargo de que se trate, se reconocerá un complemento igual a la diferencia, distribuido entre el número de mensualidades que corresponda. En segundo lugar, se requiere que los perceptores de complementos por cónyuge a cargo declararen, dentro del mes siguiente al momento en que se produzca, cualquier variación de su estado civil que afecte a dicha situación, así como cualquier cambio en la situación de dependencia económica de su cónyuge. De igual forma, las entidades gestoras de la Seguridad Social podrán solicitar, en cualquier momento, los datos identificativos del cónyuge, así como declaración de los ingresos que perciban ambos cónyuges²¹⁴.

3. El papel de las Comunidades Autónomas en la protección de la familia. Especial referencia a la Renta Mínima.-

En materia del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en relación con la protección social, el Art. 149.1.17 de la CE establece que es competencia exclusiva del Estado “*la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas*”. El precepto quiere reservar para el Estado, por un lado, aquellas que podemos considerar líneas maestras del sistema de Seguridad Social y, por otro, el principio de unidad de caja, verdadera piedra angular de todo sistema que quiere llevar ese nombre.

Debe tenerse presente, de igual forma, que la acción protectora de la Seguridad Social aún mantiene prestaciones de servicios sociales y de asistencia social (véanse en la LGSS los Art. 38.1.e 38.2²¹⁵, y en su desarrollo los Art. 53 y 54 sobre Servicios Sociales y 55 y 56 sobre Asistencia Social²¹⁶).

²¹⁴ La pérdida del derecho al complemento por cónyuge a cargo tendrá efectos a partir del día 1 del mes siguiente a aquel en que cesen las causas que dieron lugar a su reconocimiento.

²¹⁵ El Art. 38.1.e de la LGSS establece: “Las prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de reeducación y rehabilitación de inválidos y de asistencia a la tercera edad, así como en aquellas otras materias en que se considere conveniente” Sobre las prestaciones de Servicios Sociales, véase la Orden TAS/2349/2005, de 12 de julio (BOE del 19 de julio), por la que se establecen las bases

Por otro lado, el Art. 148.1.20 de la CE, prevé que las Comunidades Autónomas²¹⁷ podrán asumir competencias en materia de “Asistencia Social”.

A estos efectos no podemos olvidar aquellas posiciones doctrinales que entienden que el Art. 41 de la Constitución tiene un significado

reguladoras para la concesión de subvenciones para personas con discapacidad y personas mayores, dentro del ámbito de competencias del Instituto de Mayores y Servicios Sociales).

Por su parte el Art. 38.2 establece: “Igualmente, y como complemento de las prestaciones comprendidas en el apartado anterior, podrán otorgarse los beneficios de la asistencia social.”

²¹⁶ Artículo 53. Objeto.

Como complemento de las prestaciones correspondientes a las situaciones específicamente protegidas por la Seguridad Social, ésta, con sujeción a lo dispuesto por el Departamento ministerial que corresponda y en conexión con sus respectivos órganos y servicios, extenderá su acción a las prestaciones de servicios sociales previstas en la presente Ley, reglamentariamente o que en el futuro se puedan establecer de conformidad con lo previsto en el apartado 1.e) del artículo 38 de la presente Ley.

Artículo 54. Derecho a la reeducación y rehabilitación.

1. Los derechos de quienes reúnan la condición de beneficiario de la prestación de recuperación profesional de inválidos son los regulados en el Título II de la presente Ley para los incluidos en el Régimen General, y los que, en su caso, se prevean en las normas reguladoras de los Regímenes Especiales para los comprendidos dentro del ámbito de cada uno de ellos.

2. Los Minusválidos en edad laboral tendrán derecho a beneficiarse de la prestación de recuperación profesional de inválidos a que se refiere el apartado anterior, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

(Téngase presente que la prestación de Recuperación ha quedado sin efecto pues la Disposición derogatoria única de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, ha derogado todo el contenido del Capítulo VI (Recuperación), artículos 153 a 159, del Título II, del presente texto refundido. Además véase la Disposición Adicional segunda de la LGSS, sobre la protección de los trabajadores minusválidos, y el RD 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los centros especiales de empleo).

Artículo 55. Concepto.

1. La Seguridad Social, con cargo a los fondos que a tal efecto se determinen, podrá dispensar a las personas incluidas en su campo de aplicación y a los familiares o asimilados que de ellas dependan los servicios y auxilios económicos que, en atención a estados y situaciones de necesidad, se consideren precisos, previa demostración, salvo en casos de urgencia, de que el interesado carece de los recursos indispensables para hacer frente a tales estados o situaciones.

En las mismas condiciones, en los casos de separación judicial o divorcio, tendrán derecho a las prestaciones de asistencia social el cónyuge y los descendientes que hubieran sido beneficiarios por razón de matrimonio o filiación.

Reglamentariamente se determinarán las condiciones de la prestación de asistencia social al cónyuge e hijos, en los casos de separación de hecho, de las personas incluidas en el campo de aplicación de la Seguridad Social.

2. La asistencia social podrá ser concedida por las entidades gestoras con el límite de los recursos consignados a este fin en los Presupuestos correspondientes, sin que los servicios o auxilios económicos otorgados puedan comprometer recursos del ejercicio económico siguiente a aquél en que tenga lugar la concesión.

Artículo 56. Contenido de las ayudas asistenciales.

Las ayudas asistenciales comprenderán, entre otras, las que se dispensen por tratamientos o intervenciones especiales, en casos de carácter excepcional, por un determinado facultativo o en determinada institución; por pérdida de ingresos como consecuencia de la rotura fortuita de aparatos de prótesis, y cualesquiera otras análogas cuya percepción no esté regulada en esta Ley ni en las normas específicas aplicables a los Regímenes Especiales.

²¹⁷ Además de legislar sobre lo no básico y de ejecutar los servicios de la seguridad social, si es que asumen esas competencias en sus respectivos Estatutos y le son transferidas las mismas.

“*pluricompreensivo*”²¹⁸y, en consecuencia, incluye tanto la referencia a la Seguridad Social del Art. 149 como a la Asistencia Social del Art. 148. O lo que es lo mismo, que por Seguridad Social –la referida en el Art. 41-, ha de entenderse todo un conjunto de técnicas protectoras, compuesta por técnicas de previsión social, asistencia pública, asistencia social y servicios sociales²¹⁹.

De nuestro modelo Constitucional y de la interpretación que del mismo se ha realizado se obtiene un *“sistema de Seguridad Social estatal, que será el que actualmente reside en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, o el que lo suceda; y una diversidad de Sistemas de Asistencia Social –de las Comunidades Autónomas-, que actuarán como complementarios y/o suplementarios de aquél. Eso no quiere decir que no pueda haber evolución en ambos Sistemas, aunque ello multiplique la complejidad y los conflictos. El actual Sistema de Seguridad Social estatal tiene ya elementos asistenciales, y es previsible que esos elementos crezcan, en el proceso de asistencialización de toda fórmula protectora. Las Asistencias Sociales autonómicas se desarrollarán por vías diversas, al calor de su rentabilidad electoral o de la preferencia que se dé al principio social en el marco del principio de autonomía territorial y financiera. Y se podrán solapar con el Sistema estatal; y podrán ser diferentes en una Comunidad y en otras”*²²⁰.

Dejando la polémica distinción conceptual, en este apartado nos vamos a referir a la Asistencia Social, como nivel público externo al Sistema de Seguridad Social de naturaleza eminentemente subsidiaria, pero en ocasiones complementaria, que es

²¹⁸ Vida Soria, J; “Comentario al Art. 41 de la Constitución”, en Comentario a la Constitución Española de 1978 (dir. O. Alzaga Villamil); Edersa, Madrid, 1996, pg. 121 y 122.

²¹⁹ Sobre estas nociones –Seguridad Social y Asistencia Social-, su evolución en el tiempo y situación actual véase la STC 239/2002 –acepta la constitucionalidad de las prestaciones económicas directas establecidas por las Comunidades Autónomas, a favor de beneficiarios directamente determinados por las normas estatales de Seguridad Social-, sin que se pueda asegurar que dicha sentencia sea valorada de forma pacífica por la doctrina, ni cierre el conflictivo reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Sobre este cuestión el Art. 38.4 de la LGSS ha sufrido diversas reformas y contrarreformas; en la redacción actual –por Ley 52/2003- establece: *“Cualquier prestación de carácter público que tenga por finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones económicas de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, forma parte del sistema de la Seguridad Social y está sujeta a los principios regulados en el artículo 2 de esta ley.*

Lo previsto en el apartado 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.”

²²⁰ Vida Soria, J. y otros, Manual de Seguridad Social, op. cit.

responsabilidad exclusiva de las Comunidades Autónomas, y en concreto en su actuación asistencial en materia de protección familiar²²¹.

La acción protectora de las Comunidades Autónomas sobre la familia, con técnicas de Asistencia Social y de Servicios Sociales es muy abundante, y para ello se utilizan diferentes prestaciones: *prestaciones asistenciales de servicios* (de atención primaria o de base y de atención especializada o específica), y *prestaciones asistenciales de contenido económico* –de prestaciones o ayudas- (generalmente de carácter complementario a las anteriores)²²².

En esta materia es de destacar dos nuevos campos de actuación: por un lado, las actuaciones en relación a la *conciliación de la vida familiar y laboral* y, por otro, –muy recientemente- la actuación sobre las *situaciones de dependencia* (realmente esta protección por dependencia no es novedosa pues realmente comprende de forma integral la dispersa actuación de las Comunidades en materia de acogimiento de menores, mayores o discapacitados, bien en el hogar familiar, bien en centros y residencias, bien por medio de servicios bien por medio de prestaciones económicas directas o indirectas).

Respecto a las personas beneficiarias, hay que destacar que su regulación no es uniforme, siendo común la referencia a que sean nacionales (dando un tratamiento impreciso sobre el derecho a los extranjeros a la protección de la asistencia social, aunque hay actuaciones expresamente dirigidas a inmigrantes), con residencia (o vecindad) en la Comunidad Autónoma que otorga la prestación. En otras ocasiones, son beneficiarios los emigrantes españoles en el extranjero (bien individuales bien a comunidades que se encuentran en el exterior) y concretamente, los emigrantes de la

²²¹ Una cuestión terminológica previa y que es necesario en este momento advertir, es que las Comunidades Autónomas utilizan de forma indiferenciada o conjuntamente los términos Asistencia Social y Servicios Sociales –términos que en la LGSS sí se encuentra diferenciados-. Es decir, la legislación autonómica de asistencia social no es rigurosa, ni utiliza términos diferentes para referirse a técnicas de protección diferentes, sino que por el contrario utilizan indistintamente los términos Asistencia Social, Acción Social, Bienestar Social, Servicios Sociales –se utilizan como sinónimos cuando en realidad ni semánticamente ni como técnicas son iguales-. Esto se puede observar en los propios Estatutos de Autonomía y en las Leyes de “Servicios Sociales” y en su desarrollo reglamentario.

²²² Además de las prestaciones económicas individuales es de destacar que también se producen ayudas económicas –de diversa naturaleza, aunque fundamentalmente mediante la técnica de la subvención-, a centros o residencias –públicos o privados-, que de manera directa o indirecta atienden a la familia o a alguno de sus miembros.

Comunidad que otorga la prestación, Tanto si se encuentran en el extranjero como si se trata de emigrantes retornados.

Los servicios sociales de atención primaria se puede considerar como la estructura central de todo el sistema de protección asistencial y entre los mismos destacan: *las acciones de información sobre derechos; evaluación y orientación de problemas* –en la familia o en su entorno-; *las ayudas a la integración de familias para su reinserción o para evitar las situaciones de riesgo; de promoción de la convivencia.* Entre los diversos servicios de atención primaria prestados es de destacar, aunque no es novedoso, el servicio social de ayuda a domicilio, que es recogido por todas las Leyes autonómicas de Servicios Sociales, y que se presta a un gran número de personas: minusválidos, familias con problemas, enfermos, toxicómanos y mayores.

Los Servicios Sociales de atención especializada o específica son prestaciones técnicas no monetarias dirigidas a grupos concretos de población asistida. Respecto de la familia, todas las Leyes de Servicios Sociales hacen referencia a ella, siendo unos servicios que tienen por finalidad su orientación y asesoramiento, favoreciendo la convivencia y previniendo la marginación. Además de sobre la familia actúan sobre otros colectivos concretos (muchos de ellos relacionados de forma indirecta con la familia): infancia, menores, adolescencia, juventud, mayores, minusválidos (estos destacadamente), toxicómanos, delincuentes, minorías, emigrantes, refugiados. Mención a parte hay que realizar las actuaciones sobre las llamadas situaciones de emergencia social.

La acción protectora de asistencia social y de servicios sociales por prestaciones económicas, aunque siguen siendo las prestaciones de servicios las más relevantes y preferentes en materia de asistencia social, las prestaciones económicas siguen la tendencia general en la protección social y están ocupando un papel muy significativo. De esta manera todas las leyes autonómicas de servicios sociales recogen la posibilidad de conceder ayudas económicas. Este tipo de prestaciones se puede clasificar en *prestaciones individuales periódicas, prestaciones individuales no periódicas y las subvenciones a entidades e instituciones.*

De esta manera se establecen programas y acciones de muy diversa índole, y dentro de cada uno de ellos con prestaciones diversas: *Programas generales de apoyo a la familia; Programas de apoyo a la conciliación de la vida laboral y familiar; Programas de apoyo a las familias numerosas; medidas de apoyo al nacimiento o a la adopción; medidas de apoyo al parto múltiple; actuaciones en supuestos de conflicto familiar (Puntos de encuentro, Mediación familiar); Medidas de apoyo al acogimiento familiar de menores o mayores o discapacitados; Medidas específicas de protección de la infancia, de los jóvenes, de los mayores y de los discapacitados; Prevención básica y especializada de infancia/menores y familia; Planes de educación y familia; Apoyo al alquiler de vivienda habitual –o al alojamiento-; Ayuda a domicilio –incluida la teleasistencia-; Ampliación de los permisos de paternidad; Ayudas a la convivencia fuera de la unidad familiar –albergues, centros, residencias-; Programas de apoyo a familias en situaciones especiales o de riesgo; Programas de apoyo a familias monoparentales; Programas de apoyo a familias donde se produce violencia familiar o existe riesgo; etc²²³.*

²²³ Es imposible numerar y analizar en este trabajo la ingente acción legislativa de las Comunidades Autónomas, pero sírvase de ejemplo entre las recientes:

Andalucía: D. 137/2002, de apoyo a las familias, que establece un amplio catálogo de iniciativas.

Aragón: D. 222/2005, de 25 de octubre, aprueba el reglamento por el que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en materia de familia, mujer y juventud (se establecen programas de apoyo a las familias con hijos e hijas nacidos de partos múltiples o procedentes de adopción múltiple).

Asturias: Decreto 93/2005, de 2 septiembre, sobre Puntos de Encuentro Familiar. O ayudas a personas físicas para el apoyo al acogimiento familiar de menores.

Baleares: Dentro del Plan Integral de apoyo a la familia (2005/2008): Resolución de 8 abril 2005, que aprueba la convocatoria de ayudas para que, las familias en el seno de las cuales se producen partos o adopciones múltiples, adquieran productos de higiene (pañales) y alimentación para recién nacidos, para los años 2005, 2006, 2007 y 2008.

Resolución de 26 enero 2005, por la que se regula una ayuda económica individual destinada a sufragar los gastos y la asistencia a familias con personas mayores asistidas (programa «A ca vostra»)

Canarias: Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar.

Cantabria: Orden SAN 13/2005, de 22 de febrero, por la que se aprueba la regulación y convocatoria de prestaciones económicas para el alquiler de vivienda habitual destinadas a personas y unidades familiares en el ejercicio 2005.

Castilla La Mancha: Orden de 28 diciembre 2005, por la que se regula las bases y se convocan ayudas a Familias Numerosas con hijos menores para 2006. Orden de 22 diciembre 2005, por la que se establece las bases reguladoras y la convocatoria de subvenciones para la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio, durante 2006. Orden de 27 diciembre 2005, por la que se establece las bases reguladoras y se convocan prestaciones económicas de apoyo a la adopción de menores.

Castilla y León: Orden FAM/1814/2005, de 29 diciembre, por la que se convoca subvenciones para fomentar los períodos o permisos de paternidad.

Cataluña: La Ley 18/2003, de 4 de julio, de apoyo a las familias, establece las siguientes prestaciones económicas: Prestación económica por niño a cargo; Prestación económica por parto o adopción múltiple; Ayudas por adopción y acogida; Ayudas para la aplicación de técnicas de reproducción asistida; Ayudas por niños nacidos con daños que requieren atenciones especiales; Prestación económica por persona en situación de dependencia a cargo; Ayudas para la adquisición, rehabilitación y promoción de viviendas; Ayudas para arrendatarios (además establece que estas prestaciones son compatibles con la percepción de

Entre las prestaciones económicas periódicas destacan las conocidas como “*renta mínima*” o “*salario social*” (su denominación es muy variada siendo el de ingreso mínimo de inserción el más común, aunque también se las denomina como renta mínima de inserción, ingreso mínimo de solidaridad, ayuda económica básica o renta básica). Esta prestación de renta mínima –en todas las Comunidades Autónomas– está muy relacionada con la familia, pues tiene como finalidad garantizar unos ingresos mínimos de subsistencia a las unidades familiares –aunque en algunos casos también a personas físicas “solas”–, ante situaciones de necesidad o de carencia de recursos, condicionándose –aunque no es un criterio general– a que no sean atendidas por otras prestaciones económicas de otros sistemas públicos –destacadamente por algunas de las diversas prestaciones del sistema de seguridad social, como las prestaciones por incapacidad, jubilación o desempleo–, y siempre sometida a prueba de estado de necesidad (insuficiencia de recursos familiares que se exige de forma muy severa e incluso se condiciona a que no exista parientes con obligación civil de alimentos), y con una duración limitada en el tiempo (aunque se reconoce la posibilidad de prórrogas).

Además está condicionada, no a la nacionalidad, pero sí una residencia “legal” previa en la Comunidad Autónoma respectiva, de uno a cinco años. En muchas ocasiones se establecen límites de edad, habitualmente entre los 25 y los 65 años –esta última en relación con el derecho a la pensión no contributiva de jubilación–.

Es destacable que pese a reunir los requisitos –acreditados–, no siempre nos encontramos con una prestación exigible –lo que no quiere decir que sea arbitraria, ni que no se pueda exigir ante los tribunales–, pues en función de la redacción de los preceptos, en muchas ocasiones parcos, cuando no deliberadamente imprecisos, se puede deducir que nos encontramos ante una prestación de naturaleza discrecional (pocas regulaciones se refieren expresamente a que sea exigible o a el derecho del beneficiario)²²⁴.

las prestaciones análogas que establezcan la Administración del Estado o las administraciones locales de Cataluña).

²²⁴ en algunas redacciones se destaca su carácter asistencial, o que no es consolidable como derecho subjetivo, o se deduce que es posible su sustitución por una prestación de otra naturaleza o en su caso que

Esta prestación es, además, una medida de inserción, pues como regla general va asociada a la suscripción de un compromiso de inserción, acuerdo de inserción o programa de inserción. Es decir, que la renta mínima está condicionada en su acceso y/o a su mantenimiento a medidas de inserción social (de diversa índole).

Respecto a su relación con la familia hay que destacar que todas las Comunidades Autónomas destinan esta prestación a satisfacer las necesidades básicas de subsistencia del conjunto de miembros de una unidad familiar (sobre este concepto de familiar hay que destacar que se ha ampliado a las unidades de convivencia independiente, u otro forma de relación estable e incluso a las personas solas que constituyan un hogar independiente, y que se trata de forma muy diversa el grado de parentesco –consanguinidad e incluso afinidad-).

Respecto a su cuantía, su determinación es muy variable: unas veces en función directa o porcentual del Salario Mínimo, o sobre el IPREM, o de la cuantía de la pensión no contributiva o sobre una cuantía de determinación propia reglamentaria. En todo caso hay que realizar una operación de cálculo diferencial: la cuantía final es la diferencia entre la prestación fijada y los ingresos del beneficiario. Además se establece una prestación básica y otra complementaria en función de los miembros de la unidad familiar de convivencia. La prestación económica se acompaña de diversas medidas de inserción social (bien mediante servicios directos que se prestan al beneficiario o a la unidad familiar, o de medidas formativas dirigidas a la integración laboral o incluso de deberes de realización de servicios sociales por parte del beneficiario).

4. Beneficios fiscales en el IRPF.-

4.1. Derechos reconocidos al trabajador en el Estatuto de los Trabajadores. Tratamiento fiscal de las indemnizaciones por movilidad geográfica.-

Los derechos reconocidos al trabajador para conciliar su vida laboral y familiar en el Estatuto de los Trabajadores, expuestos en el primer epígrafe de este capítulo, no presentan peculiaridades tributarias que acentúen la protección que otorgan, con la excepción del derecho a la indemnización o la compensación económica por movilidad geográfica.

En efecto, cuando el trabajador ejerce el derecho a la suspensión del contrato de trabajo o a la reducción de jornada por determinados motivos familiares, pierde el derecho a ser remunerado por el tiempo no trabajado, produciéndose durante ese periodo, una exoneración recíproca de las obligaciones esenciales de la relación laboral: trabajar y remunerar. El trabajador deja de percibir rentas laborales durante el tiempo que no trabaja, limitándose la protección en estos casos a garantizar su puesto de trabajo.

Por el contrario, en los permisos retribuidos, en la ausencia del trabajo de la mujer para asistir a exámenes prenatales y a sesiones de preparación al parto y en la ausencia por lactancia, el trabajador no perdería su derecho a la remuneración, considerándose el tiempo de su disfrute como de trabajo efectivo. En estos supuestos la protección que recibe es doble, porque se le garantiza el puesto de trabajo pero, además, a diferencia de los supuestos anteriores, obtendría ingresos durante el tiempo no trabajado. Ahora bien, deberá tributar normalmente por los ingresos percibidos en el IRPF, sin que la normativa tributaria prevea beneficios adicionales para estas rentas.

Sin embargo, la normativa del IRPF, si que prevé un trato de favor para las prestaciones que a modo de indemnización o de compensación económica obtenga el trabajador, dependiendo de la opción que elija, en aquellos supuestos que traen causa en una propuesta de movilidad geográfica por parte de la empresa en el seno de su relación laboral.

Advirtamos que no trataremos aquí los beneficios fiscales que obtendrán los trabajadores desempleados por la aceptación de un empleo que implique la movilidad geográfica del trabajador, materia que será estudiada en el capítulo siguiente, donde se recoge la protección en situaciones de desempleo.

Hemos señalado que la determinación del lugar de trabajo constituye una circunstancia básica de la relación laboral. Pero el lugar de trabajo al igual que otros aspectos del contenido de la relación laboral puede experimentar una vicisitud modificativa. Dentro de este aspecto, la movilidad geográfica es un supuesto de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (Art. 41.5 en relación con el Art. 40 del ET), en la medida en que llevase aparejado un cambio de residencia del trabajador.

Como indicamos, es preciso diferenciar tres supuestos en atención al sujeto promotor de la movilidad: La empresa, el trabajador y la ley. De estos, fiscalmente resulta interesante la primera, ya que de ella se puede originar el nacimiento de una indemnización o una compensación económica a favor del trabajador, en virtud de la decisión que adopte ante el ofrecimiento de su empresa.

En efecto, ante la decisión de la empresa de trasladar el centro de trabajo por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen, el art.40 del ET ofrece al trabajador dos alternativas:

- a) Rechazar el traslado y extinguir unilateralmente el contrato laboral. Le correspondería una indemnización de 20 días trabajados por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores y con un máximo de 12 mensualidades. Se trataría de una cuantía de naturaleza indemnizatoria por cese del trabajador que extingue su contrato en virtud de una causa justa, la modificación sustancial de las condiciones acordadas, como reconoce el Estatuto de los trabajadores, y que origina el derecho a la indemnización reglada.

- b) Aceptar el traslado y por tanto, la modificación sustancial de las condiciones acordadas. El ET también reconoce en este caso el nacimiento de un derecho de compensación económica a favor del trabajador que comprenderá tanto los gastos propios como los de los familiares a su cargo, en los términos que se convengan entre las partes, que nunca será inferior a los límites mínimos establecidos en los convenios colectivos.

4.1.1 Indemnización por extinción del contrato.-

Sería aplicable la exención prevista en el art.7.e) de Ley del IRPF²²⁵, que dispone que estarán exentas “*las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato*”.

La naturaleza de la cuantía recibida es claramente indemnizatoria y se produce por cese del trabajador fundado en una justa causa. Es una indemnización que tiene que satisfacer obligatoriamente la empresa, 20 días trabajados por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades, viene fijada en el art.40 del ET. Por ello, se cumplen los requisitos necesarios para aplicar la indicada exención a este supuesto, afirmación que fue confirmada por la Resolución de la Dirección General de Tributos 773/2001 de 18 de Abril de 2001²²⁶.

Debemos tener presente que la exención de la indemnización percibida tendrá inicialmente un carácter provisional y solo se haría definitiva transcurridos tres años desde el cese del trabajador. En efecto, el art.1 del RD 1775/2004 que aprobó el RIRPF, establece como requisito adicional para la aplicación de esta exención “*la real efectiva*”

²²⁵ Ley 35/2006, de 28 de Noviembre.

²²⁶ La Resolución de la Dirección General de Tributos 773/2001 de 18 de Abril de 2001, la califico como “*indemnización por rescisión de contrato que se concede a los trabajadores que, en el proceso de recolocación por cierre o reducción del cuadro numérico de un establecimiento renuncian a puestos ofrecidos que suponen modificación sustancial de las condiciones de trabajo o cambio de residencia (...)*” cuyo “*tratamiento sería el de considerarse rentas exentas de tributación por el indicado Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, conforme a lo establecido en el artículo 7.e) -de la ley- (...)*”.

desvinculación del trabajador con la empresa”, estableciendo una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario, que considera que la citada desvinculación se habrá producido si durante los tres años siguientes al cese el trabajador no vuelve a prestar sus servicios a la citada empresa o a otra vinculada a la misma.

Dicha vinculación se determinaría en base a los términos previstos en el art.16 del Real Decreto Legislativo 4/2004, que aprobó el TRLIS, salvo que se trate de una relación socio-sociedad, en cuyo caso el art.1 del RIRPF eleva los porcentajes fijados en el Impuesto sobre Sociedades, multiplicándolos por cinco. Así, el RIRPF exige que en este supuesto la participación sea igual o superior al 25% (5% en el IS) o al 5% (1% en el IS) si se trata de valores negociados en mercados secundarios oficiales de valores españoles, para considerar que existe vinculación en relación a la exención.

Sobre este requisito de *efectiva desvinculación* se han pronunciado las Resoluciones de la DGT 1565/2004, de 5 agosto, y 1087/2005, de 14 junio, indicando que “ (...) *el precepto reglamentario alude al hecho en sí de que se produzca una nueva contratación del trabajador despedido o cesado en las condiciones expuestas (que se trate de la misma empresa u otra vinculada y que se efectúe dentro de los tres años siguientes a la efectividad del despido) sin que, a estos efectos, se especifique el tipo o naturaleza jurídica que deba adoptar el contrato, es decir, resulta indiferente tanto su duración como que los servicios prestados por el trabajador despedido dentro de los tres años siguientes deriven de una nueva relación laboral o de la realización de una actividad empresarial o profesional*”. Por tanto, el criterio administrativo consideraría incumplido este requisito en aquellas situaciones relativamente frecuentes en las que un trabajador con contrato laboral extingue su contrato por causa fundada y, posteriormente, dentro de ese periodo de tiempo, presta sus servicios dentro de otra categoría profesional o como empresario individual (adscrito al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos) a la empresa o a otra vinculada a ella.

De igual modo, la Resolución de la DGT 2433/2003, de 23 diciembre, considera incumplido este requisito cuando el trabajador es recontratado durante esos tres años por la entidad, una sociedad mercantil, habiendo cambiado la titularidad de las participaciones a manos de otros inversores que las adquirieron mientras el trabajador permanecía desvinculado.

Notemos que si durante ese periodo de tres años se incumpliese el requisito de “*real efectiva desvinculación del trabajador con la empresa*”, el art.71 del RIRPF establece que el trabajador deberá presentar declaración-liquidación complementaria, con inclusión de los intereses de demora, en el plazo que medie entre la fecha en que vuelva a prestar servicios y la finalización del plazo reglamentario de declaración correspondiente al periodo impositivo en que se produzca dicha circunstancia.

Por otro lado, debemos plantearnos cual sería el tratamiento fiscal de la indemnización si la partes, al margen de lo dispuesto en el ET, acordasen que la cuantía indemnizatoria excediese este límite. Nos referimos a situaciones en las que a través de convenio colectivo o de pacto privado empresa-trabajador, se estipulase de común acuerdo una compensación económica mayor a favor del trabajador.

El principio general es que las cantidades pactadas no están exentas. No obstante, habría que evaluar si el gravamen recaería sobre toda la cuantía o solo sobre el exceso acordado respecto a lo obligatoriamente fijado por el ET.

A nuestro juicio, hasta el límite máximo fijado en el ET, la cuantía recibida quedaría exenta, ya que sigue existiendo una justa causa indemnizatoria, el traslado del centro de trabajo ordenado por la empresa y por tanto, la obligación legal de indemnizar por esa cuantía al trabajador.

No obstante, quedaría por determinar como tributaría el exceso. Ese exceso no se trataría de una cuantía obligatoria que en virtud del ET, de su normativa de desarrollo o de la aplicación de una resolución jurisprudencial, debiese pagar la empresa al trabajador. Mas al contrario, se trataría de un derecho económico a favor del trabajador que nace en virtud del acuerdo voluntario entre éste o sus representantes legítimos (convenio colectivo) y la empresa, por lo que no podría acogerse a la exención prevista en el art.7.e) de la LIRPF, al carecer del carácter “obligatorio” que prevé el precepto, que apostilla expresamente “*sin que pueda considerarse como tal (indemnización obligatoria) la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato.*”

Sin embargo, aunque se excluya la exención, creemos que resultaría aplicable la reducción del 40% para rendimientos del trabajo calificados reglamentariamente como

obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, prevista en el art.18.2 de la nueva Ley del IRPF, y desarrollada en el art.10.1 del RIRPF. El precepto reglamentario determina que rentas, siempre que se imputen en un único periodo impositivo, tendrán esta consideración y, por tanto, deberán reducirse en un 40%, encontrándose en la letra f) “*Las cantidades satisfechas por la empresa a los trabajadores por la resolución de mutuo acuerdo de la relación laboral*”.

Esta sería, a nuestro juicio, la naturaleza que tendría el exceso indemnizatorio respecto a lo establecido en el ET y, por tanto, dicho exceso sería acreedor de la reducción del 40% al integrarlo como rendimiento del trabajo.

4.1.2. Compensación económica en los casos de movilidad geográfica.-

El tratamiento fiscal de estas rentas denota una clara desvinculación entre la normativa laboral y tributaria. Si en el supuesto anterior constatábamos que existía una relación directa entre ambas ramas de nuestro ordenamiento, quedando exenta la indemnización obligatoria, determinada en virtud de *lo dispuesto al respecto en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias*, en éste supuesto el legislador tributario determina el tratamiento fiscal correspondiente sin remitirse a la normativa laboral.

Como dijimos, el ET reconoce en este caso el nacimiento de un derecho de compensación económica a favor del trabajador que comprenderá tanto los gastos propios como los de los familiares a su cargo, en los términos que se convengan entre las partes, que nunca será inferior a los límites mínimos establecidos en los convenios colectivos. No fija una regla de determinación concreta, dejando la fijación definitiva de la cuantía a la libre voluntad de las partes, si bien, cuando empresa y trabajador no lleguen a un acuerdo sobre la cantidad que le correspondería a éste en concepto de compensación económica por movilidad geográfica, el ET prevé la posibilidad de que se acuda a instancias judiciales para determinarla.

La normativa del IRPF también prevé una exención para las rentas que la empresa otorgue al trabajador por este concepto, pero el alcance de la misma será independiente de la compensación acordada con la empresa.

El art. 8.A del RIRPF asimila el tratamiento de estas rentas al de los gastos de locomoción, manutención y estancia, y tal y como viene reiterando la doctrina administrativa – entre otras las Resoluciones de la DGT 297/1999, 198/1999, y 199/1999- condiciona la aplicación de la exención al acaecimiento de dos requisitos: El traslado del puesto de trabajo a municipio distinto y que, a consecuencia de este hecho se produzca el cambio de residencia del trabajador.

Concurriendo ambas condiciones, quedarán exoneradas de tributación las cantidades que se satisfagan al trabajador para resarcirle de los siguientes gastos: a) De locomoción del sujeto pasivo y de su familiares durante el traslado. b) De manutención del sujeto pasivo y de su familiares durante el traslado. c) De desplazamiento de su mobiliario y enseres.

En consecuencia, si en el traslado se cumplen las condiciones señaladas, las cantidades que por tal motivo se abonen y que tengan por objeto resarcir exclusivamente los gastos indicados estarán exoneradas de tributar por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. A ello se refirió la la STSJ Cataluña 406/1999 y, abundando en su argumentación²²⁷, las SSTSJ Cataluña 1301/2001, 200/2000 y 526/1999, manifestaron que: *“Es obvio que todo traslado forzoso de una población a otra con cambio de residencia, comporta inconvenientes y gastos que el legislador tributario intenta paliar a efectos de aminorar los mismos de allí que, siempre que la cantidad que reciba la persona interesada tenga por finalidad cubrir los gastos*

²²⁷ Como señaló la STSJ Cataluña 406/1999 *“Al fijar el importe de las indemnizaciones a trabajadores por traslado del lugar de trabajo son varios los factores a tener en cuenta, pues además del coste que pueda representar el transporte y manutención del trabajador y su familiar y el desplazamiento de mobiliario y enseres, hay que atender a la incidencia que pueda tener el cambio de residencia, el número de personas que componen la familia y que resulten afectadas por el mismo, los perjuicios y molestias que ello conlleva, etc., situaciones que se pretende también compensar con la indemnización, respondiendo el montante total a la valoración de todas ellas, de forma que, estableciendo el (...) Reglamento que exclusivamente están exoneradas las cantidades que se correspondan con los gastos de locomoción y manutención del trabajador y su familia y los de desplazamiento del mobiliario y enseres, las correspondientes a otros conceptos estarán sujetas a tributación”*.

derivados de dicho traslado forzoso debe considerarse, en ese caso, como renta exenta por cuanto ello supone, como veremos, que no ha existido enriquecimiento alguno por parte del perceptor, ya que la finalidad estrictamente indemnizatoria anula cualquier otro aspecto o consideración jurídica, que pueda derivarse de dicha percepción económica.

Sin embargo no toda cantidad percibida, ni aun cuando se denomine por traslado forzoso, podrá encuadrarse dentro de aquella previsión legal, es decir, la estrictamente indemnizatoria.

Estas indemnizaciones se asimilan a las cantidades que se abonen al sujeto pasivo por el concepto de dietas por desplazamiento y gastos de viaje quedando exoneradas las cantidades que se abonen por cambio de residencia y correspondan a gastos de locomoción y manutención del sujeto pasivo y sus familiares durante el traslado así como por los gastos de desplazamiento de mobiliario y enseres, quedando el resto de los gastos sujetos, sin que puedan imputarse a dicho concepto indemnizatorio pues la norma jurídica aplicable ha establecido una limitación a determinados gastos derivados del traslado forzoso”.

Además, será el propio trabajador el que tendrá que acreditar la existencia y la cuantía de los gastos que originan la exención. En este sentido, todas las STSJ de Cataluña que hemos citado exigen que el trabajador aporte justificantes de los gastos que originan la compensación económica exenta, ya que sobre el recae la carga de la prueba y, ante la ausencia de los mismos, ratifican que solo quedaría exenta la cuantía que la propia empresa, en el certificado de retenciones manifestó como retribución exenta de retención por gastos de traslado.

Queda sujeto al IRPF y calificado como rendimiento del trabajo el exceso de la compensación económica percibida por movilidad geográfica que sobrepase los conceptos exentos. Sin embargo, cuando dicho exceso se impute en un único periodo impositivo, también recibirá un beneficio fiscal, siendo merecedor de una reducción del 40% al ser calificado por el art.10.1.a) del RIRPF como rendimiento obtenido de forma notoriamente irregular en el tiempo.

Por último, señalar que en el caso de que no se cumpla alguno de los dos requisitos exigibles para aplicar la exención, la renta será calificada como rendimiento

del trabajo y, además, tampoco será aplicable la reducción contenida en el art10.1.a), como bien señala la Resolución de la DGT 302/2004, referente a un supuesto en el que el traslado del centro de trabajo no implicaba un cambio de residencia para el trabajador.

4.2. Tratamiento de las prestaciones de la Seguridad Social y de otras prestaciones públicas.-

4.2.1.- Prestaciones por maternidad, familiares a cargo y por orfandad.-

El tratamiento en el IRPF de estas prestaciones ha sufrido cinco reformas desde 1996, o dicho de otro modo, tomando en consideración el periodo impositivo correspondiente a 2007, en 12 periodos impositivos vamos a tener 5 marcos reguladores distintos.

Este hecho nos lleva a plantearnos si las sucesivas reformas legislativas que se han producido han seguido una misma línea o si, por el contrario, se han ido produciendo sin adecuarse a una tendencia concreta y continuada. Pues bien, como veremos a continuación, se puede proclamar que a lo largo de todos estos años ha existido una clara tendencia legislativa: Ampliar el alcance de la exención a un mayor número de prestaciones.

Se ha pasado progresivamente de la tributación plena de las prestaciones por familiares a cargo y por orfandad, que se integraban como rendimientos del trabajo personal, hasta su completa exención. Y de igual modo, la exención también ha alcanzado a una parte de las prestaciones públicas por maternidad, las procedentes de CC.AA y Entidades Locales, quedando exclusivamente sometidas a tributación a partir de 2007 la prevista en la Ley General de Seguridad Social.

Cada una de las cinco reformas que ha sufrido el precepto que regula esta exención se ha hecho para ampliar su contenido, y en su caso, adaptarlo a las

modificaciones introducidas en el propio Texto Refundido de la Ley de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994.

a) Periodos impositivos anteriores a 1997 .-

La LIRPF no preveía exención para las prestaciones por familiares, que se integraban como rendimientos del trabajo personal del preceptor. La Ley del IRPF de 1991 diseñó un escenario anómalo en materia de prestaciones exentas de la Seguridad Social. En su art. 9 b), consideraba exentas las prestaciones por incapacidad permanente reconocidas al sujeto pasivo, pero nada decía de aquellas otras cuyos beneficiarios fuesen los cuidadores del sujeto que tuviese reconocido tal grado de incapacidad. De igual modo, el art.9 l) de aquella ley, declaraba la exención de cantidades percibidas de Instituciones públicas con motivo del acogimiento de personas con minusvalía, pero también guardaba silencio en relación a las prestaciones correspondientes por integrar en la unidad familiar a un miembro con minusvalía, ascendiente o descendiente.

Vaya por delante la tradicional interpretación restrictiva que la Administración ha realizado y realiza sobre las exenciones. Recordemos que la LGT, tanto en la versión derogada de 1963 –art.23.3- como en la vigente de 2003 –art.14- ha prohibido la analogía para extender mas allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales. Se trata de garantizar los principios de reserva de ley y en última instancia, de seguridad jurídica, en un ámbito tan sensible como el hecho imponible, las exenciones y los beneficios fiscales, esto es, sobre lo que queda o no queda realmente gravado²²⁸.

En esta línea, ajustándonos a la literalidad de la norma, el TEAC manifestó en Resoluciones de 25 de marzo y de 13 de mayo de 1999, que ninguna de las exenciones indicadas resultaban aplicables a las prestación de la seguridad social por hijo a cargo.

²²⁸ Como indicó el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de mayo de 2004 " *toda exención ha de ser objeto de interpretación restrictiva reducida a sus estrictos términos y finalidad con objeto de no menoscabar el principio de justicia tributaria en cuanto que toda exención supone una excepción a la regla general de contribución de todos al sostenimiento de las cargas públicas (artículo 31.1 de la Constitución)*".

No obstante, el TSJ de Cataluña, en Sentencias de 25 de mayo de 1998, de 28 de junio y de 27 de septiembre de 2001, constató la incoherencia que ofrecía esta normativa, indicando que *“Sería además absurdo que conforme a los estrictos términos del apartado b) del art. 9 de la Ley (IRPF de 1991), quedasen liberadas de tributación las prestaciones percibidas por el propio sujeto pasivo aquejado de minusvalía, y sujetas en el caso de que las perciba el padre o madre por estar a su cuidado, circunstancia indicativa de mayor desvalimiento sea por edad o por grado de minusvalía.”*(...). Ante la posibilidad de que el legislador hubiese dejado exentas las prestaciones obtenidas por acogimiento de un minusválido pero que, sin embargo, hubiese olvidado beneficiar de igual forma a aquellas otras que se devengaban cuando el propio minusválido era hijo del beneficiario, el TSJ de Cataluña realizó una interpretación extensiva del concepto de acogimiento contenido en la exención, ajeno al previsto en nuestro Código Civil, que también abarcase a familiares directos. En base a esta consideración, extendía consecuentemente la exención por acogimiento de personas con minusvalía, contenida en el art.9.1.1) de la Ley (IRPF de 1991) a las prestaciones familiares por hijo a cargo, que en aquella época estaban previstas cuando los hijos presentaban un cierto grado de minusvalía, según disponía la redacción original del Real Decreto Legislativo 1/1994 sobre Seguridad Social²²⁹.

²²⁹ Creemos interesante la argumentación vertida por el TSJ de Cataluña, que en las citadas Sentencias manifestó lo siguiente *“a) Toda la redacción del precepto pone de manifiesto que el espíritu del legislador tiende a la protección más amplia posible de las situaciones de minusvalía y desvalimiento en general, liberando de tributación las prestaciones que se perciben por este concepto dado el cometido o finalidad que satisfacen, al margen de que el titular sea el sujeto pasivo aquejado de minusvalía o quien preste el auxilio y acogimiento en su significado social al minusválido o mayor que por su edad ya precisa de atención y cuidados. El término acogimiento se aparta aquí del técnico y estricto significado que posee en el Código Civil, para significar cobijo, acomodo y ayuda en el seno de la familia al minusválido o mayor como un miembro más que se integra en ella, lo que en lugar de restringir la exención a los miembros que tradicionalmente han configurado el concepto de familia, se amplía ensanchando la exención a todos quienes en función de la libre decisión y voluntad de sus componentes acogen quizá a familiares no tan allegados pero en ocasiones solos, desvalidos o entrañables, prestándoles en el seno familiar su apoyo y dedicación. Ante tal expansión de la exención más allá del núcleo familiar tradicional, resultaría absurdo entender que no incluye las prestaciones originadas por los miembros del núcleo más estrictamente tradicional como lo son las de los hijos aunque sean percibidas por los padres a su cuidado y precisamente para este fin.*

b) Parece contrario al principio de equidad liberar de tributación las prestaciones percibidas por el acogimiento de personas minusválidas y mayores de 65 años y excluir de dicha consideración la misma percepción si se percibe por un hijo a su cuidado, sin que dicha prestación -de algún modo compensatoria de la disminución o incapacitación que comporta para la obtención de rentas del minusválido- pueda ser equiparada a las demás ayudas familiares de carácter únicamente social (como lo son cierto tipo de becas y otras ayudas similares del art. 25 h) no basadas en una situación previa de desvalimiento e incapacidad para la obtención de rentas de trabajo. Su consideración y especial protección es más marcada, ya que obedece tanto a fines de protección familiar propiamente dichos como de protección específica de las minusvalías y todas sus consecuencias. Sería además absurdo que conforme a los estrictos términos del apartado b) del art. 9 de la Ley, quedasen liberadas de tributación las prestaciones percibidas por el propio sujeto pasivo aquejado de minusvalía, y sujetas en el caso de

El Tribunal Económico Administrativo Foral de Navarra en su Resolución de 23 de octubre de 2000 y 22 de marzo de 2001, entre otras, y el TSJ de Galicia, en su Sentencia de 13 de mayo de 2002, apoyaron la argumentación vertida por el TSJ de Cataluña; e igualmente se sumó a la postura defendida por el citado órgano jurisdiccional el TSJ de Aragón, en su Sentencia de 26 de junio de 2003, aunque acudiendo a otra argumentación, quizás menos elaborada, y basada en considerar que realmente no quedaba claramente reflejado en el art.9.1.b) que la exención contenida en este precepto tuviese su origen en la incapacidad permanente del sujeto pasivo.

b) Periodos impositivos comprendidos entre 1997 y 2002 .-

El legislador reaccionó de inmediato al constatar la incoherencia que presentaba el régimen de exenciones en el IRPF que recaía sobre las prestaciones familiares y así, a través de la Ley 13/1996 introdujo en la Ley 18/1991 del IRPF el apartado n) del art.9.1, que establecía la exención de las *“Las prestaciones familiares por hijo a cargo reguladas en el Capítulo IX del Título II del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio”*.

que las perciba el padre o madre por estar a su cuidado, circunstancia indicativa de mayor desvalimiento sea por edad o por grado de minusvalía. Por el contrario, el esfuerzo personal y económico que comporta desarrollar este especial cuidado, sería una razón suplementaria para liberar la carga tributaria de la prestación económica, que tan sólo le ayuda a sobrellevar un esfuerzo humano que abarca todos los planos, colabora a la cohesión e integración dentro de la sociedad de los individuos más necesitados de amparo y protección, y libera de una especial problemática al tejido social.

c) Todo lo expuesto deja en evidencia que el espíritu de la norma tributaria en estos supuestos es otorgar el máximo nivel de protección posible a la familia cuando alguno de los hijos se halla afectado por una incapacidad o minusvalía que no sólo genera mayores gastos familiares, sino que además impide -y por ello el Estado otorgue la prestación- una imposibilidad de que el hijo por sí mismo los pueda sufragar, al margen del esfuerzo impagable de quien presta su cuidado. Cualquier otra conclusión haciendo pesar sobre esta situación la carga tributaria que soportaría un contribuyente capaz de generar rendimientos de trabajo no afectado por minusvalía, quiebra por su esencia los principios de igualdad y justicia tributaria base del sistema.

Así pues, y por lo que se refiere a la controversia suscitada en este litigio, puede concluirse que el espíritu del legislador al elaborar los supuestos de exención descritos en el art. 9, no ha sido dejar fuera de su ámbito las prestaciones que por razón de minusvalía de sus hijos perciben los padres con ellos a su cuidado, por lo que la interpretación restringida sustentada por la Administración, que huye del espíritu proteccionista que inspira el conjunto de todas las situaciones contempladas en él, utilizando el análisis separado y estricto de cada apartado, únicamente da como resultado un ejercicio de técnica interpretativa -más de ruptura que de coherencia con el contenido del precepto- que al alejarse de la esencia y sentido de la norma a la que aplicativamente debe ayudar y servir, queda vacío o resulta distorsivo en su conclusión de los principios de equidad y justicia tributaria que informaron el espíritu de la norma a interpretar”.

Entró en vigor el 1 de enero de 1997, y pese a que el 1 de enero de 1999 la Ley 18/1991 fue sustituida por la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se mantuvo la literalidad de esta exención, esta vez en el art.7 h), permaneciendo vigente en estos términos hasta el 31 de diciembre de 2002.

Cabe destacar que pese a que las prestaciones por parto o adopción múltiples y de pago único por nacimiento o adopción de tercer o sucesivos hijos fueron establecidas por el Real Decreto-Ley 1/2000, de 14 de enero, durante los periodos 2000, 2001, 2002 y 2003 no estuvieron exentas, al no formar parte de las prestaciones familiares por hijo a cargo contenidas en el Texto Refundido de la Ley de la Seguridad Social, como así manifestó la Resolución de la DGT 275/2002, de 19 febrero.

c) Periodo impositivo 2003.-

La Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes, dio nueva redacción al art.7 h) de la Ley 40/1998, dejando exentas: *“Las prestaciones familiares por hijo a cargo reguladas en el capítulo IX del Título II del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, así como las pensiones y los haberes pasivos de orfandad percibidos de los regímenes públicos de la Seguridad Social y clases pasivas y demás prestaciones públicas por situación de orfandad”*.

Esta reforma no varió el tratamiento de las prestaciones por parto o adopción múltiples y de pago único por nacimiento o adopción de tercer o sucesivos hijos, que durante 2003 siguieron siendo consideradas como rendimientos del trabajo que debían integrarse en la base, al no serles de aplicación exención alguna.

Aporta como novedad la extensión de la exención a las pensiones y demás prestaciones por orfandad. Dentro de las indicadas, podemos señalar la pensión de orfandad, contenida en el art.175 del TRLGSS; los subsidios de orfandad de la extinguida Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (MUNPAL), integrados en el régimen general de la Seguridad Social conforme al Real Decreto

480/1993, como pensiones de orfandad a favor de familiares, que quedarían exentos tal y como señaló la RDGT 600/2004, de 11 de marzo; y, la indemnización especial a tanto alzado –una sola vez- a favor de los huérfanos en los casos de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional, regulada en el art.177 del TRLGSS.

Todas estas prestaciones que tienen como causa la muerte del padre y como beneficiarios a los hijos, quedarían subsumidas en la exención indicada y, por tanto, no resultarían gravables.

Por último, encontramos la prestación por otros familiares, enunciada en el art.176 TRLGSS y desarrollada reglamentariamente, que comprende: Una pensión – prestaciones económicas indefinidas temporalmente- para hijos y hermanos y un subsidio –prestación económica de naturaleza temporal y en concreto con una duración máxima de 12 mensualidades- a favor de los hijos del causante.

Respecto a estas prestaciones por otros familiares, la RDGT 2015/2005, de 10 de octubre se ha pronunciado excluyéndola del alcance de la citada exención, manifestando simplemente que no se adecua a una prestación de orfandad prevista en el texto legal, sin verter argumentación alguna al respecto, lo que no aclara contundentemente la consideración como exenta de estas prestaciones cuando el beneficiario sea el hijo.

d) Periodos impositivos comprendidos entre 2004 y 2006.-

La Ley 52/2003, de 10 de diciembre, dio nueva redacción a las prestaciones familiares contenidas en el Real Decreto 1/1994 que aprobó el Texto Refundido de la Ley de la Seguridad Social, incorporando las prestaciones de pago único por parto o adopción múltiples y por nacimiento o adopción de tercer o sucesivos hijos.

El Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, actualiza el ámbito objetivo de la exención contenida en el art.7 h), incluyendo “*Las prestaciones familiares por hijo a cargo reguladas en el capítulo IX del título II del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y las demás prestaciones públicas por nacimiento,*

parto múltiple, adopción e hijos a cargo, así como las pensiones y los haberes pasivos de orfandad percibidos de los regímenes públicos de la Seguridad Social y clases pasivas y demás prestaciones públicas por situación de orfandad”²³⁰.

El legislador amplía nuevamente el objeto de la exención, en un doble sentido: Por un lado, deja exentas todas las prestaciones *familiares* no contributivas contenidas en el capítulo IX del título II del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social – *hijo a cargo, parto múltiple, nacimiento o adopción de tercer hijo o sucesivos*²³¹.

Por otro, el legislador también declara exentas las prestaciones por maternidad percibidas de las CC.AA., lo que implícitamente supone excluir de éste precepto a las prestaciones de la Seguridad Social por maternidad, como por otro lado ya había señalado la Resolución de la DGT 1650/2000, de 28 septiembre, y la prestación por riesgo durante el embarazo. Ambas prestaciones tradicionalmente han estado ligadas a la incapacidad temporal, cuyas prestaciones quedan sujetas y no exentas. Pese a que se trata de contingencias independientes, ambas otorgan un derecho económico durante el derecho al descanso reconocido legalmente en el Estatuto de los Trabajadoras en situaciones críticas, bien por enfermedad, bien por riesgo para la madre o el feto durante el embarazo o, por la especial necesidad de cuidados que requiere un recién nacido durante sus primeros días de vida. Además, tienen carácter contributivo, produciéndose aportaciones económicas previas a la Seguridad Social destinadas a la cobertura de estas contingencias.

Estos rasgos distinguen la naturaleza de la prestación por maternidad de la Seguridad Social, respecto a otras prestaciones por maternidad previstas en la normativa autonómica, que son meras liberalidades a favor del beneficiario en una situación que merecen una especial protección en nuestro ordenamiento. Se trata de prestaciones

²³⁰ También estarán exentas las prestaciones públicas por maternidad percibidas de las CC.AA.

²³¹ No obstante y como hemos indicado, la interpretación restrictiva de las disposiciones reguladoras de las exenciones que lleva a cabo la Administración, han hecho que se haya pronunciado en alguna oportunidad -Resolución Tribunal Económico Administrativo Foral de Navarra, de 15 de noviembre de 2004- excluyendo la exención a prestaciones devengadas por adopción múltiple, por el hecho referirse la exención, exclusivamente, a parto y no a adopción, pese a que el contenido de la prestación en el TRLGSS protege ambas situaciones indistintamente

objetivamente desiguales, sometidas a un trato fiscal desigual, lo que resulta plenamente ajustado al Principio de igualdad.

Por tanto, las prestación por maternidad de la Seguridad se integraría como renta sujeta y no exenta mientras que las prestaciones por maternidad otorgadas por las CC.AA., que no tendrán ese carácter contributivo, quedarían exentas.

Notemos que la exención se no hace mención a prestaciones que se produzcan por adopción o acogimiento, aunque en relación a este último supuesto bien es cierto que como veremos posteriormente, el TRLIRPF reconoce en el art.7.i) la exención de las prestaciones recibidas de instituciones públicas por motivo de acogimiento de menores, sin distinguir si las mismas deben proceder de las CC.AA o de cualquier otra institución pública.

A diferencia de lo que ocurre con la deducción en cuota diferencial por maternidad, prevista en el art.83 del TRLIRPF, donde expresamente se aclara que dicha deducción será también aplicable en los casos de adopción o acogimiento, preadoptivo o familiar, en relación a la consideración como exentas de las prestaciones públicas percibidas por estos motivos parece desprenderse un trato disímil.

e) LIRPF 35/2006: Periodo impositivo 2007 y sucesivos.-

La nueva ley de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que entrará en vigor el 1 de Enero de 2007, de nuevo amplía las prestaciones exentas que acoge el art.7 h). En este caso, está previsto que:

“Las prestaciones familiares reguladas en el capítulo IX del título II del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y las pensiones y los haberes pasivos de orfandad y a favor de nietos y hermanos, menores de veintidós años o incapacitados para todo trabajo, percibidos de los regímenes públicos de la Seguridad Social y clases pasivas.

Asimismo, las prestaciones reconocidas a los profesionales no integrados en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o

autónomos por las mutualidades de previsión social que actúen como alternativas al régimen especial de la Seguridad Social mencionado, siempre que se trate de prestaciones en situaciones idénticas a las previstas en el párrafo anterior por la Seguridad Social para los profesionales integrados en dicho régimen especial. La cuantía exenta tendrá como límite el importe de la prestación máxima que reconozca la Seguridad Social por el concepto que corresponda. El exceso tributará como rendimiento del trabajo, entendiéndose producido, en caso de concurrencia de prestaciones de la Seguridad Social y de las mutualidades antes citadas, en las prestaciones de estas últimas.

Igualmente estarán exentas las demás prestaciones públicas por nacimiento, parto o adopción múltiple, adopción, hijos a cargo y orfandad.

También estarán exentas las prestaciones públicas por maternidad percibidas de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales”.

La nueva redacción ya no menciona específicamente las prestaciones por hijo a cargo y mejora la redacción técnica al proveer la exención a todas las prestaciones familiares, contributivas y no contributivas, reguladas en el capítulo IX del título II del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Por otro lado, viene a resolver algunas cuestiones que presentaban ciertas dudas. En primer lugar, parece que la al mencionar expresamente exentas *las pensiones y los haberes pasivos de orfandad y a favor de nietos y hermanos, menores de veintidós años o incapacitados para todo trabajo*, se está refiriendo a la prestación por otros familiares, enunciada en el art.176 TRLGSS que alguna de sus modalidades anteriormente descritas puede recaer como beneficiarios sobre nietos o hermanos. Recordemos que comentamos que solo se otorgan en situación de necesidad real probada y como dijo la STC 3/1993 “*su función debe ser considerada como el otorgamiento de rentas de subsistencia a quienes, por carecer de todo tipo de ingresos, se encuentran en una situación de necesidad*”, por lo que parece lógico que se extienda la exención a este tipo de rentas.

Por otro lado, desde el 1 de enero de 2003, quedaban exentas en general las prestaciones de orfandad, por cualquier causa, pagadas por el régimen público de la Seguridad Social y clases pasivas, tributando las procedentes de planes de pensiones, mutualidades de previsión social o cualquier otro sistema de previsión social complementaria. Esto planteaba una discriminación a las prestaciones de orfandad

pagada por una mutualidad de previsión social de los profesionales que optaron legalmente por ese sistema en sustitución del régimen correspondiente de la Seguridad Social (RETA), lo que podía plantear problemas de constitucionalidad al amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en su Resolución 214/1994, al analizar el distinto tratamiento de las becas públicas y privadas.

Para corregir esta situación, la nueva redacción de la exención incluye también las prestaciones reconocidas a los profesionales no integrados en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos por las mutualidades de previsión social que actúen como alternativas al régimen especial de la Seguridad Social mencionado, siempre que se trate de prestaciones en situaciones idénticas a las previstas en el párrafo anterior por la Seguridad Social para los profesionales integrados en dicho régimen especial, estableciendo como límite de la exención el importe de la prestación máxima que reconozca la Seguridad Social por el concepto que corresponda y tributando el exceso tributará como rendimiento del trabajo.

De igual modo, al señalar exenta las prestación por parto múltiple, añade expresamente la adopción múltiple, corrigiendo con ello el riesgo de discriminación a causa de la interpretación restrictiva de las exenciones que hace la Administración.

Y por último, extiende de forma expresa la exención a las prestaciones públicas por maternidad, preexistente cuando procedían de las CC.AA, a las provenientes de Entidades Locales, manteniendo implícitamente la exclusión de esta exención, y por tanto, el sometimiento a tributación, de las prestaciones de la Seguridad Social por maternidad y por riesgo durante el embarazo.

Justificábamos el trato disímil de la prestación por maternidad de la Seguridad Social respecto a las prestaciones autonómicas porque se trata de prestaciones de naturaleza objetivamente desigual, sometidas a un trato fiscal diferenciado, lo que resulta plenamente ajustado al Principio de igualdad.

Sin embargo, este argumento no resultaba trasladable cuando evaluábamos el régimen fiscal en el IRPF de las prestaciones por maternidad de carácter local, pues su naturaleza esencial no difiere de las prestaciones autonómicas por maternidad y, sin

embargo, al no ser expresamente mencionadas en este precepto, y en base a la interpretación restrictiva de las exenciones, quedarían sometidas a un trato fiscal distinto - sujetas y no exentas-, lo que podía suponer una quiebra del principio constitucional de igualdad.

Para corregir esta situación, la nueva ley del IRPF prevé incluir expresamente en este precepto las prestaciones por maternidad de carácter local, igualando su régimen con las autonómicas y disipando posibles dudas jurídicas de constitucionalidad.

4.2.1. Prestaciones por acogimiento de menores.-

Hasta comienzo del año 2004, la exención contenida en el art.7.i) de la LIRPF sobre prestaciones públicas por acogimiento era aplicable cuando la persona acogida tenía una minusvalía en grado igual o mayor al 65% o era mayor de 65 años. La aprobación del Real Decreto Legislativo 3/2004, que aprobó el TRLIRPF, amplió el ámbito objetivo de la exención por acogimiento, prevista en el art.7.i), incluyendo *“las prestaciones económicas percibidas de instituciones públicas con motivo del acogimiento de menores”*.

La primera nota destacable es que la prestación debe tener naturaleza pública, esto es, proceder de alguna institución pública, para que quede exenta en el IRPF, por lo que no quedarían exentas aquellas que procedieran de instituciones privadas. En segundo lugar, al referirse a instituciones públicas, entendemos que abarcará a todas aquellas que gocen de esta naturaleza, con independencia de que sean de carácter estatal, autonómico o local. En tercer lugar y en lo que a las prestaciones de la Seguridad Social se refiere, no cabe duda del carácter público de esta institución y, por consiguiente, de la exención de estas prestaciones cuando la situación protegida que las origine sea el acogimiento de menores.

Partiendo de estas premisas, las prestaciones contenidas en el Real Decreto Legislativo 1/1994 que aprobó el TRLGSS, que tienen como situación protegida el acogimiento de menores son las siguientes: La prestación familiar en su modalidad contributiva; La prestación familiar en su modalidad no contributiva por hijos o menores en régimen de acogimiento familiar, preadoptivo o permanente; la prestación

por maternidad, que además de la propia maternidad, también se devenga en casos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, durante los periodos de descanso previstos en el *número 4 del artículo 48 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo*, y en el *número 3 del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública*.

La naturaleza de estas prestaciones es sustancialmente distinta. Esto hace que nos debamos preguntar cual es realmente la voluntad del legislador fiscal cuando declara exentas *las prestaciones económicas percibidas de instituciones públicas con motivo del acogimiento de menores*. ¿Se está refiriendo tanto a prestaciones contributivas como no contributivas o, simplemente, a estas últimas?.

Atendiendo a la literalidad del art.7.i) del TRLIRPF, y ante la ausencia de mención específica, debemos responder a esta pregunta considerando exentas todas las prestaciones, contributivas y no contributivas, percibidas de instituciones públicas con motivo del acogimiento de menores, lo que nos llevaría a calificar como tal la prestación por maternidad contenida en el art.133 bis y siguientes del TRLGSS cuando traiga causa en supuestos de acogimiento preadoptivo o permanente de un menor y que como hemos indicado con anterioridad, es de carácter contributivo.

De ser así, se plantearía un escenario absolutamente paradójico, ya que a tenor de lo expuesto en el epígrafe anterior esta misma prestación no estaría exenta en el IRPF cuando la situación protegida fuese la maternidad en sentido estricto. Recordemos que el TRLIRPF declara exentas las prestaciones públicas por maternidad procedentes de las CC.AA, y que la nueva ley extiende de forma expresa esta exención a las de carácter local, pero nada dice de las prestaciones por maternidad procedentes de la Seguridad Social, que seguirían quedando excluidas²³².

²³² Esta situación hace que se pueda plantear en relación a la exención de la prestación por maternidad originada por el acogimiento de menores una polémica similar a la que hemos comentado al tratar las prestaciones por hijos a cargo con minusvalía cuando la normativa del impuesto no contemplaba expresamente una exención para estas prestaciones y, sin embargo, si la preveía para el acogimiento de personas con minusvalía.

La discriminación que puede originar el hecho de considerar exenta la prestación por maternidad en los casos de acogimiento, y sujeta cuando se devengue por maternidad o adopción, puede provocar de nuevo que algún órgano judicial realice una interpretación extensiva de la citada exención, tendente a corregirla²³³.

Por ello, si la intención real del legislador es someter a tributación la prestación por maternidad de la Seguridad Social, con independencia de cual sea la situación jurídica protegida que la origina -maternidad, adopción o acogimiento-, debería aprovechar la oportunidad que se ha abierto con la promulgación de la nueva ley del IRPF su desarrollo reglamentario para aclarar cual es el alcance de la exención de las prestaciones económicas percibidas de instituciones públicas con motivo del acogimiento de menores, y si esta cubre también la prestación de la seguridad social por maternidad devengada por este motivo.

A este respecto, la nueva ley, da nueva redacción a esta exención, especificando en el primer párrafo de su art.7.i) que recaerá sobre *“Las prestaciones económicas percibidas de instituciones públicas con motivo del acogimiento de personas con discapacidad, mayores de 65 años o menores, sea en la modalidad simple, permanente o preadoptivo o las equivalentes previstas en los ordenamientos de las Comunidades Autónomas, incluido el acogimiento en la ejecución de la medida judicial de convivencia del menor con persona o familia previsto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”*.

Sin embargo, nada dice sobre la cuestión indicada. En este escenario de indefinición, se abre la posibilidad de nuevas controversias sobre el régimen fiscal de la prestación por maternidad de la Seguridad Social, atendiendo a la situación jurídica que la origina: maternidad, adopción o acogimiento²³⁴.

²³³ y es que tal y como indicó el Tribunal Económico Administrativo Foral de Navarra en su Resolución de 23 de octubre de 2000, *“(…)si la persona acogida que da lugar a la renta que se declare exenta puede ser perfectamente un extraño, por lo que si se establece un beneficio fiscal en estos casos, con mas razón habrá que entender comprendido en este precepto el supuesto de que el acogido sea un hijo, en virtud del principio de protección social, económica y jurídica de la familia, recogido en el art.30 de la Constitución”*

²³⁴ En el momento en que se escriben estas líneas, no se ha promulgado el necesario desarrollo reglamentario de la nueva LIRPF, esperemos que en el mismo se resuelvan las contingencias que hemos intentado poner de manifiesto en esta parte del presente trabajo.

4.2.2. Prestaciones por fallecimiento.-

a) Prestación por defunción destinada a gastos de sepelio.-

El art.1.3 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, introdujo un nuevo supuesto de rentas exentas del IRPF, contenido en la letra r) del art.7 del TRLIRPF "*las prestaciones percibidas por entierro o sepelio, con el límite total de los gastos incurridos*". A nuestro juicio, caben destacar tres aspectos de esta exención:

El primero, que no se condiciona a la naturaleza, pública o privada, de las prestaciones percibidas por entierro o sepelio. Por tanto, quedarán exentas las prestaciones procedentes de la Seguridad Social, de organismos autonómicos o locales, pero también lo estarán cuando procedan de fundaciones, colegios de huérfanos y otras instituciones privadas.

El segundo sería el requisito finalista que se exige a las prestaciones para que puedan acogerse a esta exención. En efecto, no toda prestación que se origine como consecuencia del fallecimiento de un sujeto tendrá cabida en ésta, sino solamente aquellas que tengan como causa de concesión sufragar los gastos por entierro o sepelio, como el auxilio por defunción, previsto art.171 del TRLGSS²³⁵.

El tercer aspecto sería la exclusión de la parte de la prestación que exceda de los gastos incurridos por el sepelio. Ahora bien, ese exceso se integrará en la base imponible reducido en un 40%, o lo que es lo mismo, solo se integrará en la base del IRPF el 60% de la parte de la prestación restante, una vez sufragados los gastos del sepelio²³⁶.

²³⁵ Como bien señaló el TEAR de Castilla la Mancha en su Resolución de 24 de noviembre de 2005, en base a este requisito la exención no resulta aplicable a las prestaciones por fallecimiento no finalistas. Por tanto, quedan sujetas y no exentas aquellas que se originan por el deceso del sujeto y que no se afectan a un fin concreto, como ocurre con otras prestaciones por fallecimiento contenidas en el art.171 del TRLGSS, como la indemnización por muerte derivada de riesgos profesionales.

²³⁶ El artículo 10.1.d) del Real Decreto 1775/2004, que aprobó el RIRPF, se hace eco de la existencia de la exención, calificando como notoriamente irregulares las cantidades que excedan del límite exento y, por tanto, correspondiéndoles la reducción del 40% prevista en el art.17.2.a) del TRLIRPF.

b) Otras prestaciones por fallecimiento.-

El resto de prestaciones que se devengan a consecuencia del fallecimiento de un sujeto, excluidas las de orfandad, que como señalamos con anterioridad, quedan exentas en virtud del art.7.h) del TRLIRPF, van a ser calificadas como sujetas y no exentas. Se tratarán de rendimientos del trabajo personal en virtud del art.16.2 del TRLIRPF, que son calificados en el art.10.1.d) del RIRPF como rendimientos obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, correspondiéndoles la reducción del 40% indicada en el art.17.2.a) del TRLIRPF, esto es, integrándose en la base solo el 60% devengado²³⁷.

No obstante, a nuestro juicio, la cuestión mas relevante de esta reducción es que no especifica a que prestaciones por fallecimiento se refiere. En efecto, en el ámbito de la seguridad social son muchas las prestaciones que traen causa en el fallecimiento o muerte de un sujeto. En primer lugar se encuentra la indemnización especial a tanto alzado por fallecimiento²³⁸; también tenemos la pensión ordinaria de viudedad, vitalicia y de carácter contributiva; y junto a esta, nuestro ordenamiento reconoce otras pensiones extraordinarias.

La STS de 2 de abril de 1997 distinguía claramente entre el componente ordinario de la pensión (en cuanto derivado de la acción protectora de la seguridad social constituyendo el pago de parte del salario o sueldo diferido en el tiempo en que ya no se presta el trabajo) y el extraordinario (en lo que supone una modalidad de indemnización por el Estado) que concitan algún otro motivo merecedor de una mayor compensación, como el fallecimiento en acto de servicio; y dentro de las pensiones y prestaciones extraordinarias que traen causa en el fallecimiento, debemos distinguir aquellas originadas por actos de terrorismo, exentas en virtud del art.7.a) del TRLIRPF, del resto sujetas y no exentas²³⁹.

²³⁷ Destaca el hecho de que esta reducción no queda condicionada por la naturaleza, pública o privada, de las prestaciones percibidas.

²³⁸ prevista en el art.177 del TRLGSS, que supone un único pago de una cuantía fijada reglamentariamente y a la cual, la propia doctrina administrativa, reconoce la aplicación de la citada reducción –entre otras, RDGT 773/2001, de 18 de abril-

²³⁹ como han proclamado nuestros tribunales en múltiples pronunciamientos –entre otras, las SSTSJ de Cataluña 192/1999, de 17 de marzo, 272 y 273 /2006, ambas de 16 de marzo, la STSJ de Castilla y León 1011/2006, de 23 de mayo y la STSJ de Andalucía 705/2006, de 11 de abril-.

Además, el art.176 también contempla otras prestaciones en favor de familiares, remitiéndose a la vía reglamentaria para determinar aquellos otros familiares o asimilados que, reuniendo las condiciones que para cada uno de ellos se establezcan y previa prueba de su dependencia económica del causante, tendrán derecho a pensión o subsidio por muerte de éste, en la cuantía que respectivamente se fije.

Ante esta variedad de prestaciones que traen causa en la muerte de un sujeto habría que añadir aquellas que hayan sido aprobadas a nivel autonómico o local, configurando una variedad claramente heterogénea. En este escenario nos debemos preguntar a cual o cuales se refiere el legislador cuando establece la reducción o dicho de otro modo, que requisitos debe cumplir la prestación por fallecimiento para que a efectos fiscales sea merecedora de la reducción. Toda prestación que se devengue a consecuencia de la muerte de un sujeto será considerada como prestación por fallecimiento o, por el contrario, será necesario que cumpla algún otro carácter. Nos referimos a que tenga naturaleza indemnizatoria y a que no sea contributiva, caracteres que cumple la indemnización especial a tanto alzado por fallecimiento, prevista en el art.177 del TRLGSS y considerada por la doctrina administrativa como merecedora de recibir la reducción.

Además no olvidemos que la reducción se aplicaría por considerar al rendimiento como notoriamente irregular en el tiempo, y en los casos de pensiones vitalicias, la periodicidad y el carácter indefinido de la prestación no encaja con la denominación de notoriamente irregular en el tiempo.

Sería conveniente especificar reglamentariamente las notas exigibles a las prestaciones originadas por el fallecimiento de un sujeto, que puedan acogerse a la reducción.

4.3. Deducción por maternidad en la cuota del IRPF: Elección de aplicación a modo de prestación anticipada.-

El artículo 83 del TRIRPF y el art.60 del RIRPF establecen una deducción en la cuota diferencial por maternidad, que mantiene en los mismos términos en el art. 81 de la nueva LIRPF.

4.3.1. Situaciones protegidas.-

Las situaciones protegidas que desencadena el derecho a la deducción, siempre, claro está, que se cumplan los requisitos que señalaremos a continuación, son alguna de estas tres: maternidad, adopción o acogimiento²⁴⁰.

4.3.2. Beneficiarios y constitucionalidad.-

La deducción se asigna exclusivamente a favor de la madre, aunque en determinadas situaciones el derecho a la misma puede corresponder, o trasladarse respecto a la deducción pendiente, al padre o tutor. Esas situaciones serían el fallecimiento de aquella, o que el padre o tutor ostentase la guarda y custodia de forma exclusiva.

Notemos que casos de adopción, acogimiento o tutela, cuando existan varios adoptantes, acogedores o tutores y todos ellos sean varones, o todas sean féminas, la deducción sería imputable proporcionalmente y a partes iguales entre ellos. Si los adoptantes, acogedores y tutores fuesen una mujer y un hombre, entonces correspondería en exclusiva a la mujer.

4.3.3. Requisitos.-

El beneficiario deberá Trabajar por cuenta propia o ajena, y estar dado de alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social o Mutuality equivalente. Este

²⁴⁰Como ya habíamos indicado con anterioridad, se iguala el trato de estas tres situaciones e efectos de la aplicación de esta deducción, a diferencia de lo que ocurre en relación a la consideración como exentas de las prestaciones públicas percibidas por alguna de estas tres causas.

requisito se entenderá cumplido cuando esta situación se produzca en cualquier día del mes²⁴¹.

En supuestos de hijos adoptados o acogidos, que el hijo sea menor de 18 años cuando se produzca la inscripción de este hecho en el Registro Civil o en caso de que no sea necesaria esta inscripción, a partir de la fecha de la resolución judicial o administrativa que la declare. Notemos que puede sobrepasar esta edad con posterioridad, sin que ello provoque la pérdida del derecho a la deducción a favor del beneficiario.

Por último, que cada hijo no obtenga rentas anuales superiores a 8.000 euros, sin contar a estos efectos las rentas exentas, ni presente declaración ni la solicitud de devolución rápida.

4.3.4. Duración.-

La deducción se podrá aplicar durante tres años, imputándose en cada periodo impositivo por meses. En caso de maternidad, se perdería el derecho a la deducción el mes que el niño cumpliera los tres años. En ese periodo impositivo la deducción se imputaría de forma proporcional a los meses en los que el niño hubiese sido menor de 3 años. En los casos de adopción o acogimiento, se empezará a contar este periodo de tres años cuando se produzca la inscripción de este hecho en el Registro Civil o en caso de que no sea necesaria esta inscripción, a partir de la fecha de la resolución judicial o administrativa que la declare²⁴².

4.3.5. Cuantía.-

La deducción será de hasta 1.200 euros/año por hijo menor de 3 años, calculándose proporcionalmente al número de meses en que concurren los requisitos anteriores. En este sentido, la determinación de los hijos que darán derecho a la

²⁴¹ Por tanto, si durante el periodo de duración de este derecho el beneficiario no estuviese dado de alta durante uno o varios meses de forma continuada, perdería el derecho a la deducción en la parte proporcional al número de meses que no ha estado dado de alta ni un solo día. En el caso de maternidad, el beneficiario debe tener hijos menores de 3 años que convivan con él.

²⁴² A efecto del cómputo de los tres años, se incluiría el mes del nacimiento, adopción o acogimiento y se excluiría aquel en que se cumplen los tres años.

percepción de la deducción se realizará de acuerdo con su situación el último día de cada mes.

La normativa establece como límite para cada hijo, las cotizaciones y cuotas totales de Seguridad Social y Mutualidades de carácter alternativo devengadas en cada periodo impositivo con posterioridad al nacimiento, adopción o acogimiento. Este importe incluye las cuotas por sus importes íntegros, tanto del empleador como del empleado, y no se descuentan las bonificaciones practicadas.

4.3.6. Posibilidad de pago anticipado.-

La normativa reguladora de la deducción ofrece dos sistemas alternativos, que no suponen alteración del importe de la misma: a.- incluir la deducción en la declaración anual del I.R.P.F. o, para los beneficiarios no obligados a declarar, en la correspondiente solicitud de devolución rápida; b.- de forma anticipada²⁴³.

Obviamente, si el beneficiario opta por la percepción anticipada, perdería el derecho a aplicarse la deducción por maternidad en la cuota diferencial cuando presentase su autoliquidación del IRPF. En estos casos de cobro anticipado, los contribuyentes están obligados a comunicar a la Administración aquellas variaciones en sus circunstancias que afecten al abono de la deducción anticipada. En el caso de que no coincidan los importes percibidos anticipadamente con la deducción final que correspondería al contribuyente, éste deberá regularizar tal situación en la propia autoliquidación del impuesto²⁴⁴.

²⁴³ Este sistema permite el cobro, cada mes en el que se cumplan los requisitos, de una doceava parte de la deducción anual, 100 euros por hijo, a través de transferencia bancaria que realizaría la AEAT en la c/c indicada por el beneficiario. Quienes deseen acogerse a este sistema de pago anticipado deben solicitarlo, comunicando los datos identificativos del solicitante e hijos, el régimen y número de afiliación a la Seguridad Social o Mutualidad en el que figure de alta y la cuenta corriente en la que se desea recibir el ingreso.

²⁴⁴ En todo caso, indicar que no serán exigible intereses de demora por la percepción, a través de abono anticipado por causa no imputable al contribuyente de cantidades superiores a la deducción por maternidad que corresponda.

4.3.7. Conclusiones.-

Pese a que adopte formalmente la consideración de deducción en cuota, del análisis de su regulación se puede deducir que la voluntad real del legislador es ofrecer una nueva prestación por maternidad, adopción o acogimiento, de carácter eminentemente contributivo y plenamente compatible con la ya existente en el TRLGSS y con las previstas en las normativas autonómicas y locales.

Decimos que sería de carácter eminentemente contributivo, porque en primer lugar, establece como requisito que el beneficiario esté dado de alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social o Mutuality equivalente, por lo que aquellos que no trabajen, y que por tanto, no contribuyan a la caja de la Seguridad Social no tendrían derecho a ella.

De hecho, hay una clara relación entre las cuotas que se devengarían a favor de la Seguridad Social durante el periodo en que se cumplen los requisitos para percibir la deducción/prestación y la cuantía percibida. La normativa limita la cuantía a deducir por cada hijo a las cotizaciones totales a la Seguridad Social y Mutualidades de carácter alternativo devengadas en cada periodo impositivo, con posterioridad al parto, adopción o acogimiento²⁴⁵.

Además, el hecho de que se trate de una deducción en cuota diferencial y no de una deducción en la cuota íntegra o, incluso, en la cuota líquida del impuesto, también evidencia su naturaleza de prestación eminentemente contributiva. Esta ubicación de la deducción en esta parte del impuesto no es baladí. En efecto, el que la deducción se prevea sobre la cuota diferencial implica que no estará condicionada al signo de ésta, y que se aplicará tanto cuando la cuota diferencial sea positiva como cuando resulte negativa, y ello, porque el legislador considera que a través de esta deducción se está

²⁴⁵ Por tanto, cuando el beneficiario tenga un solo hijo que le permita disponer del derecho a la deducción, no podrá percibir una cuantía mayor a las cuotas íntegras que, como consecuencia de su trabajo, se aportarían a la Seguridad Social, tanto por parte del empleador como del empleado, desde que se genera el derecho, lo que no hace sino ratificar el carácter eminentemente contributivo de esta deducción/prestación tributaria.

devolviendo al beneficiario unas cuantías que el mismo ha generado y que ha recaudado la Administración a través de la Seguridad Social²⁴⁶.

Coherentemente con esta idea, la normativa dispone que cuando el contribuyente no tenga obligación de presentar autoliquidación en el IRPF porque no haya obtenido rentas suficientes durante el periodo impositivo, si cumple los requisitos indicados con anterioridad no perderá el derecho a la deducción por maternidad.

Por último, para terminar de configurar la deducción como una prestación de carácter eminentemente contributiva, se prevé un mecanismo de percepción mensual anticipada que permite que el beneficiario pueda recibir la deducción como si de una prestación pública de cobro mensual se tratase.

Por tanto, podemos concluir indicando que por primera vez el legislador utiliza el ordenamiento tributario para instaurar una prestación social de carácter eminentemente contributiva.

La norma provoca una discriminación positiva a favor de la mujer en parejas heterosexuales, otorgándole a ésta el derecho a la deducción en exclusiva. Solo de forma residual podrá recaer sobre el hombre, lo que a nuestro juicio puede entrar en colisión con el art.14. de nuestra Constitución que, recordemos, proclama la igualdad de todos los españoles ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación por razón de sexo o cualquier otra circunstancia personal o social²⁴⁷.

Creemos que este problema se salvaría redefiniendo la deducción como una ayuda por hijos a cargo que permita conciliar la vida laboral y familiar de aquellas familias en las que trabajen uno, o en su caso, los dos miembros de la pareja, de manera

²⁴⁶ Por tanto, de forma similar a como ocurre con los pagos a cuenta, el derecho a su deducción no estará condicionado a que el contribuyente haya obtenido rentas suficientes que le generen una cuota impositiva líquida positiva; y de igual modo, aunque el contribuyente tuviese una cuota diferencial negativa, no perdería ni tendría que aplazar a otro periodo impositivo su derecho a la deducción por maternidad.

²⁴⁷ En este sentido las SSTC 209/1988, 45/1989 y 134/1936, entre otras, han manifestado que se vulnerará el principio de igualdad contenido en los arts.31.1 y 14 de la constitución cuando en supuestos en los que existen iguales manifestaciones de riqueza la norma establece un diferente gravamen por razones exclusivamente subjetivas. En los casos de parejas heterosexuales, esta deducción provoca una discriminación, a nuestro juicio exclusivamente subjetiva, que no está relacionada con la manifestación de riqueza que evidencie cada uno de ellos, que altera el gravamen que recaerá sobre éstos, por que nos suscita serias dudas de constitucionalidad.

que el beneficiario de la misma sea aquel que se encuentre dado de alta en algún régimen de la Seguridad Social. Si ambos estuviesen dados de alta, se debería imputar proporcionalmente entre ellos. De esta forma, dejaría de estar condicionada al género del beneficiario y se ajustaría mejor a nuestra constitución y a una sociedad que camina hacia el reparto igualitario de las cargas familiares entre hombre y mujer. Solo nos queda lamentar que el legislador no haya valorado esta alternativa y la nueva ley de IRPF mantenga en los términos expuestos en el TRLIRPF la deducción por maternidad.

4.4. Mínimo personal y familiar.-

4.4.1. Concepto y utilización en la normativa del IRPF.-

El IRPF se ha caracterizado tradicionalmente por ser un impuesto subjetivo que ha tenido en cuenta las circunstancias personales y familiares del contribuyente para determinar la cuota impositiva. No obstante, el lugar del impuesto donde se han integrado esos beneficios fiscales derivados de las circunstancias personales y familiares del obligado tributario ha ido cambiando.

Como señala la Exposición de Motivos de la nueva ley del IRPF *“Hasta 1998, el tratamiento de las mismas (circunstancias personales y familiares del contribuyente) se llevaba a cabo mediante deducciones en la cuota del impuesto. Desde 1999 fueron sustituidas por un mínimo personal y familiar, deducible de la base imponible, cuya función era cuantificar aquella parte de la renta que, por destinarse a satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del contribuyente, se consideraba que no debería tributar por el Impuesto”*.

En efecto, hasta el año 1998 el impuesto gravaba la renta total del contribuyente, aplicando sobre la base liquidable un escala progresiva de tipos para, de esta forma, determinar la cuota impositiva. Una vez determinada, establecía deducciones fijas en virtud de las situaciones personales y familiares previstas en la Ley del impuesto, que se restaban a aquella, determinando la cuota líquida.

Una de las principales novedades que introdujo la Ley 40/1998 sobre el IRPF fue considerar como objeto del impuesto la renta disponible y no su renta total, eliminando consecuentemente las deducciones en cuota que atendían a las circunstancias personales y familiares del contribuyente. Para determinar esa renta disponible se acuñó el concepto de mínimo personal y familiar, que estimaba la cuantía necesaria que debía emplear el contribuyente para atender sus necesidades, personales y familiares, esenciales; y para su fijación, el legislador tomó como punto de partida la Encuesta de Presupuestos Familiares del Instituto Nacional de Estadística, que fijaba el consumo básico personal correspondiente a un adulto y a un menor.

La consecuencia era evidente. Al gravar la renta disponible, la base liquidable era sensiblemente menor y, por consiguiente, la progresividad propia del impuesto se aminoraba, lo que hacía que el beneficio fiscal derivado de idénticas circunstancias personales y familiares fuese mayor para aquellos contribuyentes con rentas más elevadas. Como acertadamente establece la Exposición de Motivos de la nueva ley del IRPF *“La consecuencia de este esquema de reducción en la base imponible, cuando se vincula a un impuesto con tarifa progresiva, es que el beneficio para el contribuyente es directamente proporcional a su nivel de renta (a mayor renta, mayor beneficio) ya que el mínimo personal y familiar opera a través del tipo marginal de cada contribuyente. Implica, por tanto, aceptar que una misma necesidad, como pudiera ser la manutención de un hijo, tenga una distinta consideración en el impuesto en función del nivel de renta de la familia”*.

Para corregir esta situación, la nueva ley del IRPF establece en su articulado que *“Constituye el objeto de este impuesto la renta del contribuyente, entendida como la totalidad de sus rendimientos, ganancias y pérdidas patrimoniales y las imputaciones de renta que se establezcan por la ley, con independencia del lugar donde se hubiesen producido y cualquiera que sea la residencia del pagador”*.

Por tanto, la capacidad económica a gravar en el IRPF a partir de 2007 ya no será la renta disponible, sino que de nuevo se atiende a la renta total. Con afán de recobrar una mayor progresividad, se vuelve al espíritu previo a la ley 40/1998 del IRPF, estableciendo una deducción en cuota para reducir la tributación atendiendo a las circunstancias familiares y personales del contribuyente.

Sin embargo, establece una diferencia esencial con la normativa previa a 1998: Se mantiene el concepto de mínimo personal y familiar -definido como *la parte de la base liquidable que, por destinarse a satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del contribuyente, no se somete a tributación por este Impuesto-*, pero no se utiliza para reducir la base imponible, como ocurría en la ley 40/1998 y en el TRLIRPF, sino que es utilizado a su vez como base sobre la que se aplicará la escala de tipos progresiva del IRPF para determinar, de esta forma, la cuota a deducir por circunstancias personales y familiares del contribuyente.

Con ello se consigue trasladar a esta nueva deducción en cuota la progresividad de tipos impositivos aplicada sobre la base liquidable, configurando el impuesto como si hasta la parte de base equivalente al mínimo personal y familiar correspondiese un tipo impositivo cero – por tanto, no se somete a tributación- y, al resto, los tipos marginales siguientes, mas elevados que en el diseño anterior.

Esta estructura supone que los contribuyentes no tributan por las primeras unidades monetarias que obtienen y que destinan a cubrir las necesidades vitales, al igual, que ocurría en la Ley 40/1998 y, posteriormente, en el TRLIRPF. No obstante, a diferencia de esa normativa, el nuevo IRPF que estará vigente a partir de 2007 aplicará tipos marginales mas elevados sobre el resto de base, dotando de esta forma de mayor progresividad al impuesto²⁴⁸.

²⁴⁸ Haciendo un símil con los métodos clásicos, previstos como medidas unilaterales por los Estados, para evitar la doble imposición internacional, podríamos decir que la normativa sobre mínimo personal y familiar y reducciones en base relacionadas con éste en la Ley 40/1998 y, posteriormente, en el TRLIRPF, aplicaba una exención absoluta de la renta necesaria para atender las necesidades esenciales del contribuyente y su familia. Esa renta no formaba parte de la base gravable.

Sin embargo, el nuevo proyecto de ley del IRPF, a imagen y semejanza del método de exención con progresividad, considera que la renta necesaria para atender las circunstancias personales y familiares del contribuyente si debe formar parte de la base gravable, si bien aplicándole un tipo impositivo 0, y correspondiéndole al exceso el tipo o tipos marginales previsto en la tarifa para los tramos sucesivos.

Pongamos un ejemplo.

Consideremos que en 2007 un contribuyente tuviese un mínimo personal y familiar y unas reducciones en base asociadas que sumasen 10.000 €y que su base liquidable fuese de 50.000 €

Con la normativa vigente hasta 2006 (Ley 40/1998 y, posteriormente, TRLIRPF) en relación al tratamiento de las circunstancias personales y familiares del contribuyente (exención absoluta), y aplicando la escala de tipos progresiva prevista en el nuevo proyecto del ley del IRPF, le correspondería la siguiente cuota:

1. Base liquidable general = Base – MPyF y otras reducciones asociadas = 40.000 €
2. Aplicación de la escala general (progresiva) estatal y autonómica sobre la BLG

4.4.2. Cuantía y reglas de determinación.-

La nueva ley del IRFP vuelve al concepto primigenio del mínimo personal y familiar establecido en la Ley 40/1998, incorporando las reducciones en la base asociadas a las circunstancias personales y familiares del contribuyente que fueron establecidas por la Ley 46/2002 y que continuaron en el TRLIRPF²⁴⁹.

A modo comparativo, indiquemos en un cuadro las cuantías previstas para el mínimo personal y familiar junto con las reducciones en base relacionadas con éste aplicables para el ejercicio 2006, así como las nuevas cuantías del mínimo personal y familiar a partir de 2007:

Base liquidable (Hasta euros)	Cuota íntegra (euros)	Resto de base liquidable (Hasta euros)	Tipo impositivo aplicable (estatal + autonómico) %
0	0	17360	24
17.360	2.718,58	15.000	28
32.360	5.459,08	7.640	37
40.000	8.285,88		

A partir de 2007, con la nueva ley del IRPF (exención con progresividad)

1. Base liquidable general = Base = 50.000 €
2. Aplicación de la escala general (progresiva) estatal y autonómica sobre la BLG

Base liquidable (Hasta euros)	Cuota íntegra (euros)	Resto de base liquidable (Hasta euros)	Tipo impositivo aplicable (estatal + autonómico) %
0	0	17360	24
17.360	2.718,58	15.000	28
32.360	5.459,08	17.640	37
50.000	11.985,88		

3. Deducción en cuota por circunstancias personales y familiares

Mínimo Personal y Familiar (Hasta euros)	Cuota íntegra (euros)	Resto de Mínimo Personal y Familiar (Hasta euros)	Tipo impositivo aplicable (estatal + autonómico) %
0	0	10.000	24
10.000	2.400		

4. Cuota Integra Total = 11.985,88 – 2.400 = 9.585,88

Por tanto, observamos como la cuota final aumenta con la nueva normativa por efecto de la mayor progresividad que implica este método.

²⁴⁹ Por tanto, a partir de 2007 el mínimo personal y familiar será de nuevo el resultado de sumar el mínimo del contribuyente y los mínimos por descendientes, ascendientes y discapacidad.

PERIODO IMPOSITIVO 2006 TRLIRPF		PERIODO IMPOSITIVO 2007 PROYECTO LEY IRPF
I. MÍNIMO PERSONAL		I+II. MINIMOPERSONAL
<i>euros anuales</i>		<i>euros anuales</i>
GENERAL	3.400	5.050
II. REDUCCIÓN EN BASE POR EL CONTRIBUYENTE		
EDAD: MAYOR 65 AÑOS	800	900
ASISTENCIA: MAYOR 75 AÑOS	1.000	1.100
DISCAPACIDAD:		
Grado entre el 33% y 65%	2.000	2.270
Grado igual o mayor 65%	5.000	6.900
GASTOS DE ASISTENCIA DEL DISCAPACITADO:		
Grado igual o mayor 65%, necesidad de ayuda de 3ª personas o movilidad reducida	2.000	2.270
III. MINIMO FAMILIAR POR DESCENDIENTES		
		III+IV MINIMO FAMILIAR
DESCENDIENTE 1º	1400	1800
DESCENDIENTE 2º	1500	2000
DESCENDIENTE 3º	2200	3600
DESCENDIENTE 4º Y SIGUIENTES	2300	4100
IV. REDUCCIÓN EN BASE POR ASCENDIENTES O DESCENDIENTES		
CUIDADO DE HIJOS DESCENDIENTE MENOR DE 3 AÑOS	1.200	2.200
EDAD: ASCENDIENTE MAYOR 65 AÑOS ó DISCAPACITADO (GRADO MAYOR 33%)	800	900
GASTOS DE ASISTENCIA: ASCENDIENTE MAYOR 75 AÑOS	1.000	1.100
DESCENDIENTE o ASCENDIENTE DISCAPACITADO	2.000	
Grado entre el 33% y 65%	5.000	2.270
Grado igual o mayor 65%		6.900
GASTOS DE ASISTENCIA DEL DESCENDIENTE/ASCENDIENTE DISCAPACITADO		
Grado igual o mayor 65%, necesidad de ayuda de 3ª personas o movilidad reducida	2.000	2.270

En el anterior cuadro, se puede constatar fácilmente que a partir de 2007, se producirá un notable ascenso en el mínimo personal y en la protección de las familias numerosas y de las personas con un grado de discapacidad igual o superior al 65€

Respecto al resto, la subida no resulta especialmente significativa, y no hace más que actualizar en términos reales las cuantías previas.

La nueva ley del IRPF mantiene, con alguna modificación puntual, los requisitos y las reglas de interpretación previstas en el TRLIRPF para determinar la cuantía de cada componente del mínimo personal y familiar.

En el TRLIRPF el mínimo personal corresponde al contribuyente y, en caso de tributación conjunta, se adicionará otro por el cónyuge no separado legalmente que forme parte de la unidad familiar. Sin embargo, en la nueva ley del IRPF, el mínimo personal general de 5.050 euros, sin que la opción por tributación conjunta permita agregar un nuevo mínimo personal por el otro cónyuge. No obstante, cuando se opte por la modalidad de tributación conjunta formada por ambos cónyuges no separados legalmente y en compensación, introduce una reducción en base por valor de 3.400 € anuales.

De igual forma, cuando se trate de la segunda modalidad de unidad familiar, esto es padre o madre con hijo o hijos que convivan con él, el proyecto de ley también prevé una reducción en base de 2.150 euros anuales. Notemos que en este último caso, el TRLIRPF preveía incrementar el mínimo personal hasta 5.550 €

A tal efecto, la nueva ley del IRPF prevé que ambas reducciones se aplicarán, en primer lugar, a la base imponible general sin que pueda resultar negativa como consecuencia de tal minoración. El remanente, si lo hubiera, minorará la base imponible del ahorro, que tampoco podrá resultar negativa. En ningún caso, el mínimo personal podrá ser aplicable a descendientes o ascendientes.

Cuando opten por la tributación conjunta, las reducciones en base contenidas en el TRLIRPF, previstas en la nueva ley del IRPF como mínimos, en concepto de edad, asistencia, discapacidad y gastos de asistencia del discapacitado serán también aplicables al cónyuge no separado legalmente, siempre que cumpla los requisitos indicados en las mismas para que le sean aplicables.

En relación al mínimo familiar, para aplicar el mínimo por descendientes se requiere que cada uno de ellos sea menor de 25 años o discapacitado cualquiera que sea su edad, siempre que conviva con el contribuyente y no tenga rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 €²⁵⁰.

Por otro lado, cuando dos o más contribuyentes tengan derecho a la aplicación del mínimo familiar respecto de los mismos descendientes, su importe se prorrateará entre ellos por partes iguales. No obstante, cuando los contribuyentes tengan distinto grado de parentesco con el descendiente, la aplicación del mínimo corresponderá a los de grado más cercano, salvo que éstos no tengan rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros, en cuyo caso corresponderá a los del siguiente grado.

Respecto a la exclusión del mínimo familiar por descendientes, en la ley vigente hasta 2007 no procedería su aplicación cuando las personas que generen el derecho a los mismos presenten declaración por este impuesto o la comunicación para solicitar devolución de cantidades. La nueva Ley del IRPF restringe esta regla de exclusión, indicando que no quedarían excluidos a efectos del cómputo como mínimo familiar aquellos que obtuviesen rentas inferiores a 1.800 €²⁵¹.

La *reducción por cuidado de hijos prevista en el TRLIRPF* se mantiene en la nueva ley del IRPF como una partida a incorporar en el mínimo por descendientes. El contribuyente tendrá derecho a practicarla en los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, con independencia de la edad del menor, en el período impositivo en que se inscriba en el Registro Civil y en los dos siguientes. Cuando la inscripción no sea necesaria, el derecho se podrá ejercitar en el período impositivo en que se produzca la resolución judicial o administrativa correspondiente y en los dos siguientes.

²⁵⁰ A estos efectos, se asimilarán a los descendientes aquellas personas vinculadas al contribuyente por razón de tutela y acogimiento, en los términos previstos en la legislación civil aplicable. Entre otros casos, se considerará que conviven con el contribuyente los descendientes que, dependiendo del mismo, estén internados en centros especializados.

²⁵¹ Notemos que en caso de fallecimiento de un descendiente que genere el derecho a mínimo por descendientes durante el período impositivo, éste no se perderá y será de 1.400 euros. De igual modo, el proyecto de Ley del IRPF amplía esta cantidad a 1.800€

En todo caso, cuando tenga lugar la adopción de un menor que hubiera estado en régimen de acogimiento o se produzca un cambio en la situación del acogimiento, la reducción por cuidado de hijos se practicará durante los periodos impositivos restantes hasta agotar el plazo máximo de los tres años. De igual modo la nueva ley del IRPF mantiene como componente del mínimo familiar, en términos similares, las reducciones por edad y asistencia que contenía el TRLIRPF. Se podrán aplicar por cada ascendiente mayor de 65 ó 75 años, respectivamente, (o discapacitado cualquiera que sea su edad) que conviva con el contribuyente y no tenga rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros²⁵².

Al igual que hemos indicado respecto a la exclusión del mínimo familiar por descendientes, no procederá la aplicación de estas partidas cuando los ascendientes presenten declaración por este Impuesto o la solicitud de devolución.

En relación con la discapacidad, el TRLIRPF señalaba que para aplicar las cuantías *por discapacidad, descendientes y ascendientes y por gastos de asistencia a discapacitados*, será necesario que estos cumplan los requisitos previstos para aplicar el mínimo por descendiente y la reducción por edad, respectivamente. Coherentemente con este planteamiento la nueva ley regula esta circunstancia dentro de los artículos que establecen el mínimo por descendientes y por ascendientes.

Las reglas comunes para las reducciones expuestas, si atendemos al TRLIRPF, o al mínimo por descendientes, ascendientes y discapacidad, si seguimos el esquema previsto en la nueva ley del IRPF, son las que siguen: En primer lugar, cuando dos o más contribuyentes tengan derecho a la aplicación de estos conceptos respecto de los mismos ascendientes, descendientes o discapacitados, su importe se prorrateará entre ellos por partes iguales²⁵³; en segundo y último lugar, la determinación de las circunstancias personales y familiares que deban tenerse en cuenta se realizará

²⁵² En relación al requisito de convivencia, será necesario que los ascendientes convivan con el contribuyente, al menos, la mitad del período impositivo, considerándose, entre otros casos, que conviven con el contribuyente los ascendientes discapacitados que, dependiendo del mismo, sean internados en centros especializados.

²⁵³ No obstante, cuando los contribuyentes tengan distinto grado de parentesco con el ascendiente o descendiente, la aplicación de la reducción corresponderá a los de grado más cercano, salvo que éstos no tengan rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros, en cuyo caso corresponderá a los del siguiente grado.

atendiendo a la situación existente en la fecha de devengo del Impuesto (habitualmente el 31 de diciembre de año natural, salvo fallecimiento previo del contribuyente).

En relación con la forma de integración y compensación del mínimo personal y familiar, se ha de tener en cuenta que cuando se integra como reducción en base en el TRLIRPF, el mínimo personal y familiar de cada contribuyente y sus reducciones asociadas se aplicarán, en primer lugar, a reducir las rentas generales del periodo impositivo, sin que la base resultante, pueda resultar negativa. El remanente, si lo hubiera, se aplicará a reducir las rentas especiales de la base del período impositivo. Mientras que la nueva ley, si bien presenta una mecánica es similar, tiene presente la integración del mínimo personal en el cálculo del impuesto como deducción en cuota por gastos familiares y personales. Esta deducción minoraría la cuota íntegra resultante de aplicar la escala progresiva a la base liquidable general, sin que la cuota final pueda resultar negativa. De igual modo el remanente, si lo hubiera, se aplicará a reducir la cuota especial del período impositivo²⁵⁴.

4.5. El servicio domestico.-

La Resolución de la DGT 1621/2004, aborda una cuestión especialmente sensible en relación al objeto de nuestro estudio. El consultante, debido a la situación personal en que se encuentra, se ve en la necesidad de contratar a una empleada de hogar para que le atienda de día y de noche, lo cual le comporta el abono de determinadas cantidades. Debido a ello, eleva consulta al citado organismo para que se pronuncie sobre la posible deducibilidad de las citadas cantidades en la declaración del IRPF.

En su contestación, la DGT recuerda que *“La Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias (BOE del día 10) define como objeto del Impuesto la renta disponible, entendiendo como tal la renta que puede utilizar el contribuyente tras atender a sus necesidades básicas y las de las personas que de él dependan. Para ello, se declara la exención de unos mínimos que pueden variar según las circunstancias personales y familiares del contribuyente,*

²⁵⁴ En todo caso, advertimos que el si el mínimo personal y familiar fuese superior a las rentas obtenidas por el contribuyente, el exceso se perdería y no podría ser compensado en otros periodos impositivos.

es decir, se han introducido unos mínimos exentos que se aplicarán con carácter general por todos los contribuyentes, los cuales se han determinado de acuerdo con unos mínimos vitales calculados a partir de datos estadísticos. La fijación de los mínimos personal y familiar no es arbitraria, sino que toma como punto de partida la Encuesta de Presupuestos Familiares del Instituto Nacional de Estadística, que fija en 3.104 euros el consumo básico personal correspondiente a un adulto y en 1.241, 60 euros el correspondiente a un menor. Frente a estas cifras, la Ley del Impuesto establece en 3.400 euros anuales el mínimo personal y configura el mínimo por hijos de acuerdo con las siguientes cantidades: - 1.400 euros anuales por el primero. - 1.500 euros anuales por el segundo. - 2.200 euros anuales por el tercero. - 2.300 euros anuales por el cuarto y siguientes. Junto a estos mínimos, la Ley incorpora una serie de reducciones en la base imponible, a saber: - Reducción por rendimientos del trabajo. - Reducción por prolongación de la actividad laboral. - Reducción por movilidad geográfica. - Reducción por cuidado de los hijos. - Reducción por edad. - Reducción por asistencia. - Reducción por discapacidad. El hecho de que la Ley del Impuesto no incluya una consideración expresa de las cantidades abonadas a personas que realicen tareas domésticas en el domicilio del contribuyente no implica que las mismas no hayan sido tenidas en cuenta, pues la propia existencia de alguna de estas reducciones y su cuantía están condicionadas en parte, y en mayor medida en unas que en otras, por la necesidad del contribuyente de contratar a personas para la prestación de servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar (relación laboral de carácter especial regulada por el RD 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar, BOE del día 13)”.

Pese a que la nueva ley del IRPF cambia el objeto del tributo y regresa a la renta total del contribuyente como renta gravable, sigue manteniendo el concepto de mínimo personal y familiar, aplicando un tipo cero a la parte de la base a la que éste alcance. Por tanto, se sigue sin gravar la parte de la base destinada a satisfacer las necesidades esenciales del contribuyente y su familia, y en la determinación de la cuantía que en cada caso cubriría esas necesidades, se sigue obteniendo una mayor o menor cantidad en virtud de las mismas variables: Número de ascendientes y descendientes que conviven con el contribuyente; número de descendientes menores de tres años que conviven con el contribuyente; grado de discapacidad del contribuyente, de algún ascendiente o de algún descendiente. En su caso, también del cónyuge; opción de tributación conjunta o

individual; en el caso de optar por la tributación conjunta, modalidad de unidad familiar; edad del contribuyente y, en su caso, del cónyuge.

La nueva ley del IRPF, pese a que a primera vista parece que el legislador sigue apostando por fijar cantidades a tanto alzado en virtud de cada una de estas situaciones previstas, y por tanto, por ignorar los gastos reales que pueda acometer el contribuyente para satisfacer esas necesidades vitales, propias y de su familia, entre las cuales, a nuestro juicio, podrían encuadrarse los gastos de servicio doméstico, creemos que por primera vez se produce un giro sustancial en esta materia.

En efecto, introduce una exención en su art.7 x) que recaerá sobre las prestaciones económicas públicas vinculadas al servicio, para cuidados en el entorno familiar y de asistencia personalizada que se derivan de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

Por su parte, la ley de dependencia, prevé en la Sección II del Capítulo II prestaciones del sistema, un catálogo de servicios²⁵⁵ que deberán prestar las instituciones públicas directamente o a través de entidades concertadas; y prestaciones económicas, que se reconocerán cuando no sea posible el acceso a un servicio público o concertado de atención o cuidado, y que supondrán una ayuda monetaria directa que podrá ser dos tipos:

- a) Para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, prevista en el art.18²⁵⁶.

²⁵⁵ El Artículo 15 dispone el siguiente Catálogo de servicios: a) Servicio de Prevención de las situaciones de dependencia. b) Servicio de Teleasistencia. c) Servicio de Ayuda a domicilio: -Atención de las necesidades del hogar.-Cuidados personales. d) Servicio de Centro de Día y de Noche: -Centro de Día para mayores.-Centro de Día para menores de 65 años.-Centro de Día de atención especializada.-Centro de Noche. e) Servicio de Atención Residencial:-Residencia de personas mayores en situación de dependencia.-Centro de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad.

²⁵⁶ El artículo 18 dispone que:

“1. Excepcionalmente, cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar, y se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 14.4, se reconocerá una prestación económica para cuidados familiares.

2. Previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se establecerán las condiciones de acceso a esta prestación, en función del grado y nivel reconocido a la persona en situación de dependencia y de su capacidad económica.

- b) De asistencia personal, indicada en el art.19 del mismo texto. La prestación económica de asistencia personal tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas con gran dependencia. Su objetivo es contribuir a la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria. Previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se establecerán las condiciones específicas de acceso a esta prestación.

Por tanto, en estos casos tasados, la contratación del servicio domestico será sufragada total o parcialmente a través de estas prestaciones y, además, dichas prestaciones quedarán exentas en el IRPF del beneficiario.

4.6. Deducciones establecidas por las Comunidades Autónomas de régimen común.-

En el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas las Comunidades Autónomas de régimen común han adoptado las siguientes deducciones de aplicación en la cuota autonómica que afectan a la familia.

3. *El cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente.*

4. *El Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia promoverá acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporarán programas de formación, información y medidas para atender los periodos de descanso”.*

Mientras que el Artículo 19 establece que:

“La prestación económica de asistencia personal tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas con gran dependencia. Su objetivo es contribuir a la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria. Previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se establecerán las condiciones específicas de acceso a esta prestación”.

4.6.1. Por familias numerosas.-

Las Comunidades Autónomas que tienen establecida una deducción en la cuota íntegra autonómica del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, son Castilla y León, Galicia y Valencia.

En relación con la Comunidad Autónoma de Castilla y León, desde el año ejercicio 1998 se estableció la deducción para familias numerosas. En la actualidad²⁵⁷ el importe de la deducción asciende a 240,98 euros por familia numerosa, incrementándose la deducción en 107,10 euros por cada descendiente, a partir del cuarto inclusive, a los que sea de aplicación el mínimo por descendientes regulado en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas²⁵⁸.

La Comunidad Autónoma de Galicia a partir del ejercicio de año 2000 incluye en su normativa la deducción por familias numerosas, pudiendo el contribuyente, que ostente el título de familia numerosa en la fecha del devengo del impuesto, deducirse en la actualidad²⁵⁹ las siguientes cantidades, a) 250 euros, cuando se trate de familia numerosas de categoría genera, b) 400 euros, cuando se trate de familias numerosas de categoría especial.

Para el ejercicio 2002 se establece por la Comunidad Autónoma de Valencia la deducción por familias numerosas como un elemento más de apoyo a la familia, previendo beneficios de distinta cuantía en función de las distintas categorías de familiares previstas por la normativa específica y venía a complementar la deducción ya prevista para los casos de nacimiento. En la actualidad²⁶⁰ el contribuyente que ostente a la fecha del devengo del impuesto el título de familia numerosa podrá deducirse la

²⁵⁷ Art.3 del Decreto Legislativo 1/2006, de 25 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad de Castilla y León en materia de tributos cedidos por el Estado, (BO Castilla y León, núm.104, de 31 de mayo de 2006).

²⁵⁸ Para la aplicación de la deducción el contribuyente deberá estar en posesión del documento acreditativo expedido por el órgano de dicha Comunidad competente en la materia y que reúna los requisitos de familia numerosa de acuerdo con lo recogido en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

²⁵⁹ Art.1.Uno.1 de la Ley 14/2004, de 29 de diciembre, de medidas tributarias y de régimen administrativo

²⁶⁰ Art.4.Uno.d) de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, por el que se regula el tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y restantes tributos cedidos, en redacción dada por el art.30 de la Ley 14/2005, de 23 de diciembre, de medidas Fiscales, de Gestión Financiera y Administrativa y de Organización de la Generalitat.

cantidad de 190 euros, cuando se trate de familia numerosa de categoría general o, 435 euros, cuando se trate de familia numerosa de categoría especial²⁶¹.

La Comunidad Autónoma de Valencia recoge expresamente la compatibilidad de esta deducción con las deducciones por nacimiento o adopción de un hijo, por nacimiento o adopción múltiples y por el nacimiento o adopción de hijo discapacitado, mientras que las otras dos Comunidades no dicen nada respecto, aunque debemos entender que también será de aplicación aquellas otras deducciones siempre que concurren los requisitos para su aplicación.

4.6.2. Nacimiento.-

Las Comunidades Autónomas han establecido deducciones en la cuota íntegra autonómica del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tomando como presupuesto generador común el nacimiento de un hijo. No obstante, partiendo del mismo, nos podemos encontrar diferentes campos de actuación que vienen delimitados por distintos aspectos que conforman el verdadero alcance de las deducciones.

Dentro del presupuesto básico del nacimiento o de la llegada de un nuevo descendiente al núcleo familiar, podemos distinguir las siguientes situaciones recogidas en las distintas deducciones aprobadas por las Comunidades Autónomas de régimen común: a) por nacimiento²⁶²; b) por nacimiento del segundo hijo²⁶³; c) por nacimiento del tercer hijo²⁶⁴; d) por parto múltiple²⁶⁵.

²⁶¹ En las dos primeras las cuantías de deducción se incrementa cuando alguno de los miembros de la unidad familiar tienen la condición de discapacitado, como después analizaremos, y las tres Comunidades, establecen la posibilidad de prorratear por partes iguales el importe de la deducción cuando más de un contribuyente tenga derecho a la aplicación de esta deducción.

²⁶² Las Comunidades Autónomas de Canarias, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Cataluña, Galicia, Madrid y Valencia.

²⁶³ Las Comunidades Autónomas de Aragón y La Rioja.

²⁶⁴ Las Comunidades Autónomas de Andalucía y Aragón.

²⁶⁵ Las Comunidades Autónomas de Andalucía, Galicia, Madrid, La Rioja y Valencia.

a) Deducciones autonómicas por nacimiento de un hijo.-

La Comunidad Autónoma de Canarias²⁶⁶ ha creado una deducción por cada hijo nacido en el período impositivo que se integre en la unidad familiar del contribuyente en la fecha del devengo del impuesto. Las cantidades a deducir dependerá del número de hijos, así, para el primero o segundo hijo integrado en la unidad familiar el importe será de 150 euros; cuando se trate del tercero, 300 euros; el cuarto, 500 euros; y, por el quinto o sucesivos, podrán deducirse 600 euros.

La Comunidad Autónoma de Castilla y León²⁶⁷, en términos parecidos a la de Canarias, fija una deducción por el nacimiento durante el período impositivo de hijos que generen el derecho a la aplicación del mínimo por descendientes regulado en la normativa del Impuesto sobre la Renta de la Personas Físicas, con los siguientes importes: por el primer hijo, 107,10 euros; por el segundo hijo, 267,75 euros, por el tercero y sucesivos 535,50 euros.

La Comunidad Autónoma de Madrid²⁶⁸ establece la deducción de las siguientes cantidades por cada hijo nacido en el período impositivo, 600 euros por el primer hijo; 750 euros por el segundo y 900 euros cuando se trate del tercer hijo o sucesivos. Además, para poder aplicar dicha deducción, se exige que la renta del período impositivo obtenida por el contribuyente no podrá ser superior a 24.700 euros en tributación individual o a 34.900 euros en tributación conjunta.

Por su parte, la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha²⁶⁹ tiene establecida una deducción de 100 euros por cada hijo nacido en el período impositivo, siempre que genere el derecho a la aplicación del mínimo por descendientes recogido en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

²⁶⁶ Artículo 6 de la Ley 10/2002, de 21 de noviembre, por la que se regula el tramo autonómico sobre la Renta de las Personas Físicas en la Comunidad Autónoma de Canarias (BOC núm.157, de 27 de noviembre de 2002), incorporado por el art.1.Cuatro de la Ley 2/2004, de 28 de mayo, de Medidas Fiscales y Tributarias, con efectos a partir del 1 de enero de 2004 y con nueva redacción a partir del 1 de enero de 2005 dada por la Disposición Adicional 15.3 de la Ley 9/2005, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2006.

²⁶⁷ Art.4 del Decreto Legislativo 1/2006, de 25 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad de Castilla y León en materia de tributos cedidos por el Estado, (BO Castilla y León, núm.104, de 31 de mayo de 2006).

²⁶⁸ Art.1.Uno de la Ley 7/2005, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas

²⁶⁹ Artículo de Ley 17/2005, de 29 de diciembre, de medidas en materia de Tributos cedidos, con efectos a partir del 1 de enero de 2005 en relación con la deducción comentada.

En parecidos términos, la Comunidad Autónoma de Cataluña²⁷⁰, establece la deducción por el nacimiento de un hijo, cuantificándose en 300 euros en el caso de declaraciones conjuntas y 150 euros en las declaraciones individuales del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

La Comunidad Autónoma de Galicia²⁷¹ también tiene establecida la deducción por hijo nacido en el período impositivo, que conviva con el contribuyente en la fecha del devengo del impuesto, siendo su importe de 300 euros. En este caso, a diferencia de las Comunidades Autónomas anteriores, la deducción se puede aplicar a los dos periodos impositivos siguientes al del nacimiento, siempre que se mantenga el requisito de la convivencia y, además, la parte general y especial de la base imponible este comprendida entre 22.001 y 31.000 euros (importe de la deducción será de 300 euros), o fuera menor o igual a 22.000, (en este caso, el importe de la deducción sería de 360 euros).

En parecidos términos, la Comunidad Valenciana²⁷² ha regulado una deducción por el nacimiento de cada un hijo durante el periodo impositivo, su cuantía alcanza los 255 euros, con la particularidad de la exigencia de la convivencia con el contribuyente de manera ininterrumpida desde su nacimiento hasta el final del periodo impositivo. Al igual que la Comunidad Autónoma de Galicia, esta deducción se podrá aplicar también en los dos ejercicios posteriores al nacimiento, siempre que la base liquidable general del contribuyente no sea superior a 22.219 euros en declaración individual, o a 32.218 euros, en declaración conjunta y que la base liquidable especial del contribuyente no sea superior a 635 euros en cualquier régimen de declaración²⁷³.

²⁷⁰ Art.1.3 de la Ley 21/2001, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas.

²⁷¹ Art.1.Uno.1 de la Ley 14/2004, de 29 de diciembre, de medidas tributarias y de régimen administrativo.

²⁷² Art.4.Uno.a) de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, por el que se regula el tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y restantes tributos cedidos, en redacción dada por el art.30 de la Ley 14/2005, de 23 de diciembre, de medidas Fiscales, de Gestión Financiera y Administrativa y de Organización de la Generalitat.

²⁷³ En todos los casos, se recoge que ante una convivencia conjunta con ambos progenitores, la deducción se podrá practicar por partes iguales en la declaración de cada uno de ellos, o la totalidad, en el caso de declaración conjunta.

b) Por nacimiento del segundo hijo.-

La Comunidad Autónoma de Aragón²⁷⁴, desde al año 2005, establece la posibilidad de aplicar la deducción por nacimiento o adopción del segundo hijo en atención al grado de discapacidad. De esta forma el nacimiento del segundo hijo, cuando éste presente un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100, otorgará el derecho a una deducción sobre la cuota íntegra del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, de 500 euros, aplicándose únicamente en el periodo impositivo en que dicho nacimiento se produzca o, de 600 euros cuando la suma de la parte general y de la aparte especial de la base imponible de todas las personas que formen para de la unidad familiar no exceda de 32.500 euros.

Por su parte, sin condicionar la deducción a la discapacidad del nacido, la Comunidad Autónoma de La Rioja, tiene establecida una deducción por nacimiento del segundo o ulterior hijo²⁷⁵. En este caso, por cada hijo nacido a partir del segundo, que conviva con el contribuyente en la fecha del devengo del impuesto, se podrá deducir la cantidad de 150 euros, cuando se trate del segundo o, 180 euros cuando se trate del tercero y sucesivos²⁷⁶.

c) Por nacimiento del tercer hijo.-

Como hemos visto, existe un grupo de Comunidades que establecen la deducción por nacimiento de hijos fijando distintas cuantías atendiendo al orden numérico del nacimiento, sin embargo, existe otro grupo de Comunidades Autónomas que configuran la deducción por nacimiento de un nuevo hijo a partir del tercer o

²⁷⁴ Art.110-2 del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos.

²⁷⁵ Art.2.a) de la Ley 23/2005, de 16 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas para el año 2006.

²⁷⁶ Cuando los hijos nacidos o adoptados en el período impositivo convivan con ambos progenitores o adoptantes, el importe de la deducción, en el caso de que no se opte por presentar una sola declaración, se practicará por partes iguales en la declaración de cada uno, no siendo obstáculo para su aplicación el hecho de que el hijo nacido o adoptado tenga la condición de segundo o ulterior tan sólo para uno de los progenitores, manteniéndose el derecho de ambos progenitores a aplicarse la deducción.

sucesivos, no pudiendo aplicarse la deducción, cuando se trate del primer o segundo hijo²⁷⁷.

La Comunidad Autónoma de Andalucía establece la posibilidad, para aquellos sujetos pasivos, que tengan derecho a percibir ayudas económicas en aplicación de la normativa de la dicha Comunidad de apoyo a las familiar andaluzas, de deducirse en la cuota íntegra autonómica del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la cantidad de 50 euros por hijo menor de tres años²⁷⁸.

Por tanto, dicha ayuda surge cuando nace el tercero de los hijos o sucesiones y tengan, en ese momento, otro menor de tres años. Aunque la redacción de la deducción autonómica no esta haciendo referencia a que el nuevo nacimiento sea el tercer o sucesivo hijo/a, al remitirse a la anterior normativa habrá que reunir los requisitos en ella establecidos para poder aplicar la deducción autonómica en la cuota íntegra complementaria del IRPF²⁷⁹.

En términos diferentes, la Comunidad Autónoma de Aragón²⁸⁰ tiene establecida una deducción sobre la cuota íntegra autonómica del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por el nacimiento el tercer hijo o sucesivos. Como regla general el importe de la deducción será de 500 euros, si la suma de la parte general y de la parte especial de la base imponible de todas las personas que formen parte de la unidad familiar no exceda de 32.500 euros, el importe de la deducción será de 600 euros.

²⁷⁷ En este grupo, nos encontramos con dos Comunidades Autónomas, que han optado por este tipo de deducción por nacimiento de hijos, la Comunidad de Andalucía y la Comunidad de Aragón.

²⁷⁸ Por tanto, habrá que esta la normativa de apoyo a las familiar andaluzas para saber cuándo es de aplicación la deducción en el anterior impuesto. La normativa es el Decreto 137/2002 de 30 de abril, de Apoyo a las Familias Andaluzas y la Orden de 6 de mayo de 2002, por la que se regulan ayudas económicas por menores y partos múltiples, recogiendo en su artículo 4 unas ayudas económicas para las familias andaluzas cuando al nacer su tercer o sucesivo hijo/a tengan otro o más hijos/as menores de tres años. A estos efectos, se entenderán equiparados al nacimiento las adopciones y acogimientos familiares permanentes o preadoptivos.

²⁷⁹ Los requisitos para la obtención de la ayuda son: a) Que los ingresos de la unidad familiar no superen los establecidos en la Disposición Adicional primera, [Familias de 3 miembros = 6 SMI. A partir del tercer miembro, se añadirá 1 SMI por cada nuevo miembro de la unidad familiar]; b) Que el/la solicitante ostente la guarda de los menores, como titular de la patria potestad o de un acogimiento familiar permanente o preadoptivo; c) Que permanezcan las condiciones que permitieron su concesión, en el caso de que la prestación se mantenga más de un año; d) Que el/la menor de tres años que genera el derecho no haya sido considerado/a para la concesión de otra ayuda anterior por este mismo concepto; e) Que los sujetos pasivos estén empadronados en un municipio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

²⁸⁰ Art.110-1 del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos.

Además, esta deducción será de aplicación únicamente en el período impositivo en que dicho nacimiento se produzca y, en caso de declaración individual, si el hijo que da derecho a la deducción, convive con más de un contribuyente, el importe de la deducción se prorrateará por partes iguales en la declaración de cada uno de ellos.

d) Por parto múltiple.-

La Comunidad Autónoma de Andalucía, para los supuestos de parto múltiple, establece una deducción en la cuota íntegra autonómica cuantificada en 50 euros por hijo²⁸¹, siempre que tuviera derecho a percibir ayudas económicas por parto múltiple, es decir, al igual que la deducción por nacimiento comentada anteriormente, queda condicionada a la concurrencia de los requisitos recogidos en el artículo 5 del Decreto 137/2002 y a la Orden de 6 de mayo de 2002²⁸².

Por su parte la Comunidad Autónoma de Galicia, incrementa el importe de la deducción por nacimiento de hijos de 300 euros a 360 euros, por cada hijo, cuando se trate de parte múltiple²⁸³, recogándose la posibilidad de poder practicar la deducción en los dos períodos impositivos siguientes si no se supera un determinado nivel de renta.

La Comunidad Autónoma de Madrid²⁸⁴, también establece un incremento de la deducción por nacimiento de hijos en el caso de partos múltiples, incrementando en 600 euros, por cada hijo, las cuantías establecidas en relación con la deducción por nacimiento, es decir, por primer hijo 600, por el segundo 750 euros y por el tercero y sucesivos 900 euros.

²⁸¹ Art.2 de la Ley 10/2002, de 21 de diciembre, por la que se aprueban normas en materia de tributos cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y financieras, (BOJA de 24 de diciembre de 2002 y BOE de 16 de enero de 2003)

²⁸² Dicha norma establece los siguientes requisitos para tener derecho a percibir ayudas económicas por parto múltiple y, por tanto, para poder aplicar la deducción: a) que los ingresos de la unidad familiar no superen los establecidos en la Disposición Adicional primera (familias de 3 miembros = 6 SMI, a partir del tercer miembro, se añadirá 1 SMI por cada nuevo miembro de la unidad familiar); b) que el/la solicitante ostente la guarda de los/as menores, como titular de la patria potestad o de un acogimiento familiar permanente o preadoptivo; c) que se mantengan las condiciones que permitieron su concesión, en el segundo y tercer año; d) la ayuda se percibirá durante los tres primeros años de vida de los hijos nacidos por parto múltiple; e) que los sujetos pasivos estén empadronados en un municipio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

²⁸³ Art.1.Uno.1 de la Ley 14/2004, de 29 de diciembre, de medidas tributarias y de régimen administrativo.

²⁸⁴ Art.1.Uno de la Ley 7/2005, de 23 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas (BOCM núm.311, de 30 de diciembre de 2005)

En la misma línea anterior, la Comunidad Autónoma de La Rioja²⁸⁵, también incrementa la deducción por nacimiento del segundo o ulterior hijo (150 euros, cuando se trate del segundo o 180 euros cuando se trate del tercero y sucesivos) en 60 euros, en el caso de nacimientos múltiples.

Por último, la Comunidad Autónoma de Valencia en lugar de incrementar la deducción por nacimiento, establece expresamente una deducción por nacimiento múltiple, cuantificada en 210 euros por el nacimiento durante el período impositivo, como consecuencia de parto múltiple y siempre que los hijos hayan convivido con el contribuyente ininterrumpidamente desde su nacimiento hasta el final del citado período. Además, esta deducción es compatible con la deducción por nacimiento y con la deducción por nacimiento de hijo discapacitado, por lo que puede darse la situación que las tres deducciones puedan ser de aplicación de manera conjunta.

4.6.3. Por adopción.-

a) Por adopción.-

Las mismas deducciones comentadas anteriormente, en relación con el nacimiento de un hijo, son de aplicación en el caso de adopción, debido a que dichas Comunidades Autónomas²⁸⁶ llevan a cabo la equiparación entre el hijo nacido en el seno familiar con la adopción. Ambas situaciones, por tanto, dan lugar a la aplicación de la misma deducción.

Así, la deducción comentada anteriormente en relación con el nacimiento de un hijo establecida por la Comunidad Autónoma de Canarias²⁸⁷, será de aplicación para los

²⁸⁵ Art.2.a) de la Ley 13/2005, de 16 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas para el año 2006, (BOLR núm.170, de 27 de diciembre de 2005, BOE de 18 de enero de 2006).

²⁸⁶ Comunidades Autónomas de Canarias, Castilla y León, Castilla y La Mancha, Cataluña, Galicia, Madrid y Valencia.

²⁸⁷ Artículo 6 de la Ley 10/2002, de 21 de noviembre, por la que se regula el tramo autonómico sobre la Renta de las Personas Físicas en la Comunidad Autónoma de Canarias (BOC núm.157, de 27 de noviembre de 2002), incorporado por el art.1.Cuatro de la Ley 2/2004, de 28 de mayo, de Medidas Fiscales y Tributarias, con efectos a partir del 1 de enero de 2004 y con nueva redacción a partir del 1 de

supuestos de hijos adoptados durante el período impositivo; y, de igual forma, la establecida por las Comunidades Autónomas de Castilla y León²⁸⁸, Castilla-La Mancha²⁸⁹; Cataluña²⁹⁰; Galicia²⁹¹; y, la Comunidad Autónoma Madrid²⁹².

La Comunidad Valenciana²⁹³, ha regulado una deducción por la adopción, de cada un hijo durante el periodo impositivo de 255 euros, con la particularidad de la exigencia de la convivencia con el contribuyente de manera ininterrumpida desde su adopción hasta el final del periodo impositivo. Al igual que la Comunidad Autónoma de Galicia, esta deducción se podrá aplicar también en los dos ejercicios posteriores al de adopción, siempre que la base liquidable general del contribuyente no sea superior a 22.219 euros en declaración individual, o a 32.218 euros, en declaración conjunta y que la base liquidable especial del contribuyente no sea superior a 635 euros en cualquier régimen de declaración.

b) Por adopción del segundo o ulterior hijo.-

La Comunidad Autónoma de Aragón, igual que la comentada anteriormente, establece la deducción por adopción del segundo hijo en atención al grado de discapacidad equiparándola con el nacimiento de segundo hijo.

La Comunidad Autónoma de La Rioja²⁹⁴, tiene establecida una deducción por cada hijo adoptado, a partir del segundo, que conviva con el contribuyente en la fecha del devengo. Su importe es de 150 euros, cuando se trate del segundo y de 180 euros cuando se trate del tercero y sucesivos, siendo indiferente que el adoptado, con la condición de segundo o ulterior, tan sólo lo sea para uno de los progenitores.

enero de 2005 dada por la Disposición Adicional 15.3 de la Ley 9/2005, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2006.

²⁸⁸ Art.4 del Decreto Legislativo 1/2006, de 25 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad de Castilla y León en materia de tributos cedidos por el Estado, (BO Castilla y León, núm.104, de 31 de mayo de 2006).

²⁸⁹ Artículo de Ley 17/2005, de 29 de diciembre, de medidas en materia de Tributos cedidos, con efectos a partir del 1 de enero de 2005 en relación con la deducción comentada.

²⁹⁰ Art.1.3 de la Ley 21/2001, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas.

²⁹¹ Art.1.Uno.1 de la Ley 14/2004, de 29 de diciembre, de medidas tributarias y de régimen administrativo

²⁹² Art.1.Uno de la Ley 7/2005, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas

²⁹³ Art.4.Uno.a) de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, por el que se regula el tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y restantes tributos cedidos, en redacción dada por el art.30 de la Ley 14/2005, de 23 de diciembre, de medidas Fiscales, de Gestión Financiera y Administrativa y de Organización de la Generalitat.

²⁹⁴ Art.2.a) de la Ley 13/2005, de 16 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas para el año 2006.

c) Por adopción del tercer hijo.-

Las Comunidades Autónomas de La Rioja y Valencia recogen el supuesto de adopción múltiple como presupuesto generador de una deducción en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En relación con la primera, la deducción por adopción múltiple, incrementa en 60 euros, la deducción por adopción del segundo o ulterior hijo. En la segunda, por adopciones múltiples durante el período impositivo, el importe de la deducción es de 210 euros, siempre que el adoptado haya convivido con el contribuyente ininterrumpidamente, desde su nacimiento o adopción hasta el final del citado período. Además, esta deducción es compatible con la deducción por adopción de un hijo y la deducción por adopción de hijo discapacitado, con un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100.

d) Por adopción internacional.-

La Comunidad Autónoma de Andalucía, para el ejercicio 2004 y siguientes²⁹⁵, establece una deducción por adopción internacional que pretende fomentar, de una parte, la figura de la adopción como medio de integración familiar²⁹⁶, y de otra, la solidaridad con los pueblos más desfavorecidos.

La medida creada consiste en una deducción en la cuota íntegra del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, cuantificada en 600 euros por cada hijo adoptado en el período impositivo en el que se haya inscrito la adopción en el Registro Civil. Además, solamente podrán aplicarla, aquellos contribuyentes cuya base imponible general no sea superior a 36.000 euros, en caso de tributación individual o, a 44.000 euros en caso de tributación conjunta. Esta deducción es compatible con la deducción para beneficiarios de ayudas familiares comentada anteriormente.

²⁹⁵ Art. 1 de la Ley 18,2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas (BOEJ de 31 de diciembre de 2003 y BOE de 30 de enero de 2004).

²⁹⁶ Paliando en cierta medida los gastos soportados con ocasión de la tramitación de este tipo de adopciones, facilitando la adopción a las familias con menos recursos.

Otra de las Comunidades Autónomas que ha establecido una deducción en relación con la adopción internacional de niños es la de Aragón regulada²⁹⁷ en términos muy parecidos a la andaluza, ya que el importe de la deducción es de 600 euros por cada hijo adoptado en el periodo impositivo en los casos de adopción internacional formalizada en los términos regulados en la legislación vigente y de acuerdo con los Tratados y Convenios suscritos por España. En este caso, la deducción también es compatible con la deducción por nacimiento o adopción de hijos comentada anteriormente, pero a diferencia de la medida andaluza no se establece un límite cuantitativo de la base imponible del impuesto para su aplicación.

La Comunidad de Castilla y León para el ejercicio de 2005, mediante la Ley 9/2004, de 28 de diciembre, crea una nueva deducción por adopción internacional manteniéndose para el ejercicio de 2006²⁹⁸. El importe de la deducción para los supuestos de adopción internacional, realizada según la legislación vigente y de acuerdo con los Tratados y Convenios suscritos por España, es de 612 euros por cada hijo adoptado en el período impositivo. Se establece la compatibilidad con la deducción por nacimiento y adopción establecida por esta Comunidad y, además, no establece limitación cuantitativa de la base imponible del IRPF para su aplicación.

La Comunidad pionera en relación con esta deducción por adopción internacional ha sido la de Madrid, que la estableció en su Ley13/2002, de 20 de diciembre, manteniéndose hasta nuestros días²⁹⁹. La cuantifica la deducción alcanza a 600 euros por cada hijo adoptado en el período impositivo, en los supuestos de adopción internacional de niños. Deducción compatible con la prevista para la adopción de hijos y sin límites cuantitativos de renta en cuanto a su aplicación. En los casos de tributación individual la deducción se prorrateará por partes iguales en la declaración de cada uno de los padres adoptivos.

²⁹⁷ Art. 2 de la Ley 26/2003, de 30 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas, (BOA de 31 de diciembre de 2003 y BOE de 6 de enero de 2004).

²⁹⁸ Art.4 Decreto Legislativo 1/2006, de 25 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales de la Comunidad de Castilla y León en materia de tributos cedidos por el Estado, (BO CyL núm.104, de 31 de mayo de 2006).

²⁹⁹ Art.1.Dos de la Ley 7/2005, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, (BOCM núm.311, de 30 de diciembre de 2005).

4.6.4. Por guardería y estudios.-

En menor medida, algunas de las Comunidades Autónomas de régimen común, han establecido alguna deducción en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que tienen como objetivo favorecer algún aspecto de los estudios realizados por el contribuyente o alguno de los miembros de la unidad familiar.

a) Deducción por gastos de adquisición de libros.-

La Comunidad Autónoma de Baleares³⁰⁰, establece una deducción autonómica por gastos de adquisición de libros de texto. En este caso, se establecen distintos importes a deducir de la cuota íntegra autonómica, atendiendo a la parte general de la renta del periodo impositivo y al concepto de gastos en libros de texto editados para el desarrollo y la aplicación de los currículos correspondientes al segundo ciclo de educación infantil, a la educación primaria, a la educación secundaria obligatoria, al bachillerato y a las ciclos formativos de formación profesional específica. Dicha deducción no será de aplicación, cuando la parte general de la renta del período, sea superior a 24.000 euros en declaración conjunta o, a 12.000 euros en tributación individual y, además, sólo podrán tenerse en cuenta los hijos que, a su vez, den derecho a la reducción prevista en concepto de mínimo familiar.

b) Gastos en guardería y centros escolares .-

Desde el ejercicio 2004, la Comunidad Autónoma de Canarias, tiene establecida una deducción por gastos de guardería de hijos menores de tres años³⁰¹. En este caso, el importe a deducir será el 15 por 100 de las cantidades satisfechas en el período impositivo por gastos de custodia en guarderías de niños menores de tres años, con un máximo de 180 euros anuales por cada niño³⁰².

³⁰⁰ Art.2 de la Ley 8/2004, de 23 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y de función pública.

³⁰¹ Nueva redacción del art.6 dada por la por disp. adic. 15.3 de Ley 9/2005, de 27 diciembre, Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2006, con efecto desde el 1-1-2005. Artículo 6 incorporado por el art.1. Cuarto de la de Ley 2/2004, de 28 mayo, de Medidas Fiscales y Tributarias, (BOC núm.107, de 4 junio 2004), con efectos desde el 1 de enero de 2004.

³⁰² Como requisitos para se aplicación es necesario la concurrencia de: a) Que el contribuyente ostente la patria potestad o la tutela del niño menor de tres años, b) Que los titulares de la patria potestad o tutela

A diferencia de la anterior, la Comunidad Autónoma de Castilla-León, tiene establecida una deducción por cuidado de hijos menores³⁰³, que podrán disfrutar los contribuyentes que por motivos de trabajo, por cuenta propia o ajena, tengan que dejar a sus hijos menores al cuidado de una persona empleada de hogar o en guarderías o centro escolares. El importe de la deducción es del 30 por ciento de las cantidades satisfechas en el período impositivo por tal concepto, con el límite máximo de 315 euros³⁰⁴.

La Comunidad Autónoma de Murcia tiene establecida la deducción autonómica por gastos de guardería para hijos menores de tres años³⁰⁵, siendo su importe el obtenido de aplicar 15 por ciento de las cantidades satisfechas en el período impositivo por gastos de custodia en guarderías y centros escolares de hijos menores de tres años, con un límite máximo de 200 euros anuales en caso de tributación individual y 400 euros en caso de tributación conjunta³⁰⁶.

hayan trabajado fuera del domicilio familiar al menos 900 horas en el período impositivo, y que ninguno de ellos haya obtenido rentas superiores a 50.000 euros en este período, incluidas las exentas. Este importe se incrementará en 10.000 euros, en el supuesto de opción por tributación conjunta. Además establece la posibilidad que en el caso de tributación individual, el importe de la deducción se podrá prorratear por partes iguales, aclarándose que se entiende por guardería todo centro autorizado por la Consejería competente del Gobierno de Canarias y, en el período impositivo que el niño cumpla tres años se calculará de forma proporcional al número de meses en que se cumplan los requisitos el importe de la deducción a practicar en la cuota íntegra autonómica del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

³⁰³ Art.6 del Decreto Legislativo 1/2006, de 25 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones legales de la Comunidad de Castilla y León en materia de tributos cedidos por el Estado, (BOC y L núm.104, de 31 de mayo de 2006.

³⁰⁴ Siempre que concurren los siguientes requisitos: a) que a la fecha del devengo del impuesto los hijos a los que sea de aplicación el mínimo por descendientes regulado en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas tuvieran menos de 4 años de edad; b) que ambos padres realicen una actividad por cuenta propia o ajena, por la cual estén dados de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o Mutualidad; c) que, en el supuesto de que la deducción sea aplicable por gastos de custodia por una persona empleada del hogar, ésta esté dada de alta en el Régimen Especial de Empleados de Hogar de la Seguridad Social, y d) que la base imponible no supere la cuantía de 18.900 euros en tributación individual y 31.500 euros en el caso de tributación conjunta. Además se establece la cautela de que el importe total de esta deducción más la cuantía de las subvenciones públicas percibidas por este concepto no podrá superar, para el mismo ejercicio, el importe total del gasto efectivo del mismo, minorándose en este caso el importe máximo de la deducción en la cuantía necesaria.

³⁰⁵ Art.1.Tercero de la Ley 15/2002, de 23 de diciembre, de medidas tributarias en materia de tributos cedidos y tasas regionales en la redacción dada por el art.1.Dos de la Ley 9/2005, de 29 de diciembre, de medidas tributarias en materia de tributos cedidos y tributos propios para el año 2006.

³⁰⁶ Para poder aplicar la anterior deducción es necesario la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que estén encuadrados dentro de la primera de las modalidades de unidad familiar recogida en la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; b) Que ambos cónyuges trabajen fuera del domicilio familiar; c) Que ambos cónyuges obtengan rentas procedentes del trabajo personal o de actividades empresariales o profesionales; d) Que la parte general de la base liquidable sea inferior a 14.544,5 euros en declaraciones individuales, e inferior a 25.452,9 euros en declaraciones conjuntas, siempre que la parte especial de al misma, sea cual sea la modalidad de declaración, no supera los 1.202,02 euros.

En parecidos términos, la Comunidad Autónoma de Galicia, ha establecido una deducción por cuidado de hijos menores³⁰⁷, por la cual los contribuyentes que por motivos de trabajo, por cuenta propia o ajena, tengan que dejar a sus hijos al cuidado de una persona empleada del hogar o en guarderías, podrán deducir el 30% de las cantidades satisfechas en el período, con el límite máximo de 200 euros³⁰⁸. Cuando más de un contribuyente tenga derecho a la aplicación de esa deducción respecto a los mismos descendientes, el importe de la misma se prorrateará entre ellos.

Por otro lado, la Comunidad Autónoma de Murcia, también tiene establecida una deducción³⁰⁹, por la cual los contribuyentes podrán deducir el 15 por ciento de las cantidades satisfechas, en el período impositivo, por los gastos de custodia en guarderías y centros escolares de hijos menores de tres años con un máximo de 200 euros anuales en caso de tributación individual y 400 euros en caso de tributación conjunta³¹⁰. En el caso de unidades familiares compuestas por uno solo de los padres e hijos menores, los contribuyentes podrán deducir, en concepto de gastos de custodia en guarderías y centros escolares de hijos menores de tres años, el 15 por 100 de las cantidades satisfechas en el período impositivo por este concepto por un máximo de 200 anuales³¹¹.

³⁰⁷ Art. 1.Uno.3 de la Ley 14/2004, de 29 de diciembre, de medidas tributarias y de régimen administrativo.

³⁰⁸ siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Que en la fecha de devengo del impuesto los hijos tengan tres o menos años de edad; b) Que ambos padres realicen una actividad por cuenta propia o ajena, por la cual estén dados de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o mutualidad; c) Que, en el supuesto de que la deducción sea aplicable por gastos de una persona empleada en el hogar, esta esté dada de alta en el régimen especial de empleadas del hogar de la Seguridad Social; d) Que la renta determinada según lo previsto en el artículo 15.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, no exceda de 22.000 euros en tributación individual o de 31.000 euros en tributación conjunta.

³⁰⁹ Art.1.Tercero de la Ley 15/2002, de 23 de diciembre, de Medidas Tributarias en Materia de Tributos Ceditos y Tasas Regionales en la redacción dada el art.1.Dos de la Ley 9/2005, de 29 diciembre, Medidas tributarias en materia de Tributos cedidos y Tributos propios año 2006.

³¹⁰ Para poder aplicar esta deducción los contribuyentes deben de cumplir los siguientes requisitos: a) Que estén encuadrados dentro de la primera de las modalidades de unidad familiar del artículo 84.1 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; b) Que ambos cónyuges trabajen fuera del domicilio familiar; c) Que ambos cónyuges obtengan rentas procedentes del trabajo personal o de actividades empresariales o profesionales; d) Que la parte general de la base liquidable sea inferior a 14.544,5 , en declaraciones individuales, e inferior a 25.452,9 en declaraciones conjuntas, siempre que la parte especial de la misma, sea cual sea la modalidad de declaración, no supere los 1.202,02 .

³¹¹ Cuando cumplan los siguientes requisitos: 1. Que el padre o la madre que tiene la custodia del hijo trabaje fuera del domicilio familiar; 2. Que obtenga rentas procedentes del trabajo personal o de actividades empresariales o profesionales; 3. Que la parte general de la base liquidable sea inferior a 14.544,5 , siempre que la parte especial de la misma no supere los 1.202,02.

Por último, la Comunidad Autónoma de Valencia³¹², tiene establecida, para el ejercicio de 2006, la deducción por las cantidades destinadas a la custodia en guarderías y centros de primer ciclo de educación infantil de hijos menores de tres años. Su importe asciende al 15 por ciento de las cantidades satisfechas, con un máximo de 255 euros, por cada hijo menor de 3 años inscrito en dichas guarderías o centros de educación infantil³¹³.

c) Por estudios universitarios o tercer grado de Formación Profesional.-

Probablemente debido a su específica situación geográfica, la Comunidad Autónoma de Canarias tiene establecida una deducción autonómica aplicable en la cuota íntegra del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que tiene como presupuesto generador los estudios universitarios o los del tercer grado de Formación Profesional.

Así, establece³¹⁴ una deducción por cada descendiente soltero menor de 25 años, que dependa económicamente del contribuyente y que curse estudios universitarios o de ciclo formativo de tercer grado de Formación Profesional de grado superior fuera de la isla en la que se encuentre la residencia habitual del contribuyente. Las cantidades que podrá deducir son: a) 600 euros por cada descendiente que curse los anteriores estudios fuera de las Islas Canarias; b) 300 euros por cada descendiente que curse dichos estudios dentro de las Islas Canarias.

³¹² Art.4.uno. e) de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, por el que se regula el tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y restantes tributos cedidos en la redacción dada por el art.30 de la Ley 14/2005, de 23 diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Financiera y Administrativa, y de Organización de la Generalitat, en vigor a partir del 1-1-2006.

³¹³ Deben concurrir los siguientes requisitos: a) que los padres que convivan con el menor desarrollen actividades por cuenta propia o ajena por la que perciban rendimientos del trabajo o de actividades económicas; b) que la base liquidable general del contribuyente no sea superior a 22.219 euros en declaración individual o a 32.218 euros en declaración conjunta; b) que la base liquidable especial del contribuyente no sea superior a 635 euros en cualquier régimen de declaración y, en caso de declaración individual, su importe se prorrateará por partes iguales, cuando dos contribuyentes tenga derecho a la aplicación de esta deducción.

³¹⁴ Artículo 2.4 de la Ley 10/2002, de 21 de noviembre, por la que se regula el tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en la Comunidad Autónoma de Canarias (BOC núm.157, de 27 de noviembre de 2002)

La deducción, que se aplicará en la declaración correspondiente al ejercicio en que se inicie el curso académico, tendrá como límite el 40 por ciento de la cuota íntegra autonómica.

Se asimilan a descendientes aquellas personas vinculadas con el contribuyente por razón de tutela o acogimiento, en los términos previstos en la legislación vigente³¹⁵.

Además, se ha de tener en cuenta, en primer lugar, que cuando varios contribuyentes tengan distinto grado de parentesco con quien curse los estudios, solamente podrán practicar la deducción los de grado más cercano. En segundo término, que cuando dos o más contribuyentes tengan derecho a esta deducción y no opten o no puedan optar por la tributación conjunta, la deducción se prorrateará entre ellos. Por último, se ha de señalar que la determinación de las circunstancias personales y familiares que deban tenerse en cuenta para la aplicación de esta deducción se realizará atendiendo a la situación existente en la fecha del devengo.

d) Estudios del tercer ciclo.-

Hasta el momento, la Comunidad Autónoma de Cataluña es la única que ha adoptado una medida fiscal en relación con los estudios de tercer ciclo, consistente en la deducción en la cuota íntegra autonómica, el importe de los intereses pagados en el período impositivo correspondiente a los préstamos concedidos a través de la Agencia de Gestión de Ayudas Universitarias e Investigación para la financiación de los estudios universitarios de tercer ciclo³¹⁶.

³¹⁵ Dicha deducción no se aplicará cuando concorra cualquiera de los siguientes supuestos: a) Cuando los estudios no abarquen un curso académico completo; b) Cuando en la isla de residencia del contribuyente exista oferta educativa pública, diferente de la virtual o a distancia, para la realización de los estudios que determinen el traslado a otro lugar para ser cursados; c) Cuando el contribuyente haya obtenido rentas en el ejercicio en que se origina el derecho a la deducción, por importe de 60.000 euros, o bien 80.000 euros en tributación conjunta, incluidas las exentas; y d) Cuando el descendiente que origina el derecho a la deducción haya obtenido rentas en el ejercicio por importe superior a 6.000 euros, incluidas las exentas.

³¹⁶ Art.1.3 de la Ley 31/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas.

4.6.5. Por edad.-

En relación con el contribuyente, se ha creado distintos tipos de deducciones, aunque a los efectos del presente trabajo, nos vamos a referir a aquella que solamente tiene en cuenta la edad de contribuyente como presupuesto generador.

En este sentido, son dos las Comunidades Autónomas que ha creado este tipo de deducciones, por un lado, la Comunidad de Canarias, que establece la deducción³¹⁷, cuantificada en 120 euros, para los contribuyentes mayores de 65 años en la fecha del devengo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Además, esta deducción es compatible con la deducción de contribuyente con un grado de minusvalía superior al 33 por ciento; Por otro, Comunidad de las Islas Baleares, que fija una deducción³¹⁸ para los contribuyentes residentes en dicha Comunidad de edad igual o superior a 65 años, siendo su importe de 36 euros, siempre que la parte general de la renta del período no supere la cuantía de 12.000 euros, en el caso de tributación individual, y de 24.000 euros en el caso de tributación conjunta.

4.6.6. Por viudedad.-

La Comunidad Autónoma de Cataluña, desde el ejercicio 2003, tiene establecida una deducción pensada para los viudos y viudas, modificada para el ejercicio siguiente con la pretensión de aminorar la carga impositiva que recae sobre el colectivo de personas viudas en el momento inicial de la nueva situación en que se hallan, ya que se considera que requieren una atención y una protección especiales. En el supuesto de que el contribuyente tenga descendientes a su cargo, se considera pertinente disminuir la carga tributaria que recae sobre el mismo, por lo que se fija una deducción superior a la que se establece con carácter general. Por otra parte, dado que la condición de viudedad se prolonga en el tiempo y que las dificultades que esta situación conlleva pueden ser

³¹⁷ Art.6 de la Ley 10/2002, de 21 de noviembre, por la que se regula el tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en la Comunidad Autónoma de Canarias (BOC núm.157, de 27 de noviembre de 2002), incorporado por el art.1.Cuatro de la Ley 2/2004, de 28 de mayo, en la redacción dada por la disposición adicional 15.3 de la Ley 9/2005, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para el 2006, con efectos desde el 1 de enero de 2005.

³¹⁸ Art.3 de la Ley 11/2002, de 23 de diciembre, de Medidas Tributarias y Administrativas, (BOIB núm.156, de 28 de diciembre de 2002).

también perdurables, se dispone la aplicación de la deducción fiscal con relación no sólo al ejercicio en que la persona contribuyente queda viuda, sino también a los dos ejercicios inmediatamente posteriores.

De acuerdo con lo anterior, dicha deducción³¹⁹ podrá ser practicada por los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que queden viudos durante el ejercicio, siendo su importe de 150 euros. Esta deducción es aplicable a la declaración correspondiente al ejercicio en el que los contribuyentes queden viudos y en los dos ejercicios inmediatamente posteriores. En los casos en que la persona viuda contribuyente tenga a su cargo uno o más descendientes que den lugar a la aplicación del mínimo por descendientes del anterior impuesto, se podrá aplicar la deducción por un importe de 300 euros.

Dichas deducciones se podrán practicar en la declaración correspondiente al ejercicio en el que la persona contribuyente queda viuda, y a los dos ejercicios inmediatamente posteriores, siempre y cuando se mantengan los requisitos para su aplicación.

4.6.7.- Por cuidado de familiares o terceras personas.-

a) Por cuidado de ascendientes.-

La Comunidad Autónoma de Aragón, para el ejercicio de 2006, ha creado una deducción de la cuota íntegra autonómica del Impuesto sobre el Renta de las Personas Físicas por el cuidado de personas dependientes³²⁰. Esta deducción será de aplicación por los contribuyentes con los que convivan, al menos la mitad del periodo impositivo, ascendientes mayores de 75 años. El importe de la deducción es de 150 euros y se podrá aplicar cuando además concurren los siguientes requisitos: a) El ascendiente mayor de 75 años no tenga rentas superiores a 8.000 euros excluidas las exentas; b) La suma de la

³¹⁹ Art. 1 de la Ley 7/2004, de 16 julio, de Medidas fiscales y administrativas.

³²⁰ Art.110.4. del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos (BOA 28/10/05), incorporado por artículo 2 de la Ley 13/2005, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativa en materia de tributos cedidos y tributos propios de la Comunidad Autónoma de Aragón. (BOA 31/12/05).

parte general y la parte especial de la base imponible de todas las personas que formen parte de la unidad familiar no sea superior a 35.000 euros. También recoge la posibilidad de prorratear la deducción por partes iguales cuando dos o más contribuyentes tenga derecho a su aplicación y cuando corresponda a contribuyentes con distinto grado de parentesco su aplicación corresponderá a los de grado más cercano, salvo que éstos no tengan rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros, en cuyo caso corresponderá a los del siguiente grado.

La Comunidad Autónoma de Cantabria establece el presupuesto de la deducción para ascendientes mayores de setenta años³²¹. En este caso, el contribuyente podrá deducir 100 euros por cada ascendiente mayor de setenta años que haya convivido más de ciento ochenta y tres días del año natural siempre que las rentas brutas del ascendiente no sean superiores a 6.000 euros, incluidas las exentas, ni tenga obligación legal de presentar declaración por el Impuesto de Patrimonio.

La Comunidad Autónoma de Valencia crea la deducción en torno a los ascendientes mayores de 75 años, que convivan con el contribuyente³²², y no tengan rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros. Cumpliendo dichos límites se podrá practicar una deducción de 168 euros por cada ascendiente en línea directa por consanguinidad, afinidad o adopción, siempre que, además, la base liquidable general del contribuyente no sea superior a 22.219 euros, en declaración individual, o a 32.218 euros, en declaración conjunta y que la base liquidable especial del contribuyente no sea superior a 635 euros, en cualquier régimen de declaración³²³.

³²¹ Art.8.2 de la Ley 11/2002, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales en Materia de Tributos cedidos por el Estado, según la redacción dada por el art.11.Uno de la Ley de Cantabria 6/2005 de 26 de diciembre, de Medidas Administrativas y Fiscales para la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2006, con efectos a partir del 1-1-2006.

³²² Art.4.uno.g) de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, por el que se regula el tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y restantes tributos cedidos en la redacción dada por el art.30 de la Ley 14/2005, de 23 diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Financiera y Administrativa, y de Organización de la Generalitat, en vigor a partir del 1-1-2006.

³²³ Para la aplicación de esta deducción se deberá tener en cuenta las normas establecidas en el artículo 57 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo.

b) Por cuidado de descendientes.-

En la Comunidad Autónoma de Cantabria, a partir del 2005 se ha creado la deducción por cuidado de familiares, que en el caso de los descendientes afecta solamente a los menores de tres años³²⁴. El contribuyente podrá deducir 100 euros por cada descendiente menor de tres años que haya convivido más de ciento ochenta y tres días del año natural si el descendiente no tiene rentas brutas anuales superiores a 6.000 euros, incluidas las exentas, ni obligación legal de presentar declaración por el Impuesto de Patrimonio.

c) Por cuidado de personas sin vínculo de parentesco.-

La Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, tiene establecida la deducción por acogimiento no remunerado de mayores de 65 años³²⁵. El contribuyente podrá deducir 318 euros, por cada persona mayor de 65 años que conviva con él durante 183 días al año en régimen de acogimiento sin contraprestación, es decir, si que hubiera percibido ayudas o subvenciones del Principado de Asturias por tal motivo. Esta deducción no será de aplicación cuando la persona acogida esté ligada al contribuyente por un vínculo de parentesco de consaguinidad o de afinidad de grado igual o inferior al tercero. Además de lo anterior, es necesario para su aplicación, que el contribuyente acogedor no tenga una base imponible, antes de la aplicación del mínimo personal y familiar, superior a 23.340 euros en tributación individual o, de 32.888 euros en tributación conjunta y, que este en posesión del documento acreditativo del correspondiente acogimiento no remunerado expedido por la Consejería competente en materia de asuntos sociales.

³²⁴ Art.8.2 de la Ley 11/2002, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales en Materia de Tributos cedidos por el Estado, según la redacción dada por el art.11.Uno de la Ley de Cantabria 6/2005 de 26 de diciembre, de Medidas Administrativas y Fiscales para la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2006, con efectos a partir del 1-1-2006.

³²⁵ Art. 7 de la Ley 7/2005, de 29 de diciembre, de medidas presupuestarias, administrativas y tributarias de acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2006, (BOPA núm.301, de 31 de diciembre de 2005; BOE núm.83, de 7 de abril de 2006)

La Comunidad de Cantabria, ha establecido una deducción por acogimiento familiar de menores³²⁶, que podrán disfrutarla los contribuyentes que reciban a menores en régimen de acogimiento familiar simple o permanente, administrativo o judicial, siempre que hayan sido previamente seleccionados al efecto por una entidad pública de protección de menores y que no tengan relación de parentesco alguna, ni adopten durante el periodo impositivo al menor acogido. Se podrán deducir 240 euros con carácter general, o el resultado de multiplicar 240 euros por el número máximo de menores que haya acogido de forma simultánea en el periodo impositivo. En todo caso, la cuantía de la deducción no podrá superar 1.200 euros.

En el supuesto de acogimiento de menores por matrimonios, parejas de hecho o parejas que convivan de forma permanente en análoga relación de afectividad a las anteriores sin haber registrado su unión, el importe de la deducción se prorrateará por partes iguales en la declaración de cada uno de ellos si optaran por tributación individual.

La Comunidad Autónoma de Extremadura, tiene establecida una deducción por acogimiento de menores³²⁷ cuantificada en 250 euros por cada menor en régimen de acogimiento familiar simple, permanente o preadoptivo, administrativo o judicial, siempre que el contribuyente conviva con el menor más de 183 días durante el período impositivo. Si el tiempo de convivencia durante el período impositivo fuera inferior a 183 días y superior a 90 días, el importe de la deducción, por cada menor acogido será de 125 euros. No dará lugar a esta deducción el supuesto de acogimiento familiar preadoptivo cuando se produjera la adopción del menor durante el período impositivo.

En el caso de acogimiento de menores por matrimonios, el importe de la deducción se prorrateará por partes iguales en la declaración de cada uno de ellos, si optaran por la tributación individual. Si, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura, el acogimiento de menores se realizara por parejas de hecho, el importe de la deducción se prorrateará por partes iguales en la declaración de cada uno de sus miembros.

³²⁶ Art.8.4 de la Ley 11/2002, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales en Materia de Tributos cedidos por el Estado, según la redacción dada por el art.1.Uno de la Ley de Cantabria 5/2006 de 26 de diciembre, de Medidas urgentes de carácter fiscal, con efectos a partir del 1-1-2006.

³²⁷ Art.4 de la Ley 9/2005, de 27 de diciembre, de reforma en materia de tributos cedidos.

En parecidos términos a la anterior, la Comunidad Autónoma de Madrid también tiene establecida la deducción por acogimiento familiar de menores³²⁸. En ese caso, los contribuyentes podrán deducir, por cada menor en régimen de acogimiento familiar simple, permanente o preadoptivo, administrativo o judicial, siempre que convivan con el menor durante más de ciento ochenta y tres días del período impositivo, las siguientes cantidades: a) 600 euros si se trata del primer menor en régimen de acogimiento familiar; b) 750 euros si se trata del segundo menor en régimen de acogimiento familiar; c) 900 euros si se trata del tercer menor en régimen de acogimiento familiar o sucesivo³²⁹.

En el supuesto de acogimiento de menores por matrimonios o uniones de hecho, el importe de la deducción se prorrateará por partes iguales en la declaración de cada uno de ellos si optaran por tributación individual.

Además de la anterior deducción, la citada Comunidad, tiene otra referente al acogimiento no remunerado de mayores de sesenta y cinco años y/o discapacitados³³⁰. En este caso, los contribuyentes podrán deducir 900 euros por cada persona mayor de sesenta y cinco años, que conviva con el contribuyente durante más de ciento ochenta y tres días al año en régimen de acogimiento sin contraprestación, cuando no diera lugar a la obtención de ayudas o subvenciones de la Comunidad de Madrid³³¹.

³²⁸ Art.1.Tres de la Ley 7/2005, de 23 diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, (BO. Comunidad de Madrid núm.311, de 30 diciembre de 2005).

³²⁹ A efectos de determinación del número de orden del menor acogido solamente se computarán aquellos menores que hayan permanecido en dicho régimen durante más de ciento ochenta y tres días del período impositivo. En ningún caso se computarán los menores que hayan sido adoptados durante dicho período impositivo por el contribuyente.

³³⁰ Art.1.Cuatro de la Ley 7/2005, de 23 diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, (BO. Comunidad de Madrid núm.311, de 30 diciembre de 2005)

³³¹ No se podrá practicar la presente deducción, en el supuesto de acogimiento de mayores de sesenta y cinco años, cuando el acogido esté ligado al contribuyente por un vínculo de parentesco de consanguinidad o de afinidad de grado igual o inferior al cuarto.

Cuando la persona acogida genere el derecho a la deducción para más de un contribuyente simultáneamente, el importe de la misma se prorrateará por partes iguales en la declaración de cada uno de ellos si optaran por tributación individual

CAPÍTULO II.

FAMILIA, CONTRATACIÓN Y DESEMPLEO.

1. Trabajo asalariado y familia.-

El concepto de trabajador asalariado en el derecho del trabajo no es el mismo que el utilizado en otras ramas del derecho, incluso, dentro del derecho social, es distinto del manejado en el derecho de la seguridad social o en el derecho de la seguridad y salud laboral.

El Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, establece unas notas características de lo que va a considerar relación individual de trabajo objeto de este sector de nuestro ordenamiento (voluntariedad, dependencia, ajenidad, retribución), y además, va a realizar una delimitación negativa o, de “*exclusiones legales expresas*”, de forma, que con independencia de la voluntad de los sujetos en el contrato, o de las manifestaciones en el convenio colectivo van a quedar fuera de dicho ámbito de regulación, bien porque falten una o varias de las notas o características esenciales, - conocidas como exclusiones declarativas-, bien por voluntad del legislador pese a la concurrencia de los presupuestos sustantivos, -llamadas exclusiones constitutivas-.

Entre las primeras se van a encontrar los trabajos familiares³³² (por la ausencia de dependencia y ajenidad, y sobre todo por la ausencia de retribución), aunque “*en realidad no hay una autentica exclusión sino más limitadamente una presunción iuris tantum de no laboralidad, lo que hace que haya que interpretarla restrictivamente, limitando su juego a los presupuestos establecidos, fuera de los cuales renacerá la presunción de laboralidad*”³³³.

³³² Exclusión de la relación laboral común y de la relación laboral especial del trabajo doméstico o del Servicio del hogar familiar (Art. 2.2 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto).

³³³ Vida Soria, J., Moneréo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. Manual de Derecho del Trabajo, Ed. Comares, Granada, 2005, 3ª edición, pg. 291.

De esta manera, resultan excluidos del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo asalariado, “*los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo*” (Art. 1.3.e del ET)³³⁴. Además, y era necesario, precisa el alcance de este ámbito familiar, al indicar que “*se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción*”.

De esta regulación es necesario hacer las siguientes precisiones: las relaciones de parentesco sólo se pueden plantear respecto de un empresario persona física –o comunidad de bienes–, pues no es posible establecer relaciones de parentesco entre una sociedad y un trabajador³³⁵. Los problemas se plantean respecto de las personas jurídicas en las que la mayoría del capital social está controlado por una persona física familiar, o bien, esta ocupa un cargo de responsabilidad en la gestión o dirección de la empresa. Esta cuestión es determinante, por ejemplo, para el reconocimiento de las prestaciones por desempleo. Ante el silencio de la norma laboral, y a diferencia de lo establecido en la Ley General de la Seguridad Social³³⁶ (y a efectos de determinar la

³³⁴ Véanse las SsTC, entre otras, 2/1992, de 13 de enero, y 59/1992, de 23 de abril, en las que se manifiesta que en estas relaciones se invierte la presunción de laboralidad establecida en el 8.1 del ET.

³³⁵ El trabajo prestado para una sociedad constituida por familiares o parientes es trabajo asalariado si concurren en él las notas características del Art. 1.1 del ET (STS de 14-6-1994).

³³⁶ Véase el Art. 7.2 de la LGSS –sobre la no consideración de trabajadores por cuenta ajena de los familiares–, el Art. 97 –sobre el campo de aplicación del Régimen General–, y la Disposición Adicional Vigésima séptima, sobre el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos, donde se establece un juego de presunciones, sobre los trabajadores que poseen un control efectivo de la sociedad; en concreto: DISPOSICIÓN ADICIONAL VIGÉSIMA SÉPTIMA. Campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

1. Estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquélla. Se entenderá, en todo caso, que se produce tal circunstancia, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social.

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias:

1. Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios, con los que conviva, y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.

2. Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo.

3. Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

En los supuestos en que no concurren las circunstancias anteriores, la Administración podrá demostrar, por cualquier medio de prueba, que el trabajador dispone del control efectivo de la sociedad.

inclusión en el régimen general o en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia), la jurisprudencia atiende fundamentalmente al montante del capital social, y en concreto, no aplica este régimen de presunción de no laboralidad, a los familiares de un socio que no posee el 50 por ciento del capital social³³⁷.

Sobre este particular, y con claras implicaciones al objeto del presente trabajo, debemos comenzar indicando, en primer lugar que, a nuestro juicio, sería necesaria una regulación laboral coincidente con la legislación de seguridad social, pues de otra manera podría darse la circunstancia de trabajadores considerados trabajadores por cuenta ajena a efectos de la legislación laboral, pero incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia en materia de protección social –o viceversa-³³⁸. En segundo lugar, hay que poner de manifiesto que estamos ante una presunción “iuris tantum”, o lo que es lo mismo, que es posible su destrucción, y en este caso, la consideración a todos los efectos de trabajador por cuenta ajena, mediante prueba en contrario³³⁹.

A estos efectos, es necesario de destacar que de la literalidad de la norma sólo se exige convivencia, sin precisar su alcance, es decir, no exige dependencia económica, cuando realmente es esta situación la que es relevante a efectos de exclusión, o como ha llamado la jurisprudencia “*la comunidad patrimonial*” o “*que exista apoyo económico mutuo*”, aunque vivan en domicilios distintos (SsTS de 26 de octubre de 1987 y de 29

2. No estarán comprendidos en el Sistema de Seguridad Social los socios, sean o no administradores, de sociedades mercantiles capitalistas cuyo objeto social no esté constituido por el ejercicio de actividades empresariales o profesionales, sino por la mera administración del patrimonio de los socios.

3. Lo establecido en el apartado 1 no afectará a los trabajadores recogidos en los artículos 2.b), 3 y 4 del texto refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por las que se regula el Régimen especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, aprobado por Decreto 2864/1974, de 30 de agosto.

(Esta disposición fue añadida por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, y posteriormente se da nueva redacción por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, posteriormente modificada por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre).

³³⁷ SsTS de 19 y 27 de abril de 2000.

³³⁸ Reacuérdesse lo determinante de la inclusión en uno u otro régimen de la seguridad social a efectos de determinar el derecho a prestaciones, como por ejemplo la de desempleo que se encuentra excluida del régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos, o bien a efectos del cumplimiento de determinadas obligaciones de seguridad social, como es la afiliación/alta o la cotización.

³³⁹ Es el valor y la carga de esta prueba otra cuestión no precisada por el legislador y que la jurisprudencia resuelve teniendo presente esencialmente una de las características esenciales de esta relación: la prestación de servicios retribuidos. En efecto la percepción del salario según convenio de aplicación es determinante para la ruptura de la presunción –aunque la dificultad se encuentra en que precisamente por la exclusión, el empresario no abonará salario, ni habrá “recibo” del mismo que guardar y poder aportar como prueba-, o bien y esta circunstancia es más fácil de probar, la ausencia de convivencia entre empresario y trabajador. En todo caso la carga de la prueba corresponde al trabajador.

de septiembre de 1997), de tal manera que la prueba de la convivencia sea el padrón municipal, pero es preciso además, probar la dependencia económica (STS de 30-9-1997). De esta manera, para aplicar la exclusión, el legislador debería haber recogido como requisito la convivencia y la dependencia económica, en términos coincidentes con la legislación de seguridad social³⁴⁰ –o en su caso, sólo esta última-.

No obstante lo anterior, sin duda, una de las cuestiones más problemáticas que en la actualidad se genera sobre la temática ahora abordada, es la que hace referencia a las uniones de hecho, que no están incluidas en esta presunción, es decir, no están excluidas, pues el legislador requiere uniones matrimoniales –quedan también fuera los acogidos de hecho-³⁴¹. En este sentido, una futura regulación de estas uniones a efectos de equiparación en materia de protección social (reconocimiento de las pensiones de viudedad entre otras), ensancharía aún más este trato diferenciado. Ante esa posible equiparación en protección, el legislador laboral debería recoger en el Art. 1.3 del ET esta cuestión y tratar de la misma forma una y otra forma de vida en pareja.

2. Fomento del empleo y familia.-

Las medidas de fomento del empleo en relación con la familia se centran en la relación entre desempleo, mujer y maternidad. Si bien la mujer es fundamentalmente la favorecida, debe recordarse que el hombre también puede hacer uso de los descansos por maternidad y adopción por lo que también es sujeto de las medidas. Por último, hay que destacar la extensión de medidas de fomento en relación con el cuidado de familiares.

Así, el legislador va a tomar medidas de incentivación de la contratación de la mujer, bien después de la maternidad, bien incentivando la reincorporación de la trabajadora autónoma después de la maternidad, o por último, teniendo presente que una de las

³⁴⁰ El Art. 7.2 de la LGSS, consideran que no tienen la consideración de trabajadores por cuenta ajena, para su inclusión en el sistema de Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de la modalidad contributiva, salvo prueba en contrario: “el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso por adopción, ocupados en su centro de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo”.

³⁴¹ es decir, queda fuera de esta exclusión la pareja de hecho estable o “more uxorio” (SsTS de 24 de febrero de 2000 y 11 de marzo de 2005), porque se exigen la concurrencia de ambos requisitos – parentesco y convivencia-, además al ser un supuesto excepcional y restrictivo ha de realizarse una interpretación en sus términos estrictos (STS de 2 de julio de 1996).

razones que frena la contratación de las mujeres, son los costes adicionales que para la empresa puede tener si contratada una mujer, ésta queda embarazada³⁴². De esta forma, nos encontramos con cuatro suerte de medidas que presentan una concreta regulación autónoma: a.- las que atienden al fomento de la contratación de la mujer tras situaciones de maternidad³⁴³; b.- las que hacen referencia al fomento de la reincorporación de la trabajadora autónoma después de la maternidad³⁴⁴; c.- la bonificación del coste de la empresa ocasionado por la suspensión por maternidad y el contrato de interinidad que se celebre simultáneamente³⁴⁵; y, la reducción de la bonificación empresarial en la celebración de contratos de interinidad que se celebren para sustituir al trabajador que esté en situación de excedencia por cuidado de familiares³⁴⁶.

2.1. Fomento de la contratación de la mujer tras situaciones de maternidad.-

Sobre este colectivo encontramos dos medidas: a.- para las mujeres que sean contratadas en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto, o de la adopción o acogimiento tanto preadoptivo como permanente; b.- para los contratos de trabajo de carácter indefinido de las mujeres trabajadoras que sean suspendidos por maternidad o por excedencia por cuidado de hijo³⁴⁷.

En ambos casos, el nuevo programa de fomento a la contratación indefinida de estas mujeres, consiste en una reducción lineal de la cotización empresarial –general- a la Seguridad Social por cada trabajadora contratada, y en concreto, a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente

³⁴² Es la bonificación del coste de la cotización empresarial de la mujer que ve suspendido su contrato y del contrato de interinidad que se celebre simultáneamente, así como, la bonificación de los contratos de interinidad que se celebren para sustituir al trabajador que se encuentre en situación de excedencia por cuidado de familiares (Quedan fuera de este trabajo las bonificaciones establecidas en las situaciones de violencia de género).

³⁴³ Reguladas por el nuevo plan de fomento del empleo del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo.

³⁴⁴ D. A. 65 de la LPGE 30/2005.

³⁴⁵ Real Decreto-Ley 11/1998).

³⁴⁶ D. A. 14ª del ET.

³⁴⁷ cuando se produzca la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo en los dos años siguientes a la fecha del inicio del permiso de maternidad, siempre que esta incorporación sea a partir del 1 de julio de 2006. En el supuesto de que el contrato fuera de duración determinada o temporal, se tendrá derecho a esa misma bonificación si en el momento de la reincorporación el contrato se transforma en indefinido.

diario por trabajador contratado, de 100 euros al mes (1.200 euros/año) durante los 4 años siguientes a la reincorporación efectiva de la mujer al trabajo³⁴⁸.

En ambos casos, a la hora de aplicar las bonificaciones, ha de tenerse presente que si el contrato celebrado lo es a tiempo parcial, las bonificaciones se aplican de forma porcentual sobre la bonificación prevista, de acuerdo a los siguientes parámetros: a) El 100 %, cuando la jornada laboral sea igual o superior a las tres cuartas partes de la jornada habitual o a tiempo completo; b) El 75 %, cuando la jornada laboral sea igual o superior a la mitad de la jornada habitual o a tiempo completa e inferior a las tres cuartas partes de dicha jornada; c) El 50 %, cuando la jornada laboral sea igual o superior a la cuarta parte de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a la mitad de dicha jornada; d) El 25 %, cuando la jornada laboral sea inferior al 25 % de la jornada habitual o a tiempo completo.

Cuando, durante la vigencia de un contrato bonificado que se hubiera concertado a tiempo parcial, se transforme en a tiempo completo, o viceversa, no se perderán las bonificaciones, sino que se percibirán conforme corresponda al nuevo contrato, sin que ello suponga el inicio de ningún nuevo periodo de bonificación.

Se establecen los siguientes límites máximos en las bonificaciones: a.- si un mismo trabajador puede dar lugar a más de una bonificación, el beneficiario de la misma elegirá una de ellas, salvo en el caso de las bonificaciones para el mantenimiento del empleo a mayores de 60 años, que son compatibles con el resto hasta el 100% de la cuota empresarial; b.- las bonificaciones nunca podrán superar el 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social; c.- las bonificaciones tampoco podrán superar el 60% del coste salarial anual del contrato que se bonifica salvo en discapacitados contratados en Centros Especiales de Empleo.

Por otra parte, los beneficiarios de las bonificaciones mencionadas deberán reunir los siguientes requisitos: a) hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social tanto en la fecha de alta de los

³⁴⁸ Frente a la situación anterior en que el incentivo a la contratación consistía en una deducción porcentual de la aportación empresarial por cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes.

trabajadores como durante la aplicación de las bonificaciones correspondientes³⁴⁹; b.- no haber sido excluidos del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo por la comisión de infracciones muy graves no prescritas³⁵⁰.

En relación con los supuestos en los que expresamente se ha previsto que no se pueden aplicar estas bonificaciones, es de destacar la referencia al vínculo familiar, de esta manera, están excluidas de estas bonificaciones las contrataciones que afecten al cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes, por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes tengan el control empresarial, ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las entidades o de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, así como las que se produzcan con estos últimos. Ahora bien, no será de aplicación esta exclusión cuando el empleador sea un trabajador autónomo sin asalariados, y contrate a un solo familiar menor de cuarenta y cinco años, que no conviva en su hogar ni esté a su cargo.

2.2. Fomento de la reincorporación de la trabajadora autónoma después de la maternidad.-

Las trabajadoras por cuenta propia del Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia y autónomos que, habiendo cesado su actividad por maternidad y disfrutando del período de descanso correspondiente, vuelvan a realizar una actividad por cuenta propia en los dos años siguientes a la fecha del parto tendrán derecho a percibir una bonificación del 100 por ciento de la cuota por contingencias comunes resultante de aplicar el tipo de cotización a la base mínima vigente en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos de la Seguridad Social, independientemente de la base por la que coticen, y durante un período de 12 meses. Dicha bonificación será también de aplicación a las socias trabajadoras de cooperativas de Trabajo Asociado, que se incluyan en el indicado régimen especial.

³⁴⁹ Si durante el periodo de bonificación existe una falta de ingreso en plazo reglamentario de dichas obligaciones, se producirá la pérdida automática de las bonificaciones reguladas en el presente Programa, respecto de las cuotas correspondientes a periodos no ingresados en dicho plazo, teniéndose en cuenta dicho periodo como consumido para el cómputo del tiempo máximo de bonificación.

³⁵⁰ todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, texto refundido aprobado en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

Si se analiza la anterior medida, hemos de destacar, en primer lugar, que se bonifica la cotización por contingencias comunes, sin que se haga referencia a que la trabajadora haya o no renunciado a la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencia común por lo que hay que entender la misma también incluida; por el contrario queda excluida, la mejora de la acción protectora de las contingencias profesionales, a la que los trabajadores por cuenta propia pueden optar si no renunciaron a la prestación de incapacidad temporal. De igual forma se ha de destacar que sólo se bonifica la base mínima, y no por lo que exceda de esta, si la trabajadora ha elegido una base de cotización comprendida entre la mínima y la máxima de las especificadas en la LPGE). Por último, no podemos dejar de considerar que esta bonificación se encuentra muy limitada en el tiempo, por cuanto que sólo será operativa durante un periodo de doce meses.

2.3. Bonificación del coste para la empresa de la suspensión por maternidad y el contrato de interinidad.-

Los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadoras que tengan suspendido su contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y hasta tanto se inicie la correspondiente suspensión del contrato por maternidad biológica o desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado, y los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores y trabajadoras que tengan suspendido su contrato de trabajo durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento preadoptivo o permanente³⁵¹, darán derecho a una bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta. La bonificación de estos contratos de interinidad es solo durante los periodos coincidentes con el descanso previsto.

³⁵¹ En los términos establecidos en el ET y en la LGSS.

Este instrumento se extiende igualmente: a.- los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores autónomos, socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas, en los supuestos de riesgo durante el embarazo, períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento preadoptivo o permanente, en los términos establecidos en los párrafos anteriores; b.- las Sociedades Cooperativas³⁵², que sustituyan en los términos previstos en el mismo, a socios trabajadores o socios de trabajo durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, con independencia del régimen de afiliación a la Seguridad Social en el que estuvieran incluidos los socios trabajadores sustituidos, siempre que los contratos de interinidad se celebren con trabajadores desempleados.

Por el contrario, estas bonificaciones no serán de aplicación en: a.- las contrataciones de interinidad que se suscriban con el cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive del empresario, o de aquellos que sean miembros de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad; b.- los contratos celebrados por las Administraciones públicas y sus organismos autónomos.

Una medida adicional a esta bonificación del contrato de interinidad celebrado para sustituir a la trabajadores que tienen suspendido su contrato por estas causas, se estableció por la D. A. 2ª de la Ley 12/2001, de 9 de julio, es la bonificación de las cotizaciones de los propios trabajadores en dicha situación. En efecto, la cotización de los trabajadores o de los socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas, sustituidos durante los períodos de descanso por maternidad, adopción, acogimiento preadoptivo o permanente y por riesgo durante el embarazo, mediante los contratos de interinidad bonificados, les será de aplicación también la bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta³⁵³.

³⁵² Tal y como establece la Disposición adicional vigésima tercera de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, sobre “Extensión de los beneficios del Real Decreto-ley 11/1998, de 4 de septiembre”, podrán acogerse a los beneficios del Real Decreto-ley 11/1998, de 4 de septiembre.

³⁵³ Ahora bien, sólo será de aplicación esta bonificación mientras coincidan en el tiempo la suspensión de actividad por dichas causas y el contrato de interinidad del sustituto; además, la duración máxima de las

2.4. Reducción de la bonificación empresarial en la celebración de contratos de interinidad que se celebren para sustituir al trabajador que esté en situación de excedencia por cuidado de familiares.-

Los contratos de interinidad que se celebren para sustituir al trabajador que esté en la situación de excedencia a que se refiere el Artículo 46.3 del ET³⁵⁴, tendrán derecho a una reducción en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes (no en el resto de cotizaciones –profesionales o conceptos de recaudación conjunta-), en las cuantías que se especifican a continuación, cuando dichos contratos se celebren con beneficiarios de prestaciones por desempleo, de nivel contributivo o asistencial, que lleven más de un año como perceptores: a) 95 por 100 durante el primer año de excedencia del trabajador que se sustituye; b) 60 por 100 durante el segundo año de excedencia del trabajador que se sustituye; c) 50 por 100 durante el tercer año de excedencia del trabajador que se sustituye.

Los citados beneficios no serán de aplicación a las contrataciones que afecten al cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y las que se produzcan con estos últimos.

3. La contratación a tiempo parcial.-

Los contratos a tiempo parcial son todos aquellos que permiten, bien en la contratación indefinida o temporal, una reducción del tiempo de trabajo en comparación

bonificaciones previstas para los trabajadores o socios sustituidos, coincidirá con la situación de suspensión de su relación profesional, con el límite máximo que proceda según los casos.

³⁵⁴ El citado precepto establece que *“Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.*

También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a un año, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida”.

con la jornada ordinaria, cualquiera que sea el módulo de referencia –diario, semanal, mensual o anual- (Art. 12 del ET). Nos encontramos, posiblemente, ante la modalidad contractual más significativa del amplio catálogo de oferta contractual, y se puede considerar que es en gran medida una opción impulsada por el legislador en las últimas reformas laborales, como instrumento ideal para entrar o salir del mercado de trabajo de forma flexible, y sin duda, y en lo que en este trabajo interesa, un buen instrumento para conciliar la vida laboral y familiar.

El contrato a tiempo parcial es definido legalmente (Art. 12.1 ET), como aquel cuyo objeto es la prestación de servicios durante un número de horas inferior a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. El concepto clave, es el de trabajador “*comparable*”, sustituto del anterior criterio cuantitativo –en porcentaje de jornada-³⁵⁵.

El apartado cuarto de este precepto establece las reglas de esta modalidad contractual, presentando las condiciones de la contratación y garantías frente al abuso. Dentro de las garantías es necesario destacar, que la jornada podrá desarrollarse de forma continuada o partida (Art. 12.4.b ET), incluso distribuyendo de forma irregular la jornada, pero se prohíbe la realización horas extraordinarias, salvo las previstas en el Art. 35.3 del ET³⁵⁶. Ahora bien, esta prohibición no supone, en modo alguno, rigidez en su regulación, por cuanto se establece una vía de flexibilización de la jornada a través de una nueva modalidad denominada “*horas complementarias*”³⁵⁷.

Por tanto, su principal razón de ser es permitir al empleador un amplio margen de adaptación a las necesidades productivas de la empresa. Su régimen es el siguiente: a.- se exige pacto por escrito –en modelo oficial-, y expreso –no es posible por voluntad unilateral del empresario-, que se puede manifestar simultáneamente al contrato o

³⁵⁵ La causa de esta nueva regulación es la Directiva 97/81/CE, y se define como el trabajador que, vinculado con el mismo contrato de trabajo en la misma empresa, y al mismo centro de trabajo, presta un trabajo idéntico o similar durante la jornada ordinaria máxima, o de no existir tal figura, se atenderá a la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo, o en su defecto, la jornada máxima legal.

³⁵⁶ En este precepto se prevé realizar horas extraordinarias –autorizadas- para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias.

³⁵⁷ (Art. 12.5). De esta manera se definen las horas complementarias, como aquellas cuya posibilidad de realización haya sido acordada, como adición a las horas ordinarias pactadas en el contrato a tiempo parcial.

posteriormente. En él se hará constar el número de horas, su distribución y forma de realización; b.- sólo se podrá formalizar el pacto de horas complementarias en el caso de contratación indefinida; c.- se establece un límite máximo legal (15 % de la jornada máxima), que puede ser ampliado por convenio colectivo (hasta el 60 %), pero en todo caso nunca la suma de las horas ordinarias y complementarias podrá exceder el límite de jornada y además se deberá respetar la regulación estatutaria en materia de jornada y descansos establecidos en el estatuto; d.- se retribuyen como ordinarias (salvo mejora por convenio o pacto), computan en la base de cotización y se plasman en el recibo de salarios (su número y retribución).

Sobre su realización, que es lo que en este trabajo interesa, hay que precisar que el establecimiento del pacto no supone su realización automática, sino que será a exigencia del empresario y en ese caso sí son obligatorias para el trabajador, salvo que se hayan incumplidos los requisitos mínimos legales en su establecimiento, y teniendo presente que sobre su distribución y forma de realización se deberán cumplir las previsiones del convenio colectivo al respecto y lo establecido en el propio pacto.

En todo caso, la voluntad del empresario de exigir el pacto debe preavisarse, en ese sentido el trabajador deberá conocer el día y la hora de realización con una antelación de siete días, salvo que el convenio disponga otra cosa, es decir, establecido el pacto, el trabajador no puede denunciarlo unilateralmente³⁵⁸, excepto en un supuesto –en relación con la familia³⁵⁹- que debemos considerar muy estricto y restrictivo: en atención de las responsabilidades familiares enunciadas en el Art. 37.5 del ET. Este precepto al que se remite, establece la posibilidad de reducir la jornada de trabajo por: Guarda legal de un menor de seis años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida; y, por cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida³⁶⁰.

³⁵⁸ El precepto habla sólo de renuncia, que hay que entender como “total”, lo que deja excluida la posibilidad por esta vía de modificar parcialmente el alcance del mismo, en número de horas o en distribución.

³⁵⁹ Los otros dos supuestos son: por necesidades formativas, en la forma que reglamentariamente se determine, siempre que se acredite incompatibilidad horaria, y por incompatibilidad con otro contrato a tiempo parcial.

³⁶⁰ El análisis de este precepto ya se ha estudiado anteriormente en los supuestos de reducción de jornada de trabajo y a ello nos remitimos.

Como se puede observar, el legislador a elegido una noción muy restrictiva de responsabilidades familiares. A nuestro juicio, hubiese sido deseable en vez de la remisión a otro precepto, que responde a otras necesidades jurídicas, una regulación propia y más amplia de responsabilidad familiar, sobre todo en el primer apartado, el de guarda legal. En concreto nos parece muy limitada la edad de seis años.

Pero es que además, alegar esta causa pos sí sola no es suficiente, pues sólo se puede renunciar por las responsabilidades familiares si ha transcurrido un año desde su celebración y con un preaviso de quince días. Desde luego parece muy rígido y falto de adecuación a la necesidad de conciliar la vida laboral y familiar, que es lo que se pretende con esta denuncia de las horas complementarias, la obligación de esperar un año desde el pacto en el que se establecieron, para poder alegar la responsabilidad familiar y reducir o eliminar el exceso de jornada por horas complementarias, que reacuérdese, se han establecido en interés del empresario³⁶¹.

4. La extinción del contrato de trabajo: la nulidad del despido por atentado a la conciliación de la vida familiar y laboral.-

El despido disciplinario puede ser calificado como nulo³⁶², cuando tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, pero también será calificado como nulo el despido en los siguientes supuestos, que podemos considerar relacionados con la protección constitucional de la familia en un amplio sentido:

- El de los trabajadores durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento al que se refiere la letra d) del apartado 1 del Art. 45 del ET (suspensión del contrato de trabajo ya estudiado), o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso

³⁶¹ Desde nuestra perspectiva, sólo se puede entender estas condiciones restrictivas bajo la técnica tradicional, pero hoy inadecuada, sobre todo ante una responsabilidad familiar y su conciliación con el mundo laboral, de limitar o endurecer derechos, como mecanismo antifraude.

³⁶² Art. 53.4 y 55.5 del ET y Art. 108.2 de la LPL.

finalice dentro de dicho periodo, es decir, cuando la fecha de efectos de la carta de despido coincida con dicho periodo.

- El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del periodo de suspensión a que se refiere el apartado anterior.
- La de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del Art. 37 del ET, o estén disfrutando de ellos. Son los supuestos de reducción de jornada por lactancia de un hijo menor de nueve meses, por guarda legal de un menor de seis años, o cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad³⁶³.
- La de los trabajadores que hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del Art. 46 del ET. Se refiere a los supuestos de excedencia para atender al cuidado de cada hijo, por naturaleza o por adopción, o para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Como se puede observar, todas ellas son causas atentatorias al deber de protección de la conciliación de la vida familiar y laboral.

La calificación de nulidad del despido como atentado a estos derechos laborales ha de realizarla el juez, aunque para ello deba acreditarse el móvil por alguna de las causas antes enumeradas³⁶⁴. Esta calificación de nulo, no será de aplicación si se declara

³⁶³ Hay que señalar que la Ley 12/2001, añadió un nuevo apartado 4 bis, relativo al derecho del padre o la madre a ausentarse del trabajo en los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto; como se puede observar este precepto es de la misma naturaleza que los anteriores –reducción de la jornada por motivos familiares- y por lo tanto merecedor de su misma calificación, por lo que hay que entender incluido en el apartado pese al “olvido” del legislador.

³⁶⁴ En efecto, la STC 49/2003, de 17 de marzo, señala (Fj 4), que cuando se prueba indiciariamente que la extinción de un contrato de trabajo puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ha señalado (desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre), que atañe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate. Esta prueba indiciaria inicial se articula en base a la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (véase la STC 90/1997, de 6 de mayo y 66/2002, de 21 de marzo), principio de prueba o prueba verosímil dirigidos a poner de manifiesto el motivo oculto de la denuncia (véase la STC 207/2001, de 22 de octubre). El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que ha podido producirse (entre otras STC 87/1998, 29/2000, 214/2001, 14/2002, 30/2002). Sólo una vez cumplido este inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de

la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del a los permisos y excedencia señalados. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir. Téngase presente que esta sentencia será ejecutada de forma provisional, tanto si es recurrida por el empresario como por el trabajador ³⁶⁵.

5. La familia en la protección por desempleo: las cargas familiares.-

La familia, en su consideración como carga familiar o familiares a cargo, está presente en la regulación de la protección por desempleo en diversos aspectos de su acción protectora. Como inmediatamente se verá, la noción de carga familiar, es decir, los sujetos que van a crear la situación de necesidad o a modificar su intensidad, es diferente en función del aspecto a considerar, de tal manera que en unas cuestiones el criterio será muy restringido y en otras, por el contrario, tendrá una consideración mucho más amplia.

En este punto, también se puede adelantar, que la familia y la carga que ella representa para el beneficiario de la protección por desempleo podía estar presente de forma más intensa en la protección del nivel contributivo, sin que por ello perdiera su naturaleza, bien como elemento a considerar en los requisitos de la prestación por desempleo (podría matizar o ponderar el periodo de carencia exigido), en la cuantía y en concreto, en el porcentaje aplicable a la base reguladora (hasta ahora el tener hijos a cargo está presente sólo en la limitación de la cuantía); bien, en la duración (pues la prestación sólo tiene en consideración el número de días cotizados).

5.1. Familia, excedencia y situación asimilada al alta.-

Para tener derecho a las prestaciones por desempleo, las personas comprendidas en el artículo 205 de la LGSS deben estar afiliadas a la Seguridad Social y en situación

probar que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración, así como que tenían entidad suficiente para justificar la decisión adoptada.

³⁶⁵ Art. 113 de la LPL.

de alta³⁶⁶ o asimilada al alta, en los casos que reglamentariamente se determinen (Art. 207 LGSS)³⁶⁷.

Ahora bien, el Art. 4 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo (BOE de 24 de marzo), de regulación del permiso parental y por maternidad, establece que *“la situación de excedencia por período no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo tendrá la consideración de situación asimilada al alta para obtener las prestaciones por desempleo”*³⁶⁸.

Esta consideración de situación asimilada al alta es de aplicación al periodo de excedencia para atender al menor acogido y al cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad, o discapacidad, no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe una actividad retribuida³⁶⁹. Sobre esta ampliación del colectivo hay que precisar que el periodo de excedencia y por tanto de consideración de situación asimilada al alta es diferente, pues para el menor acogido es de tres años –como a los hijos- y la excedencia para cuidado de familiares, que tiene una duración que no puede ser superior a un año, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva.

Los efectos de esta consideración de situación asimilada al alta, para todos los colectivos antes señalados, se encuentran precisados en el segundo párrafo del Art. 4 de la Ley 4/1995: así *“dicho período no podrá computarse como de ocupación cotizada para obtener las prestaciones por desempleo”*³⁷⁰, pero a efectos de este cómputo se podrá retrotraer el período de los seis años anteriores a la situación legal de

³⁶⁶ Téngase presente el Art. 125.3 de la LGSS en relación con la consideración de alta de pleno derecho, y el Art. 220 también de la LGSS en relación con la automaticidad del derecho a las prestaciones en casos de incumplimiento por el empresario de las obligaciones de afiliación y alta.

³⁶⁷ El desarrollo reglamentario de la numeración de las situaciones asimiladas al alta se encuentra en el artículo segundo Real decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo (BOE de 7 de mayo) Derogada la Ley 31/1984 por la Disposición Derogatoria de la LGSS, este Real Decreto se encuentra en vigor en lo que no se oponga al contenido del Título III de la de la LGSS (Art. 203 y ss.). En el que no encontramos ninguna referencia a la familia o a las cargas familiares como situación asimilada al alta.

³⁶⁸ Hijo hay que considerarlo, a estos efectos, tanto por naturaleza como por adopción.

³⁶⁹ Sobre estos requisitos véase el Art. 46.3 y la Disposición Adicional 14 del Estatuto de los Trabajadores. Tal y como establece el apartado segundo de la Disposición Adicional tercera del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas por maternidad y riesgo durante el embarazo.

³⁷⁰ El Art. 207.b de la LGSS establece como requisito: *“Tener cubierto el período mínimo de cotización a que se refiere el apartado 1 del artículo 210 de la presente Ley (360 días), dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar”*.

desempleo, o al momento en que cesó la obligación de cotizar, establecido en los artículos 207 (periodo de cotización exigido) y 210 (duración de la prestación) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el tiempo equivalente al que el trabajador hubiera permanecido en la situación de excedencia forzosa”.

Como se puede observar, la regulación de las cargas familiares y sus efectos sobre la consideración de situación asimilada al alta y periodo de carencia es confusa y dispersa. Es de destacar que bastaría una reforma del artículo segundo del RD. 625/1985 que viniera a recoger los nuevos supuestos y sus efectos, es decir, bastaría una reforma reglamentaria y no una regulación con rango de Ley, por el efecto deslegalizador que realiza el Art. 207.a de la LGSS. No obstante, a nuestro juicio, no es menos cierto que sería necesario es un nuevo reglamento de desarrollo de las prestaciones por desempleo y no mantener y reformar un reglamento de desarrollo de una ley ya derogada –la Ley 31/1984-.

5.2. Cargas familiares y cuantía de la prestación por desempleo.-

Las responsabilidades familiares y en concreto, tener o no hijos a cargo, no influye directamente en la determinación de la cuantía de la prestación por desempleo – nivel contributivo-, pero sí indirectamente, a través de la limitación máxima y mínima de dicha cuantía (Art. 211.3 de la LGSS). Esto supone la introducción de un elemento asistencial en una prestación de modalidad contributiva –las cargas familiares como elemento diferenciador de la real situación de necesidad-.

De esta manera, la cuantía máxima de la prestación por desempleo será del 175 por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples, salvo cuando el trabajador tenga uno o más hijos a su cargo. En tal caso, la cuantía será, respectivamente, del 200 por ciento o del 225 por ciento de dicho indicador. La cuantía mínima de la prestación por desempleo será del 107 por ciento o del 80 por ciento del

indicador público de rentas de efectos múltiples, según que el trabajador tenga o no, respectivamente, hijos a su cargo³⁷¹.

En relación con la consideración de hijo a cargo, a estos efectos, el Art. 4.3 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, establece que se entenderá que se tienen hijos a cargo, cuando éstos sean menores de veintiséis años o mayores con una incapacidad en grado igual o superior al treinta y tres por ciento³⁷², carezcan de rentas de cualquier naturaleza iguales o superiores al salario mínimo interprofesional excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias³⁷³ y, convivan con el beneficiario³⁷⁴.

La carencia de rentas se presumirá en el caso de no realización de trabajo por cuenta propia, o por cuenta ajena cuya retribución sea igual o superior a la cuantía indicada en el párrafo anterior, sin perjuicio de que en dichos supuestos la entidad gestora (el Servicio Público de Empleo Estatal) pueda solicitar la acreditación de inexistencia de otras fuentes de ingresos.

5.3. Cargas familiares y suspensión de las prestaciones por desempleo.-

Los supuestos de suspensión del derecho a prestación por desempleo se encuentran recogidos en el Artículo 212 de la LGSS. Estos supuestos son de aplicación a los subsidios por desempleo –con alguna especialidad que luego se comentará-, tal y como establece el Art. 219.2 de la LGSS.

³⁷¹ Para ambos límites, se tendrá en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples mensual vigente en el momento del nacimiento del derecho, incrementado en una sexta parte. (durante la percepción de la prestación por desempleo, la cuantía máxima o mínima de la misma se adaptará al incremento o disminución de los hijos a cargo).

³⁷² Como ya se ha comentado, el baremo para determinar el grado de minusvalía viene establecido en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía (se modifica el anexo I, por RD 1169/2003, de 12 de septiembre, y se añade la disposición adicional única, por RD 290/2004, de 20 de febrero).

³⁷³ Tal y como establece el Art. 3.1.a, del Real Decreto-Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, se mantiene la vinculación con el salario mínimo interprofesional en relación con el cómputo de las rentas de los hijos para fijar las cuantías máxima y mínima de la prestación por desempleo.

³⁷⁴ No será necesaria la convivencia cuando el beneficiario declare que tiene obligación de alimentos en virtud de convenio o resolución judicial o que sostiene económicamente al hijo, y cuando lo requiera la entidad gestora el beneficiario deberá aportar la documentación acreditativa que corresponda (tal y como establece el Art. 4.3 del RD. 625/1985).

La suspensión del derecho a la prestación, supone la interrupción del abono de la misma³⁷⁵ y no afectará al período de su percepción (salvo en el supuesto de suspensión por sanción). Es decir, la prestación o subsidio se percibirá por el periodo que reste y con las bases y tipos que correspondían en el momento de la suspensión.

Uno de los supuestos de suspensión previstos sucede cuando el titular del derecho esté cumpliendo condena que implique privación de libertad³⁷⁶. En este supuesto incide la carga familiar pues, no se suspenderá el derecho si el titular tuviese responsabilidades familiares y no disfrutara de renta familiar alguna cuya cuantía exceda del salario mínimo interprofesional³⁷⁷. El concepto de tener responsabilidades familiares a estos efectos, viene recogido en el Art. 18 del RD 625/1985, considerándose que *“tener a cargo al menos al cónyuge o a un familiar por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive que convivan con el trabajador cuando la renta mensual del conjunto de la unidad familiar dividida por el número de miembros que la componen no supere el salario mínimo interprofesional”*.

El mismo precepto realiza las siguientes precisiones: a.- habrán de concurrir las responsabilidades familiares en el momento del correspondiente hecho causante, excepto en el supuesto de hijos que nazcan dentro de los trescientos días siguientes; b.- no será necesaria la convivencia cuando exista obligación de alimentos en virtud de convenio o resolución judicial, en caso de cónyuge e hijos, se presumirá la convivencia, salvo prueba en contrario, cuando estos tengan reconocida la condición de beneficiarios de asistencia sanitaria de la seguridad social; c.- cuando las cargas familiares hayan sido tenidas en cuenta para reconocer el subsidio a uno de los miembros de la unidad

³⁷⁵ Tal y como establece el Art. 6 del RD 625/1985, la suspensión de la prestación implica la interrupción de la obligación de cotizar, además de la del abono de la prestación.

³⁷⁶ El artículo 212.1.b, también recoge como causa de suspensión de la prestación y su continuidad en el caso de tener responsabilidades familiares “mientras el titular del derecho se encuentre prestando el servicio militar o realizando una prestación social sustitutoria de aquél”; sobre esta situación debe tenerse presente que se ha suspendido el servicio militar y la prestación social sustitutoria desde el 31 de diciembre de 2001, por el Real Decreto 247/2001, de 9 de marzo – BOE de 10 de marzo-, y pro Real Decreto 342/2001, de 4 de abril - BOE de 17 de abril-).

³⁷⁷ Tal y como establece el Art. 3 del Real Decreto-Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, se mantiene la vinculación con el salario mínimo interprofesional a efectos de lo previsto en el Art. 212.1.b y c. de la LGSS.

familiar, no podrá ser alegada dicha circunstancia para el reconocimiento del derecho a otro miembro de la misma.

5.4. Cargas familiares y beneficiarios del subsidio por desempleo.-

En el nivel asistencial de la protección por desempleo, la prestación económica es el llamado subsidio por desempleo (Art. 206.1.2.a LGSS). No hay una definición legal de este nivel, pues la LGSS sólo indica que es complementario del contributivo y que viene a garantizar la protección a los trabajadores desempleados que se encuentren en algunas de las situaciones previstas (Art. 204.3 LGSS). Pese a esta carencia, sí se puede afirmar que el bloque básico de protección de este nivel está comprendido por aquellos beneficiarios que pueden acreditar su situación de necesidad a través de la carencia de rentas³⁷⁸.

Con ello se garantiza un principio básico del nivel asistencial, para lo que se exige, además, que se encuentren en alguna de las situaciones que se enumeran, entre las que hay dos que se refieren expresamente a tener cargas familiares: a.- los que han agotado la prestación por desempleo y tengan responsabilidades familiares (Art. 215.1.1.a LGSS); b.- los que no tengan derecho a la prestación contributiva, por no haber cubierto el periodo mínimo de cotización, siempre que hayan cotizado al menos tres meses y tengan responsabilidades familiares (Art. 215.1.2 LGSS).

A efectos de lo previsto en este artículo, se entenderá por responsabilidades familiares, tener a cargo al cónyuge, hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos. Pero esta carga familiar no es suficiente, pues además se exige que la renta del conjunto de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias³⁷⁹.

³⁷⁸ Rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75 % del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias (Art. 215.1.1 de la LGSS). Las rentas o ingresos computables que se consideran a estos efectos vienen precisadas en el Art. 215.3.2.

³⁷⁹ (Art. 215.2 LGSS). Añade el citado precepto que “no se considerará a cargo el cónyuge, hijos o menores acogidos, con rentas de cualquier naturaleza superiores al 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias”; ahora bien, como ha

Sobre este requisito “*familiares a cargo*” es necesario plantear las siguientes consideraciones: a.- sobre la exigencia de “tener a cargo”, el legislador debería precisar los supuestos en los que se presume la convivencia, y aquellos otros donde hay que acreditarla (situaciones de separación, de obligación de alimentos, etc.)³⁸⁰; b.- no se recoge la posibilidad de que el cónyuge aporte hijos al matrimonio y la posibilidad de que se incluyan en el citado cómputo (la jurisprudencia sí lo viene considerando); c.- de nuevo se excluye a las uniones de hecho, por lo que las uniones matrimoniales tienen un tratamiento privilegiado en relación con las personas que se van a considerar a cargo; d.- no se hace referencia a la posibilidad de que varios miembros de una misma unidad familiar puedan ser solicitantes de este subsidio, pues no es posible que en todo caso sólo pueda ser beneficiario un solo miembro de la unidad familiar, tal y como se deduce el Art. 18.4 del RD 625/1985³⁸¹. Es decir, se debería tener presente la posibilidad de asignar o repartir la carga familiar entre los distintos solicitantes (como así ya viene admitiendo cierta doctrina jurisprudencial³⁸²).

5.5. Cargas familiares y cuantía del subsidio por desempleo.-

Las responsabilidades familiares –en los términos explicados en el apartado inmediatamente anterior-, vuelven a estar presentes en la determinación de la cuantía³⁸³,

precisado la jurisprudencia, si además de este, existen otros familiares a cargo, las rentas del que no se considera a cargo sí se computan a efectos de la renta del conjunto de la unidad familiar. A nuestro juicio, este último párrafo debería estar mejor precisado.

³⁸⁰ Los apartados segundo, tercero y cuarto del Art. 18 del RD 625/1985, siguen estando vigentes en los siguientes términos:

“2. A los mismo efectos del numero anterior, habrán de concurrir las responsabilidades familiares en el momento del correspondiente hecho causante, excepto en el supuesto de hijos que nazcan dentro de los trescientos días siguientes.

3. No será necesaria la convivencia cuando exista obligación de alimentos en virtud de convenio o resolución judicial, en caso de cónyuge e hijos, se presumirá la convivencia, salvo prueba en contrario, cuando estos tengan reconocida la condición de beneficiarios de asistencia sanitaria de la seguridad social.”

³⁸¹ El Art. 18.4 del RD 625/1985, establece: Cuando las cargas familiares hayan sido tenidas en cuenta para reconocer el subsidio a uno de los miembros de la unidad familiar, no podrá ser alegada dicha circunstancia para el reconocimiento del derecho a otro miembro de la misma.

³⁸² STS de 18 de enero de 1995 (ARJ 515).

³⁸³ La cuantía “general” del subsidio por desempleo es igual al 80 por ciento del indicado público de rentas de efectos múltiples mensual vigente en cada momento (Art. 217.1 LGSS). Téngase presente la nueva redacción de los apartados primero y segundo de este artículo 217, dada por el Real Decreto-Ley 3/2004, de 25 de junio para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía. Esta norma establece:

Artículo 2. Establecimiento de un indicador público de renta de efectos múltiples.

pero en este caso, no indirectamente –a través de los límites, tal y como se establece para la prestación-, sino directamente, es decir, influyendo en el porcentaje aplicable, pero sólo sobre dos colectivos (Art. 217.2 y 3 LGSS):

a.- El subsidio especial para mayores de 45 años (Art. 215.1.4), en el que los porcentajes del indicador público de rentas de efectos múltiples mensual vigente en cada momento serán los siguientes: a) 80 por ciento, cuando el trabajador tenga uno o ningún familiar a su cargo; b) 107 por ciento, cuando el trabajador tenga dos familiares a su cargo; c) 133 por ciento, cuando el trabajador tenga tres o más familiares a su cargo.

b.- Las cuantías señaladas en el apartado anterior serán asimismo aplicables, durante los seis primeros meses, a los desempleados que pasen a percibir el subsidio previsto para mayores de cincuenta y dos años, a que se refiere el apartado 1.3 del artículo 215 y el apartado 3 del artículo 216, siempre que reúnan los requisitos exigidos para acceder al citado subsidio especial.

5.6. Cargas familiares y duración del subsidio por desempleo.-

Por último, es necesario destacar, que las cargas familiares van a tener una escasa y en todo caso indirecta influencia en la duración del subsidio por desempleo (Art. 216 LGSS), ya que la distinta duración del subsidio está en función del supuesto de aplicación –o modalidad de subsidio-, y este sí se diferencia en función de tener o no cargas familiares. Es decir, las cargas familiares diferencian el tipo de subsidio y una vez determinado, presentará diferente duración³⁸⁴.

1. Para que pueda utilizarse como indicador o referencia del nivel de renta que sirva para determinar la cuantía de determinadas prestaciones o para acceder a determinadas prestaciones, beneficios o servicios públicos, y pueda sustituir en esta función al salario mínimo interprofesional, se crea el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM).

2. Anualmente, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, se determinará la cuantía del citado indicador teniendo en cuenta, al menos, la previsión u objetivo de inflación utilizados en ella. Con anterioridad a la aprobación del proyecto de Ley anual de Presupuestos Generales del Estado, el Gobierno consultará a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas sobre la cuantía del IPREM.

³⁸⁴ Es destacable en este sentido el supuesto de subsidio para aquellos trabajadores que no tengan derecho a la prestación contributiva de desempleo, por no haber cubierto el periodo mínimo de cotización, pues en él encontramos dos supuestos diferentes, en función de si se tienen o no cargas familiares, y en el supuesto de tenerlas, la duración del subsidio varía, pero no en función de las cargas familiares, sino en

6. Beneficios Fiscales en el IRPF.-

6.1. Indemnizaciones percibidas por despido del trabajador.-

Como ya señalamos en el epígrafe 4.1.1. del primer Capítulo, el art.7.e) del la Ley del IRPF prevén una exención para *“las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato”*. Este precepto tiene un segundo párrafo, que añade *“Cuando se extinga el contrato de trabajo con anterioridad al acto de conciliación, estarán exentas las indemnizaciones por despido que no excedan de la que hubiera correspondido en el caso de que este hubiera sido declarado improcedente, y no se trate de extinciones de mutuo acuerdo en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas”*.

La exención protege a aquellas rentas de naturaleza indemnizatoria que recibe el trabajador, tasadas normativa o judicialmente, y nacidas por cese del trabajador fundado en una justa causa o por despido improcedente o expediente de regulación de empleo llevado a cabo por la empresa.

El principio general sería que las indemnización pactadas no están exentas. No obstante, desde el 14 de diciembre de 2002, se reconoce el derecho a la exención de aquellas indemnizaciones por despido recibidas por la extinción del contrato con anterioridad al acto de conciliación, siempre que no excedan de las que hubieran correspondido en el caso de que el mismo hubiera sido declarado improcedente, y no se

función del tiempo cotizado (este es un supuesto en el que a efectos de duración se debería tener presente las cargas familiares, pues nos encontramos dentro del nivel asistencial y no dentro del nivel contributivo, por lo que acreditar la situación de necesidad por cargas familiares debería modalizar la duración del mismo).

trate de extinciones de mutuo acuerdo en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas³⁸⁵.

En todo caso, las indemnizaciones percibidas como consecuencia de despidos colectivos que requieran la aprobación de un expediente de regulación de empleo, hasta el límite señalado, seguirán quedando exentas, ya que no habría una extinción de la relación laboral de mutuo acuerdo y no tendrían cabida en los planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas.

En efecto, es preciso distinguir entre la regulación de empleo y el sistema de baja anticipada. Así, el primero se impone efectivamente a la voluntad del trabajador, que no puede rechazarlo. Frente a ello, el sistema de baja incentivada supone un plan de la empresa, debidamente dotado, con el que se pretende estimular la baja voluntaria. Y, sobre ello, se ha pronunciado el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, unificando doctrina en su STS de 25 de noviembre de 2002, reiterada posteriormente en STS de 10 de diciembre de 2002, indicando que *“el ofrecimiento de la prejubilación anticipada que hizo la empresa de conformidad con lo previsto en el Convenio Colectivo (...) no constituye un supuesto de extinción forzosa del contrato de trabajo impuesto por la empresa a los trabajadores, sino que merece la calificación de extinción voluntaria incentivada que en todo momento pudo el trabajador no aceptar”*.

Por tanto, en base a esta consideración, no tendría cabida dentro de esta exención las cantidades indemnizatorias recibidas en las prejubilaciones o sistemas de baja incentivada, tratándose de rentas sujetas y no exentas, tal y como manifiesta la STSJ de Andalucía de 14 de octubre de 2005. Notemos que si quedarían gravados, como rendimientos del trabajo, los salarios de tramitación que llegase a percibir el trabajador. Estos se devengarían en sustitución de los dejados de recibir desde que se produjo el despido y hasta la fecha de notificación del fallo judicial sobre su improcedencia o de la conciliación.

³⁸⁵ Se evita así el tener que acudir a una declaración judicial de la improcedencia del despido y a la mediación del SMAC, pues esta improcedencia se admite por el propio empresario al acordar el abono de la indemnización al trabajador y depositarla en el Juzgado de lo Social a su disposición, sin que esto signifique que se trate de una extinción voluntaria del trabajador de la relación laboral, pues sigue siendo válido el principio de que las indemnizaciones pactadas no están exentas. Solo se pretende aligerar los requisitos formales de la declaración de improcedencia del despido.

Por otro lado, la antigüedad del trabajador en la empresa determina la cuantía indemnizatoria obligatoria. En este sentido y a efectos de la aplicación de la exención, la Administración considera que solo se computaría el tiempo estrictamente trabajado en esa empresa³⁸⁶. Ahora bien, cuando se trata de un trabajador que ha prestado sus servicios a un grupo de empresas, la jurisprudencia del TS, parte del entendimiento de que estamos en presencia de un único empleador. En consecuencia, en estas ocasiones, el número de años exentos sería el total trabajado para el grupo de empresas, y no en la última de la que fue despedido, criterio que fue reconocido por la Dirección General de Tributos en su Resolución de 14 de noviembre de 2001.

De igual modo, en los casos de sucesión de empresas, bien por absorción, por transmisión o por fusión, a efectos de determinar la indemnización exenta habría que tener en cuenta el tiempo trabajado en la empresa absorbida, transmitida o extinguida. En relación a un supuesto de absorción, comparte este criterio la Resolución de la DGT de 14 de noviembre de 2001.

No obstante, en caso de despido improcedente, admitido por el propio empresario o reconocido judicialmente, quedaría por determinar como tributaría el exceso en caso de que el empresario hubiese decidido indemnizar con mayor cuantía. Ese exceso no se trataría de una cuantía obligatoria que en virtud del ET, de su normativa de desarrollo o de la aplicación de una resolución jurisprudencial, debiese pagar la empresa al trabajador. Mas al contrario, se trataría de un derecho económico a favor del trabajador que nace en virtud del acuerdo voluntario entre éste o sus representantes legítimos (convenio colectivo) y la empresa, por lo que no podría acogerse a la exención prevista en el art.7.e) de la LIRPF, al carecer del carácter “obligatorio” que prevé el precepto, que apostilla expresamente “*sin que pueda considerarse como tal (indemnización obligatoria) la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato*”.

Sin embargo, aunque se excluya la exención, creemos que resultaría aplicable la reducción del 40% para rendimientos del trabajo calificados reglamentariamente como obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, prevista en el art.17.2.a) del

³⁸⁶ En este sentido se manifiestan las Resoluciones del TEAC de 2 de diciembre de 1999 y de 22 de marzo de 2002, y de la DGT de 22 de septiembre de 1999, que indicaban que la indemnización correspondiente a los años de trabajo en otras empresas del sector no puede entenderse como obligatoria por ley, sino por convenio, por lo que no se computa a efectos de la extinción.

TRLIRPF y en el art.18.2 de la nueva Ley del IRPF, y desarrollada en el art.10.1 del RIRPF. El precepto reglamentario determina que rentas, siempre que se imputen en un único periodo impositivo, tendrán esta consideración y, por tanto, deberán reducirse en un 40%, encontrándose en la letra f) *“Las cantidades satisfechas por la empresa a los trabajadores por la resolución de mutuo acuerdo de la relación laboral”*.

6.2. Prestación por desempleo.-

El art.16.1 de la Ley del IRPF califica expresamente como rendimientos íntegros del trabajo las prestaciones por desempleo. No obstante, el artículo 7 n) de la misma norma, declara exentas: *“Las prestaciones por desempleo reconocidas por la respectiva entidad gestora cuando se perciban en la modalidad de pago único establecida en el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, con el límite de 12.020,24 euros, siempre que las cantidades percibidas se destinen a las finalidades y en los casos previstos en la citada norma.*

El límite establecido en el párrafo anterior no se aplicará en el caso de prestaciones por desempleo percibidas por trabajadores discapacitados que se conviertan en trabajadores autónomos, en los términos del artículo 31 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

La exención prevista en el párrafo primero estará condicionada al mantenimiento de la acción o participación durante el plazo de cinco años, en el supuesto de que el contribuyente se hubiera integrado en sociedades laborales o cooperativas de trabajo asociado, o al mantenimiento, durante idéntico plazo, de la actividad, en el caso del trabajador autónomo”.

Conforme a lo anterior, la exención de 12.020,24 euros estará condicionada al mantenimiento de la participación durante el plazo de cinco años a contar desde la fecha de la adquisición de dicha participación o acción en la sociedad laboral exigida para la percepción de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único.

No se entenderá cumplida la condición de mantenimiento de la acción o participación en aquellos supuestos en los que se transforma la sociedad laboral en otra

persona jurídica, ni cuando se recupera la inversión a través de devolución de las aportaciones vía reducción de capital. La parte que exceda del límite señalado tributará como rendimiento íntegro del trabajo de conformidad con el artículo 16.1 de la Ley del Impuesto, sin que sea aplicable reducción alguna. Tanto el límite máximo exento de los 12.020,24 euros como el mantenimiento de los 5 años como requisito para que la exención se convierta en definitiva no será exigible para trabajadores discapacitados que se conviertan en autónomos.

En cuanto a su imputación temporal, la Ley del IRPF señala en el artículo 14.2 c) que: *"La prestación por desempleo percibida en su modalidad de pago único de acuerdo a lo establecido en la normativa laboral podrá imputarse en cada uno de los períodos impositivos en que, de no haber mediado el pago único, se hubiese tenido derecho a la prestación. Dicha imputación se efectuará en proporción al tiempo que en cada período impositivo se hubiese tenido derecho a la prestación de no haber mediado el pago único"*.

Por tanto, si el contribuyente optase por este criterio de imputación temporal, que normalmente le resultaría mas favorable ya que le permitiría reducir la progresividad de la parte de general del impuesto, tendría que prorratear por meses primero y agrupar por años naturales después la cuantía percibida en forma de pago único. La renta anual imputada hasta 12.020,24 euros estaría exenta y el exceso se integraría como rendimiento del trabajo³⁸⁷.

En todo caso, recordemos que cuando se perciba las prestaciones ordinarias de desempleo a cargo de la Seguridad Social, tanto el subsidio como el seguro de desempleo, se integrarán en su totalidad como rendimiento íntegros del trabajo, sin que les corresponda exención o reducción específica.

³⁸⁷ Así, un trabajador desempleado al que le fuese reconocida una prestación por desempleo mediante pago único de 32.500 € por el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2006 a 31 de diciembre de 2008, tendría que imputarse 6.500 € en 2006 (medio año) y 13.000 € en 2007 y 2008 (años completos). En consecuencia, a efectos de su IRPF, en 2006 no rebasaría el límite indicado anteriormente y la cuantía imputada quedaría exentas. Mientras que en 2007 y 2008 tendría que integrar como rendimiento íntegro del trabajo el exceso, 979,74 €

6.3. Reducción por movilidad geográfica como incentivo para trabajadores desempleados.-

Desde 2003 la normativa del IRPF prevé un importante incentivo fiscal para abandonar una situación de desempleo en aquellos casos en los que la oferta de trabajo suponga un traslado de residencia habitual. Enmarcada en las políticas de lucha contra el desempleo, el legislador incentiva fiscalmente la movilidad geográfica del trabajador desempleado para salir de esa situación.

En efecto, la Ley 46/2002 introdujo en la Ley 40/1998 del IRFP la denominada reducción por movilidad, que posteriormente se ha mantenido en el TRLIRPF y en la nueva ley vigente a 1 de enero de 2007, si bien en ésta última se altera su ubicación dentro del impuesto³⁸⁸.

El beneficio consiste en una reducción del 100 % de las rentas del trabajo, o lo que es lo mismo, en no someterlas a gravamen. Los requisitos para aplicar esta reducción son los siguientes: a.- que se trate de contribuyentes desempleados; b.- que se encuentren inscritos en la oficina de empleo; c.- que acepten un puesto de trabajo que se encuentre en un municipio distinto al de su residencia habitual³⁸⁹; d.- que como

³⁸⁸ Este beneficio fiscal lo encontramos en el art.53 del TRLIRPF para el ejercicio 2006 y en el art. 20.2.b) de la nueva del IRPF para el periodo impositivo 2007, viniendo su desarrollo reglamentario en el art.47 del RIRPF.

³⁸⁹ En relación a este requisito, la RDGT 74/2006, de 11 de abril, manifiesta que la aceptación de una beca no puede equiparse a un puesto de trabajo y que, por tanto, no se entendería cumplido y no sería aplicable la reducción del 100% sobre los rendimientos obtenidos.

Señala la RDGT 74/2006 que: *“Por otra parte, las becas (con excepción de las exentas) si bien constituyen rendimientos del trabajo a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas según lo dispuesto en el artículo 16.2.h) del TRLIRPF, se caracterizan, por su propia naturaleza, por ser subvenciones o ayudas que no tienen la consideración de salario o contraprestación y que son concedidas en interés del propio beneficiario, características que son incompatibles con la existencia de un contrato de trabajo o de una relación estatutaria que suponen la prestación de servicios profesionales dentro del ámbito de organización y dirección del empleador y de los que se derivan las retribuciones percibidas. De acuerdo con lo expuesto, la consultante no podrá aplicar la reducción por movilidad geográfica prevista en el artículo 53 del TRLIRPF por el traslado de su residencia de Lugo a Madrid como consecuencia de la aceptación de la beca de formación. Posteriormente, al aceptar la oferta de trabajo y suscribir el contrato en prácticas, podrá aplicar la citada reducción si se cumplen los requisitos anteriormente mencionados”*.

Sin embargo, esta posición administrativa nos suscita algunas dudas. En primer lugar, los ingresos de las becas son calificados como rendimientos del trabajo en el IRFP, por lo que parece que el legislador tributario asimila estas a los contratos de trabajo. Apoyando esta tesis, recordemos que en muchos casos, esas becas implican el cumplimiento de una serie de obligaciones para el becario, que podrían equiparse a las obligaciones laborales propias de un contrato de trabajo. De hecho, en caso de incumplimiento, es común que las bases de la convocatoria establezcan que la entidad concedente pueda revocarla.

consecuencia de lo anterior, se produzca el traslado de su residencia habitual a un nuevo municipio³⁹⁰.

El tiempo durante el que se extendería esa reducción del 100% de las rentas del trabajo sería el periodo impositivo en que se produzca el cambio de residencia habitual y el siguiente. De ello se desprende tres aspectos relevantes:

En primer lugar, el momento del nacimiento del derecho a la reducción. La reducción no resultaría aplicable durante el tiempo en que no se hubiese consumado ese cambio de residencia habitual. Por tanto, podría ocurrir que el trabajador aceptase la oferta y comience su relación laboral sin modificar su residencia habitual; y posteriormente, en el periodo impositivo siguiente, decida trasladarse al municipio donde se encuentre su puesto de trabajo o a algún otro mas cercano. En este caso, el derecho a la reducción del 100% de las rentas obtenidas no nacería hasta que se concretase ese cambio de residencia en el periodo impositivo siguiente y se extendería a las rentas del trabajo obtenidas durante ese periodo y el posterior.

En segundo lugar, la ley se refiere a periodos impositivos y no a años naturales. Por tanto, si el cambio de residencia se produce el 30 de diciembre, la reducción se aplicaría a las rentas del trabajo obtenidas en ese periodo impositivo y en el siguiente; no se aplicaría la reducción prorrateada en cada periodo impositivo, sino que sería siempre del 100%..

En tercer lugar, nada dice el precepto sobre la prueba de ese cambio de residencia habitual. Resultaría recomendable que el contribuyente comunicase de inmediato ese hecho a la AEAT y modificase su domicilio fiscal. No obstante, en caso de que no comunicase este hecho a la Administración, no perdería el derecho a la reducción, si bien tendría que acreditar la veracidad del cambio de residencia con los medios de prueba admitidos en Derecho (certificado de empadronamiento, contrato de adquisición o de alquiler del inmueble donde fije su nueva residencia, matriculación de sus hijos en algún colegio de ese municipio, etc.).

³⁹⁰ En relación a este requisito debemos añadir que tal y como manifiesta la RDGT 1147/2006, de 15 de junio, el nuevo municipio donde traslade su residencia habitual no tiene porque ser el mismo que aquel en el que se encuentre el puesto de trabajo aceptado.

Notemos que la normativa no limita la reducción a los rendimientos del trabajo obtenidos como consecuencia de la aceptación del puesto de trabajo. Por tanto, cabe entenderse que se aplicará a todos los rendimientos de trabajo obtenidos durante el tiempo en que el contribuyente tenga derecho a la misma. Esto implicaría que aquellas rentas del trabajo (por ejemplo, remuneración de otro trabajo previo y prestación por desempleo) obtenidas durante el periodo impositivo en el que nace el derecho a la reducción no quedarían gravadas; y de igual forma, que una vez expirada la relación laboral que origina la reducción por movilidad geográfica, las rentas del trabajo que obtuviese posteriormente durante el tiempo de duración del derecho, podrían ser reducidas en un 100%.³⁹¹.

Por último, nada se dice sobre las posibles causas de extinción del derecho a esta reducción. Por ejemplo, si el trabajador volviese a trasladar su residencia habitual de nuevo durante el periodo de vigencia de la reducción³⁹².

6.4.- Deducciones establecidas por las Comunidades Autónomas de régimen común.-

6.4.1. Por fomento al empleo.-

En la Comunidad Autónoma de Andalucía, desde el año 2003, son de aplicación dos deducciones a practicar sobre la cuota íntegra del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas dirigidas al fomento del autoempleo, por un lado, la deducción para el

³⁹¹Entendemos que esta interpretación normativa ha sido compartida por la RDGT 11247/2006, de 15 de junio, en respuesta a una consulta vinculante formulada al efecto.

³⁹² En este sentido, la tipología de casos que se puede presentar es diversa. Si dentro del periodo indicado volviese al municipio donde se encontraba su residencia original, creemos que habría que distinguir los casos en los que lo hiciese acogiéndose de nuevo a esta reducción (nueva situación de desempleo, nueva inscripción en una oficina de empleo, nueva oferta de trabajo cercana al municipio donde se encontraba su residencia original y traslado de residencia efectivo) de aquellos otros en los que no tuviera derecho a la misma. En los primeros, nacería de nuevo el derecho a la reducción durante ese periodo impositivo y el siguiente. En el segundo, tenemos dudas sobre si seguiría siendo aplicable la reducción original o si el retorno al municipio de su residencia habitual supondría una causa de extinción, al incumplir en ese momento uno de los requisitos exigibles para su aplicación.

fomento del autoempleo de los jóvenes emprendedores³⁹³ y, por otro, la deducción para el fomento de las mujeres emprendedoras³⁹⁴.

En relación con la primera, podrán aplicarla los jóvenes emprendedores, es decir, aquél contribuyente que reúna los siguientes requisitos: a) no haber cumplido 35 años en la fecha de devengo del impuesto; b) haber causado alta en el censo de empresarios, profesionales y otros obligados tributarios previsto en la normativa estatal, Real Decreto 1041/2003, de 1 de agosto por primera vez durante el período impositivo, así como mantener dicha situación de alta durante un año natural; c) dicha actividad económica se desarrolle en el territorio de la Comunidad Autónoma. Siendo el importe de la deducción de 150 euros.

La segunda va orientada a favorecer el autoempleo de la mujer, consistente en una deducción de 300 euros, cuando concurren los siguientes requisitos: a) que la mujer emprendedora haya causado su alta en el censo de empresarios, profesionales y otros obligados tributarios previsto en la normativa estatal, Real Decreto 1041/2003, de 1 de agosto; b) que sea la primera vez que se realiza la citada alta en el censo de obligados tributarios; c) dicha alta ha de mantenerse durante un año natural; d) que la actividad económica se desarrolle en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía; e) esta deducción es incompatible con la deducción anterior, para el fomento del autoempleo de los jóvenes emprendedores.

En parecidos términos a los anteriores, la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, establece dos deducciones que tienen como presupuesto generador el fomento al autoempleo:

Por un lado, la deducción para el fomento del autoempleo³⁹⁵, que va dirigida a mujeres y jóvenes emprendedores³⁹⁶. El importe de la deducción, cuando se trata de

³⁹³ Art.6 de la Ley 10/2002, de 21 de diciembre, por la que se aprueban normas en materia de tributos cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y financieras (BOE. 16/01/03 - B.O.J.A. 24/12/02), manteniendo su aplicación para los ejercicios 2004, 2005 y 2006.

³⁹⁴ Art.7. de la Ley 10/2002, de 21 de diciembre, por la que se aprueban normas en materia de tributos cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y financieras (B.O.E. 16/01/03 - B.O.J.A. 24/12/02), manteniendo su aplicación para los ejercicios 2004, 2005 y 2006.

³⁹⁵ Art.7.Sexta de la Ley 7/2005, de 29 de diciembre, de medidas presupuestarias, administrativas y tributarias de acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2006, (BOPA núm.301, de 31 de diciembre de 2005; BOE núm.83, de 7 de abril de 2006).

mujeres emprendedoras, cualquiera que sea su edad, asciende a 160 euros, y en el caso de los jóvenes emprendedores menores de 30 años a la fecha de devengo del impuesto, será de 160 euros. La deducción será de aplicación en el período impositivo en que se produzca el alta en el censo de obligados tributarios por primera vez

Por otro lado, la deducción para el fomento del autoempleo³⁹⁷. En este caso la deducción va dirigida para los trabajadores emprendedores cuya base imponible, previa a la reducción por mínimo personal y familiar, no exceda de 23.340 euros en tributación individual o de 32.888 euros en tributación conjunta podrán deducir 64 euros. Se considerará trabajadores emprendedores a quienes formen parte del censo de obligados tributarios previsto en la normativa estatal, siempre que su actividad se desarrolle en el territorio del Principado de Asturias. En todo caso, esta deducción será incompatible con la deducción anterior para mujeres y jóvenes emprendedores.

También la Comunidad Autónoma de Castilla y León, para el ejercicio 2005, ha establecido la deducción para el fomento del autoempleo de las mujeres y jóvenes³⁹⁸. En este caso, se podrán beneficiar de la misma los jóvenes menores de 36 años y las mujeres, cualquiera que sea su edad, que causen alta en el censo de obligados tributarios, por primera vez, durante el período impositivo y mantengan dicha situación de alta durante un año. La deducción será de 500 euros, siempre que la actividad se desarrolle en el territorio de la Comunidad Autónoma³⁹⁹.

Las deducciones establecidas por las Comunidades Autónomas anteriores, solamente son de aplicación una sola vez, en el ejercicio en que se cause alta en el censo, ya que en el año siguiente, no se cumple este requisito. Por tal motivo se deben practicar en el año en que se comienza con la actividad que estadísticamente coincide con el año

³⁹⁶ Es decir, cuando causen alta en el censo de obligados tributarios previsto en la normativa estatal por primera vez durante el período impositivo y mantengan dicha situación de alta durante un año natural, siempre que dicha actividad se desarrolle en el territorio de la Comunidad Autónoma.

³⁹⁷ Art.7.Séptima de la Ley 7/2005, de 29 de diciembre, de medidas presupuestarias, administrativas y tributarias de acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2006, (BOPA núm.301, de 31 de diciembre de 2005; BOE núm.83, de 7 de abril de 2006).

³⁹⁸ Art.8 del Decreto Legislativo 1/2006, de 25 mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Castilla y León en materia de tributos cedidos por el Estado, (BO. Castilla y León núm.104, de 31 mayo de 2006).

³⁹⁹ Cuando los contribuyentes anteriores no tengan su domicilio fiscal en municipios que excedan de 10.000 habitantes o que tengan más de 3.000 habitantes y que disten menos de 30 kilómetros de la capital de la provincia, el importe de la deducción será de 1.000 euros. La deducción será de aplicación en el período impositivo en el que se produzca el alta en el Censo de Obligados Tributarios por primera vez.

en el que se realizan las mayores inversiones por comenzar la actividad y normalmente se obtienen pérdidas o los beneficios son tan reducidos que debido al proceso del liquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Por esta razón, en muchas ocasiones, aunque se tenga derecho a la aplicación de la deducción, no se podrá beneficiar de la misma por la inexistencia de cuota íntegra.

6.4.2. Por trabajo.-

a) Deducción por traslado de residencia por motivos de trabajo.-

La Comunidad Autónoma de Canarias tiene establecida una deducción por traslado de residencia de una isla a otra del archipiélago, por motivos de trabajo⁴⁰⁰. Los contribuyentes que trasladen su residencia habitual desde la isla en la que ésta figure a cualquiera de las demás islas del Archipiélago para realizar una actividad laboral por cuenta ajena o una actividad económica, siempre que permanezcan en la isla de destino durante el año en que se produzca el traslado y los tres siguientes, podrán practicar una deducción de 300 euros, en la cuota íntegra autonómica en el período impositivo en el que se produzca el cambio de residencia y en el siguiente, con el límite de la parte autonómica de la cuota íntegra procedente de rendimientos del trabajo y de actividades económicas en cada uno de los dos ejercicios en que sea aplicable la deducción⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ Art.4 de la Ley 10/2002, de 21 de noviembre, por la que se regula el tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en la Comunidad Autónoma de Canarias (BOC núm.157, de 27 de noviembre de 2002), en la redacción dada por la por disp. adic. 15.1 de Ley 9/2005, de 27 diciembre, Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2006, con efecto desde el 1-1-2005, tras su incorporación por el art.1. Segundo de la de Ley 2/2004, de 28 mayo, de Medidas Fiscales y Tributarias, (BOC núm.107, de 4 junio 2004), con efectos desde el 1 de enero de 2004.

⁴⁰¹ En el supuesto de tributación conjunta, la deducción de 300 euros se aplicará, en cada uno de los dos períodos impositivos en que sea aplicable la deducción, por cada uno de los contribuyentes que traslade su residencia en los términos previstos en el apartado anterior, con el límite de la parte autonómica de la cuota íntegra procedente de rendimientos del trabajo y de actividades económicas que corresponda a los contribuyentes que generen derecho a la aplicación de la deducción.

b) Deducción por trabajo dependiente.-

La Comunidad Autónoma de Extremadura⁴⁰², ha creado para los contribuyentes que perciban retribuciones del trabajo dependiente, cuyos rendimientos íntegros por tal concepto no superen la cantidad de 15.000 euros anuales, la deducción de 120 euros, siempre que los rendimientos íntegros procedentes de las demás fuentes de renta no excedan de 600 euros.

c) Deducción por la realización por uno de los cónyuges de la unidad familiar de labores no remuneradas del hogar.-

La Comunidad Autónoma de Valencia⁴⁰³, ha establecido una deducción de 128 euros, que se aplicará por la realización de uno de los cónyuges de la unidad familiar de labores no remuneradas. Será necesario la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que la base liquidable general de la unidad familiar no supere la cantidad de 12.696 euros; b) que a ninguno de los miembros de la unidad familiar le sean imputadas rentas inmobiliarias, ni obtenga ganancias o pérdidas patrimoniales, ni rendimientos íntegros del capital inmobiliario, ni del mobiliario en cuantía superior a 316 euros y, c) que tengan dos o más descendientes que den derecho a la correspondiente reducción en concepto de mínimo familiar⁴⁰⁴.

⁴⁰² Art.4.2. de la Ley 8/2002, de 14 de noviembre, de reforma fiscal de la Comunidad Autónoma de Extremadura, (DOE núm.145, de 14 de diciembre de 2002) modificado por la Disposición Adicional 2.1 de la Ley 7/2003, de 19 de diciembre.

⁴⁰³ Art.4.Uno.h) de la Ley13/1997, de 23 de diciembre, por el que se regula el tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y restantes tributos cedidos en la redacción dada por el art.30 de la Ley 14/2005, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión financiera y administrativa, y de organización de la Generalitat.

⁴⁰⁴ Se entenderá que uno de los cónyuges realiza estas labores cuando en una unidad familiar de la modalidad primera recogida en le Ley IRPF sólo uno de sus miembros perciba rendimientos del trabajo o de las actividades económicas.

CAPÍTULO III.

PROTECCIÓN TRIBUTARIA DE LAS FAMILIAS CON ALGÚN MIEMBRO DISCAPACITADO

1. Concepto y acreditación de la discapacidad en el Derecho Tributario.-

En los últimos años se ha denunciado desde distintas instancias el alto grado de dispersión terminológica existente en nuestro ordenamiento en la utilización de los términos que hacen referencia tanto a la situación como a la figura del discapacitado. Términos como el de minusválido, incapacitado, disminuido, deficiente, etc. han sido utilizados frecuentemente, con mayor o menor fortuna, incluso en el ámbito estrictamente legal, como sinónimos para hacer referencia a una misma realidad, contribuyendo a promover la lógica confusión⁴⁰⁵.

Como prueba de lo indicado en el ordenamiento tributario, basta acudir a la normativa del IRFP y del IVA. Así, el artículo 91.Dos.4º, último párrafo, de la LIVA, establece que *“A efectos de esta Ley se considerarán personas con minusvalía a quienes tengan esta condición legal en grado igual o superior al 33 por 100, de acuerdo con el baremo a que se refiere la disposición adicional segunda de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre”*. Mientras que el art. 60.3 de la nueva ley del IRFP, así como el art.70 del RIRPF especifican que a efectos de este impuesto, tendrán la consideración de discapacitados los contribuyentes que acrediten un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100.

En este sentido, parece que el legislador ha tomado nota y en la ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de

⁴⁰⁵ Informe del defensor del pueblo titulado “Presente y futuro de la discapacidad”, octubre de 1999

dependencia, establece en su Disposición adicional octava que “ *Las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía, se entenderán realizadas a «personas con discapacidad»*”, y con afán uniformador, continúa indicando que “*A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos «persona con discapacidad» o «personas con discapacidad» para denominarlas*”.

Ahora bien, con independencia de la cuestión terminológica, la principal conclusión que podemos extraer, es la existencia de un concepto idéntico de persona con minusvalía o discapacidad en las leyes reguladoras del IVA y del IRPF, esto es, que tenga reconocido oficialmente un grado de minusvalía igual o superior al 33%, lo que nos lleva a considerar que en el ordenamiento tributario existe un concepto base en esta materia, que a falta de mención específica, sirve de referencia para determinar cuando una persona puede beneficiarse de las distintas medidas existentes en las distintas figuras tributarias estatales destinadas al grupo social aludido.

No obstante y aunque se puede partir del anterior concepto, no podemos olvidar que habrá que estar a lo dispuesto en la normativa reguladora de cada tributo y, además, al beneficio o incentivo fiscal concreto, para saber a que personas afecta y que no especifica un ámbito subjetivo distinto del que partimos inicialmente⁴⁰⁶.

Sin embargo, insistimos en el concepto anterior, como punto de partida para abordar el análisis de la discapacidad en el ordenamiento tributario, y en éste, resulta fundamental la acreditación del grado de minusvalía. En la actual normativa del IRPF se

⁴⁰⁶ Como prueba de la necesidad la adoptar la cautela indicada, observemos como el artículo 2.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Norma Tributaria con esa finalidad, efectúa la siguiente distinción: «a efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento; b) las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100». Distinción que tiene su relevancia, debido a que dicha norma, incluye importantes medidas fiscales que se han incorporado a la normativa del IRPF, pero no así dicha distinción.

De igual forma, la nueva ley del IRFP, modifica la disposición adicional cuarta del texto refundido de la Ley de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, que quedará redactada de la siguiente manera: Podrán realizarse aportaciones a planes de pensiones a favor de personas con un grado de minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100, psíquica igual o superior al 33 por 100, así como de personas con discapacidad que tengan una incapacidad declarada judicialmente con independencia de su grado. A los mismos les resultará aplicable el régimen financiero de los planes de pensiones con las siguientes especialidades (...)

entiende acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 cuando concurre alguna de las siguientes situaciones: a) ser pensionista de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez⁴⁰⁷; b) ser pensionistas del sistema de Clases Pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad⁴⁰⁸; c) en el caso de no estar en alguna de las anteriores situaciones, o estándolo, pero se desea poner de manifiesto un grado de minusvalía superior, se deberá acreditar el mismo mediante certificado o resolución expedido por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO) o por el órgano competente de las Comunidades Autónomas a las que se les haya transferido dicha competencia⁴⁰⁹.

El RIRPF, también determina que el grado de minusvalía será igual o superior al 65%, para aquellas personas con minusvalía cuya incapacidad haya sido declarada judicialmente en el orden civil⁴¹⁰, aunque no alcancen dicho grado⁴¹¹.

De acuerdo con lo anterior, si concurre alguna de las equiparaciones entre pensión por incapacidad y grado de minusvalía, no será necesario solicitar la acreditación de la existencia de una minusvalía y de su grado al IMSERSO u órgano de la Comunidad Autónoma competente. En caso contrario, es decir, si esta a la espera del

⁴⁰⁷ Resolución de la DGT núm.927, de 13 de abril de 2004, señala que “*Los pensionistas del Régimen General de la Seguridad Social, cuyas prestaciones por incapacidad permanente están fijadas en función del grado de incapacidad cuando lo son en grado de total, absoluta o gran invalidez se les considera acreditada una minusvalía del 33 por ciento, a efectos del IRPF*”.

⁴⁰⁸ Equiparación con los trabajadores de la Seguridad Social llevada a cabo por el artículo 27 del Real Decreto 27/2003, de 10 de enero, por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, (BOE 11 de enero de 2003), dando nueva redacción a su artículo 67, con efectos a partir del 1 de enero de 2003, por lo que antes de dicha modificación los pensionistas de clases pasivas tenían que acudir al IMSERSO para acreditar su invalidez ya que en este régimen no existe graduación, ni siquiera con carácter de mínima, Resoluciones de la DGT 2161/2001, de 5 de diciembre, y 418/2001, de 26 de febrero.

⁴⁰⁹ De igual modo, la necesidad de ayuda de terceras personas para desplazarse a su lugar de trabajo o para desempeñar el mismo, o la movilidad reducida para utilizar medios de transporte colectivos, deberá igualmente acreditarse mediante certificado o resolución expedidos por los organismos citados.

⁴¹⁰ Ante la expresión utilizada por texto normativo “incapacidad declarada judicialmente” la DGT interpreta que se refiere «únicamente al ordenamiento civil, es decir, a la contemplada en el artículo 199 del Código Civil, pues sólo en dicha normativa puede hablarse propiamente de “declaraciones judiciales de incapacitación de las personas”, sin que sea lícito extender o considerar en su ámbito las resoluciones de los tribunales del orden social o de cualquier otro orden jurisdiccional que conozcan de los recursos en materia de “incapacidades para el trabajo”, a falta de mención expresa en la normativa reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», Resoluciones de la DGT, 1.997/2004, de 23 de noviembre, 1.629/2004, de 9 de agosto y 749/2004, de 24 de marzo.

⁴¹¹ A partir del 1 de enero de 2000, a través de la disposición adicional duodécima de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm.312, de 30 de diciembre de 2000), se llevo a cabo la equiparación a efectos fiscales a los incapacitados judicialmente con las personas con discapacidad con un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100.

otorgamiento de la pensión por incapacidad o, se necesita acreditar un grado de invalidez superior al fijado por las equiparaciones anteriores o, no se da dicha equiparación, el discapacitado deberá solicitar el dictamen acreditativo de la misma.

Junto a lo anterior, en un trabajo de las presentes características, no podemos desconocer que aunque existe una doctrina que niega los beneficios fiscales si el contribuyente no posee el dictamen acreditativo de su minusvalía expedido por el órgano competente (o las equiparaciones de la minusvalía según la pensión concedida) en la fecha del devengo del impuesto⁴¹², se está abriendo otra línea que consideramos más acorde con el espíritu y finalidad de las medidas establecidas en favor de las personas discapacitadas. Nos estamos refiriendo a dos cuestiones, la primera, que la existencia de la minusvalía se puede probar por cualquier otro medio válido en Derecho y, segunda, que la acreditación posterior no impide otorgarle efectos retroactivos siempre que exista constancia de la concurrencia de la minusvalía en los años anteriores y no hubieran prescrito.

En relación con el primer aspecto, la Ley 18/1991, y su Real Decreto 1841/1991, en su artículo 31 admitían que la condición de minusválido podría acreditarse ante la Administración Tributaria por cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho. Ante esta posibilidad bastaba acreditar que las circunstancias de la minusvalía se reunían al concluir el período impositivo sin necesidad de acreditarla por los dictámenes de los órganos competentes⁴¹³.

En la actual normativa del IRPF se produce una variación en la redacción que parece limitar los medios de prueba al certificado emitido por el IMSERSO u órgano competente de las Comunidades Autónomas y a las presunciones entre pensión de incapacidad y grado de minusvalía, pero dicha normativa lo que está manifestando es la necesidad de tener la condición de minusválido para poder acogerse a los beneficios que se recogen, si bien tal circunstancia se podrá acreditar mediante las posibilidades enumeradas, nada impediría, a nuestro juicio, que se pueda acreditar por otros medios

⁴¹² Entre otras, la Resolución del TEAC, de 17 de febrero de 2005, STSJ de Cataluña, de 22 noviembre de 2001, Resolución TEAF, Guipúzcoa, de 24 de febrero de 2005.

⁴¹³ (SSTSJ de Castilla y León, Burgos, de 14 de marzo de 2003, 31 de julio de 2003, de 15 de febrero de 2005, y de 11 de marzo de 2005, STSJ de Baleares de 22 de noviembre de 2002, STSJ de Andalucía, Sevilla, de 24 de diciembre de 2002 y STSJ de Asturias de 30 de marzo de 2004; RTEAC de 5 de diciembre de 2002)

de prueba, ya que según pensamos, la única finalidad perseguida por el legislador es que el contribuyente, a quién van dirigidos los beneficios fiscales, fuera discapacitado en la fecha del devengo del impuesto y ésta circunstancia puede ser probada por cualquier medio admitido en Derecho.

Lo anterior, también nos lleva a afirmar que si la prueba o la acreditación de la minusvalía se obtiene en un ejercicio posterior no impide otorgarle efectos retroactivos a periodos impositivos anteriores siempre que no hubieran prescrito y que en dicha acreditación quede constancia del momento en que el contribuyente se encontró en una situación de disvalor por la minusvalía, ya que lo trascendente no es estar en posesión de un dictamen que acredite la correspondiente discapacidad sino que el contribuyente a la fecha del devengo del impuesto padezca una minusvalía que le otorgue el derecho a acogerse a los beneficios establecidos por el legislador, es decir, que en el momento de producirse el devengo del impuesto el contribuyente sea discapacitado aunque la prueba o acreditación de tal aspecto lo obtenga posteriormente⁴¹⁴.

2.- Beneficios fiscales de la discapacidad en el IRPF.-

El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, es un impuesto de carácter personal, subjetivo, que grava la renta de las personas físicas de acuerdo con sus circunstancias personales y familiares, y en consecuencia, recoge una variada gama de medidas a lo largo de su esquema liquidatorio, destinadas a minorar la renta gravada o a favorecer la tributación de las personas, que de acuerdo con la normativa tributaria, se puedan definir como discapacitados o para las familias en las que alguno de sus miembros ostente dicha condición.

Si bien ha resultado tradicional que este tributo incorporase algún incentivo fiscal en favor de los discapacitados, en los últimos años se ha producido una progresiva incorporación de medidas que ha establecido un marco tributario especialmente benévolo para este colectivo.

⁴¹⁴ Ante estas circunstancias tendrá derecho a la rectificación de la autoliquidación presentada y a la devolución correspondiente, tal y como lo han manifestado las STSJ de Castilla y León, Burgos, de 15 de febrero de 2005, y de 11 de marzo de 2005.

2.1 Rentas exentas.-

El art.7 de la nueva ley del IRPF se establecen las exenciones previstas para este impuesto, y entre ellas, las que tienen como objeto la discapacidad son:

1.- Las prestaciones concedidas como consecuencia de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, reconocidas por la Seguridad Social o por las entidades que la sustituyan⁴¹⁵.

Esta exención se encuentra en el art.7.f) y además, establece en su segundo párrafo, que también quedan exentas las prestaciones reconocidas a los profesionales no integrados en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos por las mutualidades de previsión social que actúen como alternativas al régimen especial de la Seguridad Social mencionado, siempre que se trate de prestaciones en situaciones idénticas las previstas para la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez de la Seguridad Social. La cuantía exenta tendrá como límite el importe de la prestación máxima que reconozca la Seguridad Social por el concepto que corresponda. El exceso tributaría como rendimiento del trabajo, entendiéndose producido, en caso de concurrencia de prestaciones de la Seguridad Social y de las mutualidades antes citadas, en las prestaciones de estas últimas⁴¹⁶.

2.- Las pensiones por inutilidad o incapacidad permanente del régimen de Clases Pasivas, siempre que la lesión o enfermedad que hubiera sido causa de las mismas

⁴¹⁵ En la Ley 18/1991, se declaraban exentas las prestaciones reconocidas al sujeto pasivo por la Seguridad Social por incapacidad permanente en su cuatro grados, parcial, total, absoluta y gran invalidez, pero a partir del 1 de enero de 1994 la exención solamente afecta a los dos últimos grados, incapacidad permanente absoluta y incapacidad permanente de gran invalidez, recogidas en el art.135, del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁴¹⁶ Exención nueva creada por la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras normas tributarias. Con esta medida se pretende equiparar el régimen de las prestaciones de las Mutualidades de Previsión Social con las prestaciones de la Seguridad Social cuando las primeras actúan como un sistema alternativo del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. Por dicho motivo, debe de tratarse de prestaciones reconocidas para las mismas situaciones acogidas por la Seguridad Social, incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, y el límite a la cuantía de la exención será el importe de la prestación máxima reconocido por la Seguridad Social.

inhabilite por completo al perceptor de la pensión para toda profesión u oficio. Exención regulada en el art.7.g) LIRPF.

3.- También habría que incluir, en la línea analizada, las Prestaciones por hijo a cargo⁴¹⁷. Esta exención, prevista en el art.7 h) de la LIRPF, ya fue tratada en el primer capítulo de nuestro trabajo, y como indicamos, dentro de estas prestaciones encontramos una asignación económica por cada hijo que sea menor de dieciocho años o cuando siendo mayor de dicha edad, esté afectado por una minusvalía en un grado igual o superior al 65 por 100, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación de aquellos, equiparándolo la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, con las situaciones de menores acogidos, en acogimiento familiar, permanente o preadoptivo.

4.- Las cantidades percibidas de instituciones públicas con motivo del acogimiento de personas con discapacidad o mayores de 65 años⁴¹⁸. Ya tratamos en el epígrafe 4.2.2 del capítulo I, esta exención, contenida en el art.7.i) de la LIRPF, cuando la prestación se produce por el acogimiento de menores.

En relación a las personas con minusvalía la primera nota destacable es que la prestación debe tener naturaleza pública, esto es, proceder de alguna institución pública, para que quede exenta en el IRPF, por lo que no quedarían exentas aquellas que procedieran de instituciones privadas. En segundo lugar, al referirse a instituciones públicas, entendemos que abarcará a todas aquellas que gocen de esta naturaleza, con independencia de que sean de carácter estatal, autonómico o local. Como vimos, estos dos rasgos son también compartidos cuando la exención recae sobre el acogimiento de menores. Será necesario que la persona objeto de acogimiento tenga la condición de discapacitado⁴¹⁹. Por tanto, la persona acogida deberá tener reconocido un grado de

⁴¹⁷ de acuerdo con lo recogidos en el Capítulo IX Título II del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁴¹⁸ Inicialmente este supuesto de exención afectaba solamente a personas con minusvalía o mayores de sesenta y cinco años pero a partir del 1 de enero de 2004 es también de aplicación en los supuestos de acogimiento de menores, en virtud de la nueva redacción dada por el art1. Primero. Dos de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

⁴¹⁹ Notemos que en el TRLIRP se refería a personas con minusvalía, si especificar nada más, y la nueva Ley, de acuerdo con la unificación terminológica que pretende implantar el legislador, lo sustituye por discapacidad.

minusvalía es igual o superior al 33 por 100, con independencia de la edad de dicha persona.

En cuanto a la noción de acogimiento, habrá que interpretarlo partiendo de su sentido jurídico, según lo regulado en los artículos 172 a 174 del Código Civil, aunque en dichos artículos se refiere exclusivamente a los menores, mientras que la norma tributaria le otorga un significado más amplio al referirse también a los mayores de 65 años y a las personas con discapacidad, por este motivo la interpretación de la noción acogimiento, para que sea aplicable la exención, abarca tanto a los acogimientos basados en la norma civil, (acogimiento familiar), como también para aquellas situaciones basadas en otras normas o planes de protección social que persigan paliar una situación deficiente que necesita de amparo o protección de otros⁴²⁰.

Por otro lado, ya comentamos en el Capítulo I, y a ello nos remitimos ahora, la problemática jurisprudencial ocasionada en relación a la extensión de esta exención a aquellas prestaciones recibidas no por acogimiento, sino por hijos discapacitados, donde el vínculo resulta aún más estrecho y donde, igualmente, se produce una situación similar merecedora de especial protección en el seno de la familia⁴²¹.

5.- Cabe destacar otra exención, contenida igualmente en el art 7.i) de la LIRPF, sobre las ayudas económicas otorgadas por instituciones públicas a personas con un grado de minusvalía igual o superior al 65% o mayores de 65 años para financiar su estancia en residencias o centros de día, siempre que el resto de sus rentas no excedan del doble del indicador público de renta de efectos múltiples, según añade la nueva Ley del IRPF.

Esta exención basada en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las personas trabajadoras, recoge como requisitos para su aplicación, los siguientes: a) que se trate de ayudas económicas otorgadas por

⁴²⁰ Las Resoluciones de la DGT 831/1999, de 20 mayo y 135./2003, de 31 enero, señalaban que no será de aplicación cuando no concurra la condición de acogimiento en la propia casa del perceptor de la ayuda.

⁴²¹ Nos remitimos a lo indicado en el epígrafe 4.2.2 del Capítulo I. . Además, sobre la evolución y la problemática del término acogimiento, vid. «Algunas consideraciones en relación con la exención de las cantidades percibidas por el motivo de acogimiento», PÉREZ LARA, José Manuel, *Rev. Jurisprudencia Tributaria*, núm.12, 2004, págs, 21 a 28.

instituciones públicas; b) dichas ayudas deben ser percibidas por personas con un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100 (con independencia de la edad) o mayores de 65 años; c) las ayudas han de tener como finalidad financiar la estancia de estas personas en residencias o centros de día⁴²²; d) que el resto de sus rentas no excedan del indicador público de renta de efectos múltiples⁴²³.

6.- De igual forma, hemos de tener en cuenta, aquélla que hace referencia a las prestaciones por desempleo reconocidas por la respectiva entidad gestora cuando se perciban en la modalidad de pago único, con independencia de su cuantía, por trabajadores discapacitados que se conviertan en trabajadores autónomos, exención contenida en el art.7.n) de la LIRPF y que pretende incentivar el autoempleo. Exención que fue ya comentada el epígrafe 6.2 del capítulo II, al que ahora nos remitimos⁴²⁴.

⁴²² Con este requisito la doctrina administrativa esta impidiendo que otro tipo de ayudas, que tienen por objeto mantener a la persona en su entorno social y familiar habitual quedan sujetas y no exentas del IRPF. En este sentido, se puede hablar de un trato discriminatorio si atendemos a la finalidad de la medida consistente en que dichas personas obtengan los cuidados necesarios para una vida digna, los mismos los pueden obtenerse en residencias o centros de día como en el entorno familiar habitual. Para la DGT, las ayudas domiciliarias no están exentas y si sujetas al impuesto, como rendimientos del trabajo, Resolución 439/2004, de 20 de diciembre, a consulta vinculante.

Además con la próxima entrada en vigor de la ley de dependencia y de la nueva ley del IRPF, que introduce una nueva exención –art.7 x) para las prestaciones económicas reconocidas en el citado texto, la interpretación de este precepto debería ser revisada y ajustarse al espíritu que persigue el legislador con ambas normas, que no es otro que un servicio público directo o indirecto vía prestación económica, que no sea gravado por el IRPF.

⁴²³ Supuesto de exención incorporado al apartado i) del art.7 del TRLIRPF por el art.2 de la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma de la LIRPF, en vigor desde el 1 de enero de 2003, y de aplicación a los períodos impositivos que se inicien a partir de dicha fecha, ampliando el supuesto de exención inicial.

La redacción que introdujo esta disposición utilizaba como indicador el salario mínimo interprofesional. No obstante, el Real Decreto-Ley 3/2004, de 25 de junio, llevó a cabo la desvinculación del salario mínimo interprofesional de otros efectos distintos de los laborales, por lo que a partir del 1 de julio del 2004, los efectos del salario mínimo interprofesional se limitan a los estrictamente laborales, manteniendo su vinculación en los supuestos tasados por la norma y, en su sustitución, se crea un indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) que será utilizado como referencia o indicador para otras circunstancias distintas de las enumeradas en la norma en las que se utiliza el SMI, en especial para determinar la cuantía de determinadas prestaciones o para acceder a determinados beneficios, prestaciones o servicios públicos. De acuerdo con lo anterior, habrá que entender que las referencias al salario mínimo interprofesional llevadas a cabo en la normativa fiscal se sustituirán por el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) y por ello, el nuevo proyecto de ley del IRPF ya recoge este indicador como referencia.

En este sentido la RDGT 772/2004 aclara que este último requisito es únicamente exigible para esta exención, referente a las ayudas económicas para sufragar el ingreso en residencias o centros día, y no para la exención contenida también en esta misma letra del art.7, y expuesta con anterioridad, sobre las prestaciones por acogimiento de discapacitados o mayores de 65 años. Creemos.

⁴²⁴ Como dijimos en el citado epígrafe, en el caso de trabajadores no discapacitados, la exención sólo es aplicable a un máximo de percepción de 12.020,24 i. La exclusión del límite cuantitativo para los trabajadores discapacitados se llevo a cabo como consecuencia de la nueva redacción dada por el art.2 de la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma del IRPF, con aplicación a partir de 1 de enero de 2003.

Además, el propio texto regulador del impuesto condiciona la exención al mantenimiento de la acción o participación durante el plazo de cinco años, en el supuesto de que el contribuyente se hubiere integrado en sociedades laborales o cooperativas de trabajo asociado, pero excluye este requisito de

En todo caso, hemos de recordar que dicha exención, queda condiciona a que el trabajador discapacitado se convierta en trabajador autónomo en los términos recogidos en el artículo 31 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que bajo la rúbrica, “*capitalización de las prestaciones por desempleo como medida de fomento de autoempleo de los minusválidos*”, se incluye a los trabajadores minusválidos en el ámbito de aplicación del número 1 del artículo 1 y artículo 6 del Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único como medida de fomento del empleo⁴²⁵.

permanencia a los discapacitados que vayan a iniciar su actividad como trabajadores autónomos, debido a que este condicionante va referido al supuesto de exención recogido en el primer párrafo y no para el segundo párrafo, el que se refiere a los trabajadores discapacitados.

⁴²⁵ En dichos artículos se recoge:

- Art.1.1. «Quienes sean titulares del derecho a la prestación por desempleo del nivel contributivo, por haber cesado con carácter definitivo en su actividad laboral, podrán percibir de una sola vez, el valor actual del importe de la que pudiera corresponderles en función de las cotizaciones efectuadas, cuando acrediten ante el INEM que van a realizar una actividad profesional como trabajadores autónomos o socios trabajadores de una cooperativa de trabajo asociado o sociedad que tenga el carácter de laboral según las correspondientes normas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social».

- Art. 6. «La percepción de la prestación por su valor actual será compatible con otras ayudas que para la promoción del trabajo autónomo o la constitución o integración en cooperativas o sociedades laborales pudieran obtenerse».

En la disposición adicional segunda de la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo se establecía que «quedan suprimidas las referencias a trabajadores autónomos y la promoción del trabajador autónomo o del número 1 del artículo primero y artículo sexto, respectivamente, del Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por el valor actual de su importe, como medida de fomento del empleo».

Como se recoge un su Exposición de Motivos «4. El abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único que regula el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, con el fin de potenciar la economía social, se mantiene vigente para quienes pretendan realizar una actividad profesional como socios trabajadores de una cooperativa de trabajo asociado o sociedad anónima laboral, y se suprime para el resto de los colectivos».

Pero Disposición transitoria cuarta, «Programa de fomento de empleo en economía social y empleo autónomo» de la Ley 45/2002, de 12 diciembre Medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (BOE núm.298, de 13 diciembre de 2002), vienes a establecer que: «1. En aplicación de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 228 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada al mismo por esta Ley, se mantendrá lo previsto en el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se establece el abono de la prestación por desempleo en su

modalidad de pago único, incluidas las modificaciones incorporadas por normas posteriores, en lo que no se oponga a las reglas siguientes:

1ª. La entidad gestora podrá abonar el valor actual del importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo a los beneficiarios de prestaciones cuando pretendan incorporarse, de forma estable, como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales, siempre que no hayan mantenido un vínculo contractual previo con dichas sociedades superior a los 12 meses, o constituir las, o cuando dichos beneficiarios pretendan constituirse como trabajadores autónomos y se trate de personas con minusvalía igual o superior al 33 por 100.

Junto a las anteriores cantidades, que generan el derecho a su percepción por el hecho de ser discapacitado y quedan exentas por dicha circunstancia, existen otras prestaciones, que su exención viene motivada por causas objetivas, y no por la condición de discapacitado, aunque dichas circunstancias en muchas ocasiones pueden generar situaciones de discapacidad. Dentro de estos supuestos nos encontramos:

7.- Las prestaciones públicas extraordinarias por acto de terrorismo y las pensiones derivadas de medallas y condecoraciones concedidas por actos de terrorismo, prevista en el art.7.a) de LIRPF⁴²⁶.

8.- Las ayudas de cualquier clase percibidas por los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana reguladas en el Real Decreto-Ley 9/1993, de 28 de mayo, establecida en el art.7.b) de la LIRPF⁴²⁷.

En estos supuestos, el abono de la prestación se realizará de una sola vez por el importe que corresponda a la aportación obligatoria establecida con carácter general en cada cooperativa, o al de la adquisición de acciones o participaciones del capital social en una sociedad laboral, en ambos casos en lo necesario para acceder a la condición de socio, o a la inversión necesaria para desarrollar la actividad en el caso de trabajadores autónomos con minusvalía. Se abonará como pago único la cuantía de la prestación, calculada en días completos, de la que se deducirá el importe relativo al interés legal del dinero.

No obstante, si no se obtiene la prestación por su importe total, el importe restante se podrá obtener conforme a lo establecido en la regla 2ª siguiente.

Asimismo, el beneficiario de prestaciones en los supuestos citados en el párrafo primero podrá optar por obtener toda la prestación pendiente por percibir conforme a lo establecido en la regla 2ª siguiente.

2ª La Entidad Gestora podrá abonar trimestralmente el importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo para subvencionar la cotización del trabajador a la Seguridad Social, y en este supuesto:

a) La cuantía de la prestación a abonar corresponderá al importe de la aportación íntegra del trabajador a la Seguridad Social, calculada en días completos de prestación.

b) El abono se realizará trimestralmente por la Entidad Gestora, previa presentación por los trabajadores de los correspondientes documentos acreditativos de la cotización.

3ª Lo previsto en las reglas 1ª y 2ª también será de aplicación a los beneficiarios de la prestación por desempleo de nivel contributivo, que pretendan constituirse como trabajadores autónomos y no se trate de personas con minusvalía igual o superior al 33 por 100.

En el caso de la regla 1ª, 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 20 por 100 del importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo pendiente por percibir.

2. El Gobierno podrá modificar, mediante Real Decreto, lo establecido en el apartado 1 anterior».

⁴²⁶ El art.2 de la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma del IRPF, con aplicación a partir de 1 de enero de 2003, ha incorporado al supuesto «las pensiones derivadas de medallas y condecoraciones concedidas por actos de terrorismo», sin ningún tipo de condicionante. Será necesario el acuerdo por el que se reconoce el derecho a la indemnización, de ahí su carácter de extraordinarias, incluyéndose dentro de su ámbito de aplicación las pensiones extraordinarias de viudedad, orfandad y a favor de los padres. Dichas indemnizaciones aparecen recogidas en la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, y su Reglamento de ejecución (Real Decreto 1912/1999, de 17 de diciembre), en las que expresamente se recoge su exención.

9.- Las indemnizaciones como consecuencia de responsabilidad civil por daños personales, en la cuantía legal o judicialmente reconocida, indicada en el art.7.d) de la LIRPF⁴²⁸.

10.- Las indemnizaciones satisfechas por las Administraciones públicas por daños personales como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, cuando vengan establecidas de acuerdo con los procedimientos previstos en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se regula el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, según dispone el art.7.q) de la LIRPF⁴²⁹.

11.- De igual forma, a partir del uno de enero de 2007, quedan exentos los rendimientos del trabajo derivados de las prestaciones obtenidas en forma de renta por las personas con discapacidad correspondientes a sistemas de previsión social constituidos a su favor, según está previsto en el art.7 w) de la nueva ley del IRPF.

En este sentido, indiquemos que la nueva ley del IRPF da traslado en su art.53 a la reducción en base contenida previamente en el art.61 del TRLIRPF, por las aportaciones o contribuciones a este tipo de sistemas de previsión social a favor de ciertos discapacitados⁴³⁰, que estudiaremos con posterioridad. El TRLIRPF ya preveía en su art.17.3 una reducción de estos rendimientos del trabajo derivados de las prestaciones obtenidas en forma de renta por las personas con discapacidad correspondientes a sistemas de previsión social constituidos a su favor, teniendo como límite máximo el doble del salario mínimo interprofesional. Pues bien, ahora esta

⁴²⁷ Real Decreto-Ley 9/1993, de 28 de mayo, por el que se conceden ayudas a los afectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) como consecuencia de actuaciones realizadas en el sistema sanitario públicos, estableciéndose en su artículo 1 el ámbito de aplicación, el artículo 2 el importe de las ayudas a percibir y en su artículo 3 régimen fiscal de dichas ayudas.

⁴²⁸ Por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre se modifica la redacción de dicho supuesto de exención extendiéndolo también a las indemnizaciones por idéntico tipo de daños derivados de contratos de seguro de accidentes.

⁴²⁹ Exención introducida por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, que solamente hacía referencia a los daños físicos o psíquicos a personas, pero por virtud de la nueva redacción dada por la Ley 24/2001, de 27 dediciembre, se sustituye por la expresión daños personales.

⁴³⁰ Personas con discapacidad con un grado de minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento, psíquica igual o superior al 33 por 100, así como de personas que tengan una incapacidad declarada judicialmente con independencia de su grado.

reducción se convierte en una exención, alterando ese límite máximo que ahora pasará a aplicarse a la suma de estas prestaciones y las recibidas a través de patrimonios protegidos, y que ascenderá hasta un importe máximo anual conjunto de tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples.

Notemos, en todo caso, que será necesario que se perciba en forma de renta. Si se hiciese en forma de capital, no sería aplicable esta exención, sin perjuicio de lo indicado en materia de reducciones en el art.18 de la nueva ley del IRPF⁴³¹.

12.- De igual modo, el art.7 w) de la nueva ley del IRPF también deja exentos los rendimientos del trabajo derivados de las aportaciones a patrimonios protegidos de las personas discapacitadas. De nuevo, en términos similares a la anterior, la nueva ley del IRPF da traslado en su disposición adicional decimoctava a la reducción en base contenida previamente en el art.59 del TRLIRPF, por las aportaciones o contribuciones que, con ciertos requisitos, se efectúen a patrimonios protegidos de las personas discapacitadas. Estas aportaciones que recibe el discapacitado y que realmente constituyen donaciones que deberían quedar sujetas al Impuesto de Sucesiones y Donaciones, cuando cumplan ciertos requisitos, serán calificados como rendimientos del trabajo exentos⁴³².

13.- El Art.7 x) de la LIRPF declara exentas las prestaciones económicas públicas vinculadas al servicio, para cuidados en el entorno familiar y de asistencia personalizada que se derivan de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Dicha ley, prevé en la Sección II del Capítulo II prestaciones del sistema, estableciendo un catálogo de servicios⁴³³, que

⁴³¹ El legislador dispone un marco tributario extremadamente benévolo para estos sistemas. De hecho, cuando se cumplan ciertos requisitos, pueden quedar ajenas a tributación tanto de las aportaciones que se efectúen como de las prestaciones finales devengadas a favor del discapacitado.

⁴³² Hay que destacar en todo caso el límite exento que marca el citado precepto para la suma de ambas rentas, las recibidas a través de patrimonios protegidos o mediante sistemas de previsión social: Hasta un importe máximo anual conjunto de tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples.

⁴³³ El Artículo 15 dispone el siguiente Catálogo de servicios: a) Servicio de Prevención de las situaciones de dependencia. b) Servicio de Teleasistencia. c) Servicio de Ayuda a domicilio: -Atención de las necesidades del hogar.- Cuidados personales. d) Servicio de Centro de Día y de Noche:-Centro de Día para mayores.-Centro de Día para menores de 65 años.-Centro de Día de atención especializada.-Centro de Noche. e) Servicio de Atención Residencial:-Residencia de personas mayores en situación de dependencia.-Centro de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad.

deberán prestar las instituciones públicas directamente o a través de entidades concertadas, y prestaciones económicas, que se reconocerá cuando no sea posible el acceso a un servicio público o concertado de atención o cuidado, y que supondrá una ayuda monetaria directa que podrá ser dos tipos: a) para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, prevista en el art.18 de la citada ley; b) de asistencia personal, indicada en el art.19 del mismo texto⁴³⁴. Estas últimas supondrían rentas que tendrían la calificación de rendimientos del trabajo que, en virtud de esta disposición, quedarán exentas.

2.1. Rendimientos del trabajo: Reducciones.-

La base imponible del IRPF esta integrada, entre otros componentes de renta, por el rendimiento neto reducido del trabajo personal. Para obtener esta cuantía primero se debe calcular el rendimiento íntegro reducido, para minorarlo posteriormente en los gastos deducibles y conseguir así el rendimiento neto del trabajo personal. Finalmente, sobre este importe se podrían aplicar ciertas reducciones, determinando de esta forma el rendimiento neto reducido, que se integrará como rendimiento del trabajo en la base imponible.

⁴³⁴ El artículo 18 dispone que: “1. Excepcionalmente, cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar, y se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 14.4, se reconocerá una prestación económica para cuidados familiares. 2. Previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se establecerán las condiciones de acceso a esta prestación, en función del grado y nivel reconocido a la persona en situación de dependencia y de su capacidad económica. 3. El cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente. 4. El Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia promoverá acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporarán programas de formación, información y medidas para atender los periodos de descanso”.

Mientras que el Artículo 19 establece que: “La prestación económica de asistencia personal tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas con gran dependencia. Su objetivo es contribuir a la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria. Previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se establecerán las condiciones específicas de acceso a esta prestación”.

2.1.1. Rendimiento íntegro reducido.-

Como regla general, la determinación del rendimiento íntegro coincide con el total percibido, pero para las prestaciones obtenidas por invalidez, entre otras, el importe a computar será el obtenido tras haber practicado alguna de las siguientes reducciones:

- Reducción general del 40 por 100 para los rendimientos que tengan un periodo de generación de más de dos años y no se obtengan de forma periódica o recurrente, y para los calificados reglamentariamente como obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, con algunas particularidades en relación con los derechos de opción de compra sobre acciones. Se trata de una reducción genérica que no tiene ninguna especialidad para discapacitados.

- Reducción del 40 por 100 para pensiones y prestaciones públicas no exentas en el art.7, prestaciones derivadas de mutualidades generales obligatorias de funcionarios, colegios de huérfanos y otras entidades similares y, finalmente, para las cuantías devengadas por planes de pensiones. Para ello resulta necesario que se cumplan dos requisitos: a.- Que sean obtenidas por el beneficiario en forma de capital, esto es, recibidas de una vez en lugar de resultar fraccionadas a lo largo de un periodo de tiempo; b.- que hayan transcurrido más de dos años desde la primera aportación, salvo para las prestaciones por invalidez o dependencia (esta última mención la introduce la nueva ley del IRFP en el art.18.3.a), de acuerdo con la ley de dependencia), en las que no será exigible plazo alguno.

Como ya hemos indicado, la nueva ley elimina la reducción contenida en el TRLIRPF y prevista para prestaciones recibidas por ciertos discapacitados⁴³⁵ que deriven de las aportaciones realizadas a tenor del art. 61 TRLIRPF o del art.53 de la nueva ley de renta (planes de pensiones, mutualidades de previsión social y planes de

⁴³⁵ Personas con discapacidad con un grado de minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento, psíquica igual o superior al 33 por 100, así como de personas que tengan una incapacidad declarada judicialmente con independencia de su grado.

previsión asegurados) a su favor. Realmente, resulta mas apropiado considerar que esta reducción se transforma, con algún matiz diferencial, en una exención, concretamente la nueva letra x) del art.7, según redacción dada por la nueva ley del IRPF.

Por otro lado, la nueva ley del IRPF establece otras dos reducciones en el art.18.3, que pueden presentarse de la siguiente forma:

- Reducción del 40% para determinadas prestaciones por fallecimiento que se devenguen a consecuencia de:
 - o Contratos de seguros concertados con mutualidades de previsión social, cuyas aportaciones hayan podido ser, al menos en parte, gasto deducible para la determinación del rendimiento neto de actividades económicas, u objeto de reducción en la base imponible del Impuesto.
 - o Las prestaciones percibidas por los beneficiarios de los planes de previsión social empresarial en la medida en que su cuantía exceda de las contribuciones imputadas fiscalmente y de las aportaciones directamente realizadas por el trabajador.
 - o Las prestaciones percibidas por los beneficiarios de los planes de previsión asegurados.
 - o Las prestaciones percibidas por los beneficiarios de los seguros de dependencia conforme a lo dispuesto en la futura Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

Para aplicar esta reducción es necesario que se cumplan, además, otros dos requisitos:

- o Que sean obtenidas por el beneficiario en forma de capital.
- o Que hayan transcurrido más de dos años desde la primera aportación.

- Una reducción del 50% para prestaciones por fallecimiento que se devenguen a consecuencia de aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social constituidos a favor de personas con cierta discapacidad⁴³⁶.

Al igual que en la reducción anterior, también se condiciona su aplicación a los dos requisitos indicados:

- o Que sean obtenidas por el beneficiario en forma de capital.
- o Que hayan transcurrido más de dos años desde la primera aportación.

2.1.2. Rendimiento Neto Reducido.-

Tras la reforma llevada a cabo en la Ley 40/1998, del IRPF en el año 2002, con vigencia para el 2003, se lleva a cabo la modificación del artículo 18 de la LIRPF en el que se recogían unas reducciones a practicar sobre el rendimiento neto del trabajo. El importe de estas reducciones se incrementaba cuando se trataba de trabajadores discapacitados en situación de activo, y se hacía depender, del grado de discapacidad, de las rentas obtenidas distintas de las de trabajo y del importe de los rendimientos netos del trabajo.

Estas reducciones desaparecieron a la hora de determinar el rendimiento neto reducido del trabajo a integrar de la base imponible del impuesto, y fueron sustituidas por una reducción por discapacidad de trabajadores activos que disminuía la base imponible del impuesto y no los rendimientos netos del trabajo, como sucedía en la redacción original de la norma. Realmente no se produjo un cambio significativo, ya

⁴³⁶ Obviamente, si se produce el fallecimiento del discapacitado, el beneficiario de la prestación por fallecimiento sería otro sujeto. Respecto a este particular, la Disposición Adicional Décima del proyecto de ley del IRPF determina que podrán efectuar aportaciones al plan de pensiones tanto la persona con discapacidad partícipe como las personas que tengan con el mismo una relación de parentesco en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, así como el cónyuge o aquellos que les tuviesen a su cargo en régimen de tutela o acogimiento.

En estos últimos supuestos, las personas con discapacidad habrán de ser designadas beneficiarias de manera única e irrevocable para cualquier contingencia. No obstante, la contingencia de muerte de la persona con discapacidad podrá generar derecho a prestaciones de viudedad, orfandad o a favor de quienes hayan realizado aportaciones al plan de pensiones de la persona con discapacidad en proporción a la aportación de éstos. Es a estos casos a los que se refiere la citada reducción.

que el efecto final era el mismo, una base menor como consecuencia de las reducciones, si bien, aplicadas en lugares diferentes del IRPF.

La nueva ley del IRPF retoma el planteamiento inicial que trajo la Ley 40/1998, del IRPF en esta materia, y vuelve a establecer sobre el rendimiento neto del trabajo, ciertas reducciones en su art.20. Para su mejor visualización presentamos su régimen jurídico en atención a los siguientes parámetros:

1. Mantiene la reducción general sobre el rendimiento neto del trabajo atendiendo a las cuantías, que pasamos a exponer en el siguiente cuadro.

Rendimientos Netos del Trabajo Personal (RNTP) en Euros	Reducción general sobre RNTP Euros anuales
Igual o inferiores a 9.000 euros	4.000
Entre 9.000,01 y 13.000 euros	$4.000 - (0,35 \times (\text{RNAE} - 9.000))$
Superiores a 13.000 euros ´ ó Con rentas, excluidas las exentas y distintas de los RNTP, superiores a 6.500	2.600 euros anuales.

2. Prevé un incremento del 100% de la reducción anterior, en los siguientes supuestos:
 - a) Trabajadores activos mayores de 65 años que continúen o prolonguen la actividad laboral, en las condiciones que reglamentariamente se determinen.
 - b) Contribuyentes desempleados inscritos en la oficina de empleo que acepten un puesto de trabajo que exija el traslado de su residencia habitual a un nuevo

municipio, en las condiciones que reglamentariamente se determinen. Este incremento se aplicará en el periodo impositivo en el que se produzca el cambio de residencia y en el siguiente⁴³⁷.

3. Por último, reubica la reducción de las rentas del trabajo de trabajadores activos discapacitados, que con el proyecto de ley pasarán a reducir el rendimiento neto del trabajo de la siguiente forma:

Discapacidad	Reducción por discapacidad sobre RNAE Euros anuales
Igual o superior al 33% e inferior al 65%	3.200
Igual o superior al 65 % ó acrediten necesitar ayuda de terceras personas o movilidad reducida	7.100

Es preciso examinar qué debe entenderse por “*trabajador activo*” a los efectos de dicho artículo. La expresión, así como el propio precepto que ahora estudiamos, tiene su origen en el artículo 18 LIRPF anterior a la reforma de la Ley 46/1998, donde también se hacía esa mención. El término referido pretende discriminar aquellas rentas percibidas por razón de una actividad laboral de otras que, si bien son calificadas por la LIRPF como rendimientos del trabajo, no retribuyen relación laboral alguna vigente en el periodo impositivo de percepción (pensiones y haberes pasivos). Esta desigualdad de trato debe entenderse justificada por cuanto que al trabajador minusválido se le suponen unos gastos mayores (desplazamiento, medios de adaptación en el puesto de trabajo, etc.) que al discapacitado que no ejerce actividad laboral alguna. La doctrina de la DGT ha aclarado al respecto que no tendrá la consideración de trabajador activo “*el contribuyente que se encuentren en situación legal de desempleo*” aunque sí si hubiere

⁴³⁷ Esta reducción ya fue tratada en el epígrafe 6.3 del capítulo II, y a él nos remitimos para su estudio.

estado en activo algún día del periodo impositivo considerado antes de pasar a la respectiva situación legal –prejubilación, desempleo⁴³⁸. Tampoco considera la DGT como “*trabajador activo*” a quien ha pasado a situación de prejubilación aunque siga cotizando por el oportuno Régimen Especial de la Seguridad Social⁴³⁹.

Desde una exégesis finalista no parece necesaria la existencia formal de una relación laboral para que resulte aplicable esta reducción, sino que sería aplicable la reducción a las situaciones asimiladas o encubiertas, aunque dicha relación laboral no haya sido declarada por juez o tribunal alguno (situación de “becario”, tanto en la empresa privada como en el sector público, en la que se perciba dinero por un trabajo realizado para quien otorga la beca). Mayores problemas pueden plantear algunas situaciones en las que la relación sinalagmática no es tan clara, como sería el caso de las becas o ayudas financieras concedidas por el sector público o privado por la dedicación a una actividad concreta (investigación). Entendemos que siempre que el dinero se perciba por el desarrollo de un trabajo efectivo, controlable y por el que haya que rendir cuentas, quienes reciban tales cuantías deben entenderse como trabajadores activos a los efectos del precepto estudiado.

Por otro lado, ya se ha indicado que con la nueva ley del IRPF la reducción aumenta de 3.200 a 7.100 euros cuando el grado de minusvalía sea igual o superior a 65 por 100, o bien cuando el discapacitado acredite tener una movilidad reducida o necesitar de la ayuda de terceras personas. Se trata de una reducción que entraña una cierta complejidad al utilizar conceptos jurídicos indeterminados, no definidos por la norma. El problema se plantea cuando el contribuyente, sin llegar a una minusvalía del 65 por 100 (límite objetivamente determinado), pretenda acreditar una movilidad reducida o la necesidad de ayuda de terceras personas, como permite la lógica del precepto. De nuevo el origen de la norma que ahora contemplamos se encuentra en la anterior redacción del art. 18 LIRPF que, previamente a la reforma operada por la Ley 46/2002 establecía un incremento de las reducciones en los rendimientos de trabajo para “*aquellos trabajadores activos discapacitados con un grado de minusvalía igual o*

⁴³⁸ Consultas de 15-3-2001, núm. 0543-01 y de 17-07-2001, núm. 1486-01. Nótese que, en tales, casos la solución acaso más escrupulosa desde el punto de vista de la recaudación de tributos hubiera sido prorratear la reducción aplicable (2.800 ó 6.200 euros) entre el número de días trabajados en el periodo impositivo, esto es, multiplicar por la fracción: días trabajados/ 365 ó 366. Quizá la respuesta de la Administración tributaria pretenda simplificar así la aplicación de la reducción.

⁴³⁹ Consultas de 24-05-2001, núm. 0975-01 y de 25-11-2002, núm. 1823-02.

superior al 33 por 100 e inferior a 65 por 100 que, para desplazarse a su lugar de trabajo o para desempeñar el mismo acrediten necesitar ayuda de terceras personas o movilidad reducida” . A su vez, un supuesto similar se recogía en el art. 28.2 de la anterior LIRPF 18/1991 (modificada a su vez, en este punto, por la Ley 31/1994)⁴⁴⁰.

El problema que se plantea por el precepto ahora examinado consiste, básicamente, en determinar si la necesidad de ayuda de terceras personas o la movilidad reducida debe entenderse o no referida al desplazamiento del trabajador al centro de trabajo. Ello es así por que mientras el art. 46.Quinquies.3 LIRPF nada exige al respecto, sí lo hace el art. 67.2 RIRPF, el cual interpreta que la necesidad de ayuda de terceras personas debe entenderse referida al desplazamiento al puesto de trabajo o al desempeño de la actividad laboral, mientras que la movilidad reducida se refiere literalmente a la dificultad de utilización de medios públicos. Podría plantearse incluso si se trata de un exceso reglamentario. En nuestra opinión, debemos referirnos al contexto de la norma. Así pues, dado que la justificación del precepto se encuentra, una vez más, en el principio de capacidad económica esto es, en el incremento de gasto que pueden ocasionar las dificultades severas de movilidad que aquejan a un trabajador para desplazarse por motivos laborales. Por esta razón, tanto la asistencia de terceras personas como la movilidad reducida debe ponerse en relación con el trabajo realizado por el sujeto pasivo para una oportuna interpretación, pues no en vano se trata de un beneficio fiscal concedido a trabajadores activos en el sentido ya explicitado. Sin embargo, no resulta necesaria del tenor del precepto la prueba de un desplazamiento efectivo al centro de trabajo, en el bien entendido de que dicho desplazamiento se sobreentiende por el mero hecho de encontrarse trabajando. En todo caso, en el curso de una inspección podría plantearse la prueba de la realidad del desplazamiento, o bien, la necesidad de asistencia de una persona para el desarrollo de la actividad, cuando existieran indicios de que dicha asistencia no se encuentra relacionada con el trabajo del sujeto pasivo. Así pues, se presentan dos posibilidades para poder beneficiarse de la reducción estudiada, siendo suficiente para el beneficio de la reducción analizada que se cumpla una de ellas:

⁴⁴⁰ Sobre interpretaciones en la normativa anterior vid., entre otras, STSJ La Rioja de 12-1-2000 (JT 2000\167); STSJ Andalucía/Sevilla de 27-3-2000 (JT 2000\985) y STSJ Madrid de 20-2-2002 (JT 2002\1562).

- Probar por certificado o resolución del órgano competente (IMSERSO o correspondiente autonómico) la movilidad reducida para utilizar medios de transporte. En tal caso la norma no requiere la acreditación adicional de la efectividad de desplazamiento al trabajo (no lo exige la Ley ni tampoco el reglamento), si bien el contexto de la norma parece poner en relación la movilidad reducida con la actividad laboral del sujeto pasivo;

- Acreditar la necesidad de ayuda de terceras personas *por motivos laborales*. La exigencia de que la ayuda de terceras personas se requiera por el ejercicio de un trabajo ha de entenderse deducida de la propia filosofía de la norma. Así, la asistencia de una persona al discapacitado por razón de la minusvalía, pero por motivos que no tienen relación con la actividad profesional, no daría lugar a la reducción que estudiamos. Bien es cierto, sin embargo, que la inconcreción de la norma puede dar lugar a gran litigiosidad entre Administración y contribuyentes, pues es difícil concretar en qué medida los servicios de una persona se deben o no a motivos laborales (asistencia en las tareas domésticas). El art. 70.2 RIRPF ha interpretado que la asistencia de una tercera persona debe estar relacionada con el desplazamiento al lugar de trabajo o con el desempeño del mismo, centrando así el contexto del beneficio fiscal. Tal interpretación resulta, en nuestra opinión, adecuada. No se requiere que la ayuda sea remunerada sino tan sólo probar la *necesidad* de ayuda por medio de certificado o resolución del IMSERSO o del órgano autonómico competente, si bien no es preciso acreditar la realidad de esta asistencia personal.

En los dos supuestos antes señalados, el art. 70 RIRPF parece taxativo al enumerar los medios de prueba para acreditar las anteriores circunstancias, pues no se permite otra prueba que los certificados o resoluciones de los órganos oficiales ya citados. Ello no parece restringir el derecho a la prueba (art. 24 CE) por cuanto que el mismo se podrá ejercitar debidamente ante el órgano competente para realizar dichas declaraciones administrativas.

En realidad, entendemos que la dificultad de interpretar la oportunidad de la reducción analizada en supuestos de un grado de minusvalía entre el 33 y 65 por 100 se trata de un problema tan sólo aparente, puesto que por su formulación y contexto la

movilidad reducida o la necesidad de ayuda de terceras personas deben interpretarse en el sentido de que sean tan graves que impidan realizar al contribuyente una vida normal, en el sentido de la situación legal de gran invalidez (cuando como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, la persona no puede desarrollar trabajo alguno y, además, necesita la asistencia de otras personas para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos). En tales casos, es lógico pensar que el contribuyente tenga reconocida una minusvalía de, al menos, el 65 por 100.

2.2. Rendimientos de las actividades económicas.-

Los contribuyentes del IRPF que desarrollen actividades económicas y determinen su rendimiento a través del régimen de estimación, en su modalidad directa y simplificada, podrá aplicar los incentivos y estímulos a la inversión empresarial establecidos o que se establezcan en la normativa del Impuesto sobre Sociedades, con igualdad de porcentajes y límites de deducción, tal y como dispone el art. 69.2 TRLIRPF y el art. 68.2 de la nueva ley del IRPF. Las deducciones aludidas serán estudiadas, en profundidad en el capítulo cuarto del presente estudio y básicamente consisten : a.- la deducción por creación de empleo para trabajadores minusválidos (art. 41 del TRLIS); b.- la deducción por adaptación de vehículos para discapacitados (art.38.5 TRLIS); c.- la deducción por actividades de investigación y desarrollo, (art.35.1.a) del TRLIS).

No obstante, el art.32 de la nueva ley del IRPF, cuando se cumplan ciertos requisitos, dispone una nueva reducción general sobre el rendimiento neto de actividades económicas que haya sido determinado mediante estimación directa, incompatible con los clásicos gastos de difícil justificación previstos para aquellos que determinan su rendimiento mediante estimación directa simplificada. La cuantía de esta nueva reducción dependerá del valor de los rendimientos netos de actividades económicas, declarados por el contribuyente, de manera que podríamos hacer el siguiente cuadro:

Rendimientos Netos de Actividades Económicas (RNAE) en Euros	Reducción general sobre RNAE Euros anuales
Iguales o inferiores a 9.000 euros	4.000
Entre 9.000,01 y 13.000 euros	4.000 – (0,35 x (RNAE-9.000))
Superiores a 13.000 euros ´ ó Con rentas, excluidas las exentas y distintas de los RNAE, superiores a 6.500	2.600 euros anuales.

Junto a esta reducción general y plenamente compatible con ella, se dispone de una reducción por discapacidad exclusivamente prevista cuando las personas que obtengan rendimientos netos derivados del ejercicio efectivo de actividades económicas sean discapacitadas. En estos casos, podrán, además, minorar el rendimiento neto de las mismas en 3.200 euros anuales. Dicha reducción será de 7.100 euros anuales, para las personas con discapacidad que ejerzan de forma efectiva una actividad económica y acrediten necesitar ayuda de terceras personas o movilidad reducida, o un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento.

Discapacidad	Reducción por discapacidad sobre RNAE Euros anuales
Igual o superior al 33% e inferior al 65%	3.200
Igual o superior al 65 % ó acrediten necesitar ayuda de terceras personas o movilidad reducida	7.100

Notemos que el valor de las reducciones general y por discapacidad aplicable sobre los RNAE determinados mediante estimación directa es idéntico al valor de las reducciones previstas en el art.20 de la nueva ley del IRPF sobre los rendimientos netos del trabajo personal.

Según pensamos, el motivo obedece a que en virtud de los requisitos establecidos para aplicar la reducción sobre los RNAE, el legislador parece estar pensando en empresarios individuales formalmente, tanto a efectos tributarios, como del régimen en el que cursan alta en la Seguridad Social, pero con una relación con la empresa destinataria de sus servicios que se asimila bastante a una relación de dependencia laboral por cuenta ajena.

Esos requisitos contenidos en el art.32.2 de la nueva ley del IRPF son cuantos siguen: a) el rendimiento neto de la actividad económica deberá determinarse con arreglo al método de estimación directa. No obstante, si se determina con arreglo a la modalidad simplificada del método de estimación directa, la reducción será incompatible con lo previsto en la regla 4ª del artículo 30.2 de esta Ley; b) la totalidad de sus entregas de bienes o prestaciones de servicios deben efectuarse a única persona, física o jurídica, no vinculada en los términos del artículo 16 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades; c) el conjunto de gastos deducibles correspondientes a todas sus actividades económicas no puede exceder del 30 por ciento de sus rendimientos íntegros declarados; d) deberán cumplirse durante el período impositivo todas las obligaciones formales y de información, control y verificación que reglamentariamente se determinen; e) que no perciban rendimientos del trabajo en el período impositivo; f) que al menos el 70 por ciento de los ingresos del período impositivo estén sujetos a retención o ingreso a cuenta.

En consecuencia, si se observan los indicados requisitos previstos en la nueva LIRPF, para aplicar esta reducción sobre los RNAE, comprobamos como el derecho a la reducción estará limitado a aquellos empresarios individuales que por las especiales circunstancias que rodean su actividad, se asemejen en gran medida a trabajadores por cuenta ajena, igualando de esta forma las reducciones entre ambos tipos de rentas.

2.4.- Ganancias patrimoniales.-

Debemos distinguir dos tipos de ventajas fiscales, dependiendo de la posición que adopte la persona discapacitada en la transmisión:

2.4.1. No tributación cuando el destinatario sea un discapacitado.-

Si el discapacitado es el destinatario, encontramos dos beneficios fiscales consistentes en la no tributación del incremento patrimonial que se podría producir para el transmitente, incentivando la transmisión de bienes y derechos a personas discapacitadas:

1.- En el caso de que un contribuyente en el IRPF realice una donación de derechos o de bienes en especie se puede producir normalmente un doble efecto tributario. Además del consiguiente devengo del impuesto sobre sucesiones y donaciones, posiblemente se produciría en el IRPF del donante una pérdida o ganancia patrimonial, que tendría que integrar en su correspondientemente autoliquidación. En efecto, como consecuencia de la donación se produciría una alteración del patrimonio que daría lugar a una variación del valor del mismo. Esta circunstancia, unida a la regla valoración de las transmisiones lucrativas prevista en la normativa del IRPF, que pese a que no se produzca contraprestación alguna considera como valor de transmisión el resultante de minorar el valor real o de mercado del bien o derecho con las deudas que éste lleve aparejadas, provoca que estemos en presencia de un incremento o pérdida de patrimonio, dependiendo de cual hubiese sido el valor de adquisición o producción del bien o derecho transmitido.

Pues bien, los arts. 31.3.c) del TRLIRPF y 33.3.c) de la nueva ley del IRPF consideran que no existe ganancia o pérdida patrimonial, cuando el donante se encuentre en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez, en las transmisiones lucrativas *inter vivos* de empresas o participaciones, y además, concurren las condiciones descritas o establecidas en el artículo 20.6 de la Ley 29/1987, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones⁴⁴¹. Como después comentaremos, el donatario gozará de una reducción del 95% de la base imponible del ISD como consecuencia de la donación recibida.

2.- Por otro lado, y para potenciar las aportaciones a patrimonios protegidos de discapacitados, uno de los incentivos que prevía el TRLIRPF y que continúan en la

⁴⁴¹ Artículo 20.6 de la LISD en la redacción dada por el art.5 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1997), con efectos a partir del 1 de enero de 1998.

nueva ley del IRPF, es no hacer tributar la ganancia patrimonial que se pueda poner de manifiesto cuando el contribuyente aporte un derecho o un bien en especie a estos patrimonios protegidos. Nos referimos a la nueva letra e) del art.33.3 de la nueva ley del IRPF, que considera que no se producirá una ganancia o pérdida patrimonial cuando se produzcan aportaciones a los patrimonios protegidos constituidos a favor de personas con discapacidad⁴⁴².

2.4.2. No tributación cuando el transmitente sea un discapacitado.-

El art.31.4.b) del TRLIRPF también establecía un supuesto de exención en relación con las ganancias patrimoniales originadas por la transmisión por mayores de 65 años de su vivienda habitual. Como habíamos comentado en anteriores trabajos⁴⁴³, aunque esta exención no era de aplicación a las personas con discapacidad, considerábamos que sería adecuado extender dicha medida a este grupo social, con independencia de la edad. Parece que nuestra recomendación ha sido atendida por el legislador ya que la nueva ley del IRPF que entrará en vigor en 2007, da entrada en el art.33.4.b) a esta demanda.

En efecto, la exención sigue siendo aplicable a transmisión de vivienda habitual de mayores de 65 años, pero también ahora surgirá cuando los transmitentes sean “*personas en situación de dependencia severa o de gran dependencia de conformidad con la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*”. De nuevo se pone de manifiesto la coordinación existente entre ambas leyes, la del IRPF y la de dependencia.

Y, en este sentido, el art.26 de la ley sobre dependencia determina que la situación de dependencia se clasificará en los siguientes grados: *Grado I. Dependencia moderada*: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día; *Grado II. Dependencia severa*: cuando la

⁴⁴² Aplaudimos la reubicación del precepto que realiza la nueva ley del IRPF, quedando ahora localizado en la disposición que determina el concepto de ganancia o pérdida patrimonial, y abandonando el lugar donde se encontraba anteriormente en el TRLIRPF, el art.59.3, donde se recogía la reducción en base del contribuyentes que realizaba aportaciones a estos patrimonios protegidos. Sin duda, sistemáticamente resulta mas apropiado.

⁴⁴³ LOPEZ MARTÍNEZ J., Y PÉREZ LARA, J.M., *Impuestos y discapacidad*, Aranzadi 2004.

persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador; *Grado III. Gran dependencia*: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona.

Solo cuando el transmitente se encuentre en alguno de estos dos últimos grados, podría beneficiarse de la citada exención por la ganancia patrimonial manifestada en la transmisión de su vivienda habitual⁴⁴⁴.

2.5. Base liquidable: Reducciones en la base imponible.-

Como indicamos en el epígrafe 4.4 del capítulo primero, la composición del mínimo personal y familiar ha variado en la nueva ley del IRFP, que vuelve al concepto primigenio establecido en la Ley 40/1998, incorporando las reducciones en la base asociadas a las circunstancias personales y familiares del contribuyente que fueron establecidas por la Ley 46/2002 y que continuaron en el TRLIRPF.

Por tanto, a partir de 2007 el mínimo personal y familiar será de nuevo el resultado de sumar el mínimo del contribuyente y los mínimos por descendientes, ascendientes y discapacidad, incorporando parte de las reducciones en base que contenía el TRLIRPF. Sin embargo, la nueva ley del IRPF mantiene dos reducciones significativas en la base imponible, previstas en los arts.53 y 54 y que proceden de los arts. 59 y 61 del TRLIRPF. Ambas, asociadas a la discapacidad:

- Reducciones por aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social constituidos a favor de personas con discapacidad,

⁴⁴⁴ Aunque atendiendo a la evolución del mercado inmobiliario en los últimos años del siglo XX y en los primeros de este siglo XXI, podamos tener la falsa creencia de que se trata de un mercado permanente en alza, al menos en España, y que por consiguiente, la compra y posterior venta de inmuebles a medio y largo plazo siempre provocaría ganancias patrimoniales, obviamente esto no tiene porque ser así y es posible que en próximos años, como consecuencia de los ajustes que se están produciendo en la oferta y la demanda, observemos una bajada de precios que podría desembocar en la aparición de pérdidas patrimoniales en las transmisiones de este tipo bienes. Indiquemos que, en caso de pérdida patrimonial, el legislador no establece ninguna disposición extraordinaria, por lo que podría se integrada convenientemente en la base imponible.

- Reducciones por aportaciones a patrimonios protegidos de las personas con discapacidad.

2.5.1. Reducciones por aportaciones a patrimonios protegidos de las personas discapacitadas.-

Esta medida, que entró en vigor a partir del 1 de enero de 2004⁴⁴⁵, incorporándose en el art.59 del TRLIRPF, tiene como finalidad incentivar la creación de un patrimonio para las personas con discapacidad que garantice la existencia de medios económicos suficientes para atender sus necesidades vitales, tanto presentes como futuras. Los beneficios fiscales se prevén tanto para el aportante como para los discapacitados:

a) Régimen tributario del aportante al patrimonio protegido de la persona discapacitada.-

a.1. Personas que pueden efectuar las aportaciones:

a.1.1. Aportante sujeto pasivo del IRPF:

- La propia persona con discapacidad beneficiaria del patrimonio protegido.
- Aquellas personas que tengan con el discapacitado una relación de parentesco en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive⁴⁴⁶, así como el cónyuge del discapacitado o por aquellos que lo tuviesen a su cargo en régimen de tutela o acogimiento.
- Junto a las personas anteriores, además, cualquier otra con interés legítimo, según el artículo 3.2 y artículo 4.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre.

⁴⁴⁵ En la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Norma Tributaria con esta finalidad, (BOE núm.277, de 19 de noviembre de 2003), recoge en su artículo 15 las distintas modificaciones a incorporar en la normativa de IRPF sobre la fiscalidad del patrimonio protegido de las personas con discapacidad.

⁴⁴⁶ La Resolución de la DGT 2033/2004, de 29 noviembre, excluye de la practica de la reducción a los aportantes que tengan parentesco por afinidad con el titular del patrimonio protegido.

a.1.2. Aportante sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades:

También los sujetos pasivos contribuyentes del Impuesto sobre Sociedades pueden efectuar aportaciones a favor de patrimonio protegido del trabajador discapacitado, en su condición de empleado, o en el caso de que el trabajador sea un pariente en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, o el cónyuge o el tutor de la persona con discapacidad en su condición de trabajadores del aportante. Por lo que el sujeto pasivo del IS para poder efectuar aportaciones al patrimonio protegido de la persona con discapacidad es necesario que exista un vínculo laboral entre éste y aquél o entre aquél y sus trabajadores (parientes, cónyuge o tutor del discapacitado).

a.2. Beneficios tributarios para el aportante por las aportaciones realizadas al patrimonio protegido de la persona con discapacidad.

a.2.1.- Aportante sujeto pasivo del IRPF:

En el caso del aportante, como dijimos en el epígrafe 2.4 de este capítulo, no tributará la ganancia patrimonial que se ponga de manifiesto cuando se produzca la aportación de bienes en especie. Pero además, también se prevé una reducción en la base imponible de su IRPF por las aportaciones realizadas al patrimonio protegido de las personas con discapacidad de acuerdo con los siguientes límites:

<i>Persona aportante</i>	<i>Aportación anual máxima</i>	<i>Reducción anual máxima</i>	<i>Aportación y reducción conjunta anual máxima</i>
Persona con discapacidad titular del patrimonio protegido	no existe límite 0	-----	-----
Cada pariente de la persona con discapacidad partícipe	10.000	10.000	24.250
Persona con interés legítimo	no existe límite 0	-----	----

Notemos que a diferencia de las aportaciones realizados por la propia persona discapacitada a planes de pensiones, mutualidades de previsión social o planes de previsión social en los que sí dan derecho a reducir su propia base imponible, en este

caso no existe límite máximo. Además, hay que advertir que la nueva ley del IRPF ha incrementando el límite máximo anual que podrá efectuar cada pariente de la persona con discapacidad. Así, mientras que el TRLIRPF lo fijaba en 8.000 € el proyecto de ley del IRPF lo eleva a 10.000 €⁴⁴⁷

En el caso de aportaciones en especie, los límites anteriores actúan de forma conjunta tanto para las aportaciones dinerarias como en especie, en éste último caso, la problemática gira en torno a la necesidad de fijar la valoración económica del bien o derecho aportado que se utilizará para cuantificar el importe de lo aportado como de la cantidad percibida por la persona discapacitada titular del patrimonio protegido. En este sentido, se aplicarán las reglas de valoración recogidas en el art.18 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen Fiscal de las Entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al Mecenazgo, en virtud de la remisión efectuada por el art.59.3 del TRLIRPF y 54.3 de la nueva ley del IRPF.

<i>Tipo de bien o derecho aportado</i>	<i>Valoración a computar</i>
Bienes y derechos	Bienes afectos a una actividad económica: Valor contable en el momento de la aportación. El art.59.4 TRLIRPF y 54.3 del proyecto de ley del IRPF especifican que cuando se trate de bienes afectos a una actividad realizada por sujetos pasivos del IRPF no dará derecho a la reducción de su base imponible. Bienes no afectos: Valor determinado conforme a las normas del Impuesto sobre el Patrimonio.
Constitución de un derecho real de usufructo sobre bienes inmuebles	El 2 por 100 del valor catastral como importe anual de cada uno de los períodos impositivos de duración del usufructo determinado en proporción al número de días que corresponda en cada período impositivo.
Constitución de un derecho real de usufructo sobre valores	El importe anual de los dividendos o intereses percibidos por el usufructuario en cada uno de los períodos impositivos de duración del usufructo.
Constitución de un derecho real de usufructo sobre otros	El importe anual resultante de aplicar el interés legal del dinero de cada ejercicio al valor del usufructo determinado en el momento de su

⁴⁴⁷ En el caso de tributación conjunta, según ha dispuesto la Resolución de la DGT174/2005, de 27 de abril, el límite de la reducción por aportaciones a patrimonios protegidos de las personas discapacitadas, regulada en el artículo 59 de dicho Texto Refundido, se aplicará en idéntica cuantía que en la tributación individual, sin que proceda su elevación o multiplicación en función del número de miembros de la unidad familiar.

bienes y derechos	constitución conforme a las normas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
Obras de arte de calidad garantizada	La valoración efectuada por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación. En el caso de bienes culturales que no formen parte del Patrimonio Histórico Español, la Junta valorará, asimismo, la suficiencia de la calidad de la obra.
Bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español	
	<i>Límite:</i> Dichos valores tendrán como límite máximo el valor normal de mercado del bien o derecho aportado en el momento de su aportación

Junto a lo anterior, hemos de señalar que cuando la aportación es en especie, la norma establece otra serie de consecuencias en relación con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: a) el discapacitado, titular del patrimonio protegido, se subroga en la posición del aportante en cuanto a una transmisión futura de los bienes o derechos recibidos; b) para el aportante-transmitente no queda gravada la posible ganancia patrimonial que se ponga de manifiesto con ocasión de las aportaciones a los patrimonios protegidos; c) para el discapacitado, titular del patrimonio protegido, la fecha de adquisición y el valor de adquisición del bien siguen siendo los originales del sujeto aportante. De esta forma se produce un diferimiento en tributación; d) se pierde la aplicación de los coeficientes reductores aplicables a las transmisiones de bienes no afectos a actividades económicas adquiridos con anterioridad a 31 de diciembre de 1994⁴⁴⁸.

a.2.2.- Aportante sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades:

Persona aportante	Retribuciones brutas anuales del trabajador	Deducción en la cuota íntegra del IS	límite de la base de la deducción
Sujeto pasivo del Impuesto sobre	inferiores a 27.000 euros	10% de las aportaciones realizadas a favor de patrimonios protegidos	8.000 euros

⁴⁴⁸ Medida recogida en la Disposición transitoria novena del TRLIRPF y de la nueva ley del IRPF.

Sociedades	igual o superiores a 27.000 euros	10% sobre la parte proporcional de las contribuciones empresariales y aportaciones que no superen los 27.000 euros	8.000 euros
-------------------	--	---	--------------------

a.3. Inobservancia de los límites anteriores:

a.3.1.- Aportante sujeto pasivo del IRPF:

Las aportaciones que excedan de los límites anteriores o que no proceda la reducción por insuficiencia de base imponible darán derecho a reducir la base imponible de los cuatro períodos impositivos siguientes, hasta agotar, en su caso, en cada uno de los importes máximos de reducción. Cuando concurren en un mismo período impositivo reducciones en la base imponible por aportaciones efectuadas en el ejercicio con reducciones de ejercicios anteriores pendientes de aplicar, se practicarán en primer lugar las reducciones procedentes de los ejercicios anteriores, hasta agotar los importes máximos de reducción.

a.3.2.- Aportante sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades:

Si las aportaciones exceden del límite de 8.000 euros anuales darán derecho a practicar la deducción en los cuatro períodos impositivos siguientes, hasta agotar, en su caso, en cada uno de ellos, el importe máximo que genera el derecho a deducción, tal y como dispone el art.43.2.b) del TRLIS.

a.4. Consecuencias tributarias de la reversión al aportante de los bienes y derechos aportados al patrimonio de la persona con discapacidad.

El aportante de un bien o derecho al patrimonio protegido puede establecer el destino que deba darse a tales bienes o derechos una vez extinguido el patrimonio protegido -art.4.3 de la LPPPD⁴⁴⁹-. Extinción que se produce por la muerte o

⁴⁴⁹ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Norma Tributaria con esta

declaración de fallecimiento de su beneficiario (lo que supondrá que dicho patrimonio, en cuanto sea posible, se integrará en la herencia del mismo, salvo que el aportante haya fijado otro destino) o, por dejar de tener la condición de persona con discapacidad, (si el aportante no ha fijado otro destino), el titular del patrimonio protegido extinguido seguirá siendo el titular - art.6 de la LPPPD-.

Pues bien, una vez extinguido el patrimonio protegido, la LPPPD no regula las consecuencias tributarias de la posible reversión de los bienes o derechos al patrimonio del aportante, por lo que habrá que entender, de acuerdo con la normativa actual, que si se trata de una persona física, al revertir de forma gratuita los bienes o derechos que en su momento aportó, dicha operación estaría sujeta al ISD, mientras que si el aportante hubiera sido una persona jurídica, en virtud del artículo 15.2 de LIS, los bienes y derechos que revierte integrarían la base imponible del Impuesto sobre Sociedades por su valor normal de mercado.

b) Régimen tributario del discapacitado titular del patrimonio protegido.-

De acuerdo con el art.5.b) de la LISD, el sujeto pasivo en las donaciones y demás transmisiones lucrativas “*inter vivos*” es el donatario o el favorecido por ellas. Al encontrarnos con aportaciones recibidas por las personas con discapacidad en su patrimonio protegido de manera gratuita se encontraría sujetas al anterior impuesto, pero de manera expresa, el art.16.4.c) del TRLIRPF y la letra c) de la Disposición Adicional Decimoctava de la nueva ley del IRFP, declaran no sujetas al ISD la parte de las aportaciones que tenga para el perceptor la consideración de rendimientos del trabajo. El exceso, si quedaría sujeto al Impuesto sobre Sucesiones y donaciones.

Dicho precepto, califica como rendimientos del trabajo las aportaciones recibidas por las personas discapacitadas destinadas a su patrimonio protegido, siempre que concurren una serie de circunstancias:

finalidad,(BOE núm.277, de 19 de noviembre de 2003), con entrada en vigor a partir del 1 de enero de 2004.

b.1. Aportaciones, requisitos y límites:

b.1.1- Si la persona aportante es sujeto pasivo contribuyente del IRPF:

Para el discapacitado titular del patrimonio protegido, las aportaciones recibidas tendrán la consideración de rendimientos del trabajo con los límites de: hasta 10.000 euros anuales por cada aportante. Notemos que este límite ha sido elevado respecto al establecido en el TRLIRPF, que era de 8.000 euros; hasta 24.240 euros anuales en conjunto cuando son varios los aportantes.

b.1.2.- Si el aportante es contribuyente del Impuesto sobre Sociedades,

Tendrán la consideración de rendimientos del trabajo para el discapacitado titular del patrimonio protegido teniendo en cuenta⁴⁵⁰ que: el límite máximo de la aportación, hasta 10.000 euros anuales, con independencia de los límites anteriores⁴⁵¹; y siempre que dicha aportación haya sido gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades.

b.2. Incumplimiento de los requisitos o superación de límites anteriores:

En el caso de no reunirse los requisitos sobre la régimen jurídico del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, recogido en el capítulo I de la Ley 41/2003, de 18 de diciembre, PPPD, o dándose dichos requisitos, el valor de aportado exceda de los límites cuantitativos anteriores para poder calificarlos como rendimientos del trabajo, se tributará por el ISD, siendo la persona con discapacidad la que debe de presentar la declaración de dicho impuesto en concepto de adquisición a título de donación o equiparable⁴⁵².

⁴⁵⁰ Cuando las aportaciones se realicen por sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades a favor de los patrimonios protegidos de los parientes, cónyuges o personas a cargo de los empleados del aportante, únicamente tendrán la consideración de rendimiento del trabajo para el titular del patrimonio protegido.

⁴⁵¹ De igual modo se produce una elevación respecto al TRLIRPF, que lo fijaba en 8.000 euros.

⁴⁵² No recogiendo en el art.20 de la LISD ninguna reducción en el caso de adquisiciones inter vivos por personas con discapacidad a diferencia de las adquisiciones mortis causa en las que si se prevé reducciones de la base imponible del impuesto debido a la discapacidad del causahabiente.

b.3. Dichas aportaciones, calificadas como rendimientos del trabajo no están sujetos a retención o ingreso a cuenta.

b.4. Tributación de las aportaciones para el discapacitado.

A pesar de calificarse como rendimientos del trabajo, no se integran por su totalidad, sino que se prevé unos límites máximos, indicados con anterioridad. El exceso, tributará en el Impuesto sobre sucesiones y donaciones. A su vez, estos rendimientos del trabajo quedan exentos para el discapacitado, hasta un importe máximo anual, según dispone el art7.w) de la nueva ley del IRPF. Este límite máximo anual es conjunto tanto para las aportaciones a patrimonios protegidos como para las aportaciones a sistemas de previsión social a favor de discapacitados. La suma de ambas que quedará exenta en el periodo impositivo, sería de tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples⁴⁵³.

b.5. Consecuencias tributarias de los actos de disposición de bienes o derechos integrantes del patrimonio protegido:

En el caso de efectuar actos de disposición sobre los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido, la Ley 41/2003, de 18 de diciembre, PPPD no recoge ninguna matización sobre las consecuencias fiscales que conllevan dichos actos, ni distingue el fin con el que se realizan. Se establece de manera general que los actos de disposición efectuados sobre los bienes y derechos que integran el patrimonio protegido en el periodo impositivo en que se lleva a cabo la aportación o en los cuatro siguientes va a significar la pérdida de los beneficios fiscales disfrutados tanto por el aportante como por el titular del patrimonio protegido. Por lo que, aunque dichos actos vayan destinados a satisfacer las necesidades vitales de los discapacitados, se equiparán con las disposiciones realizadas con cualquier otro fin. De esta manera se esta dificultando,

⁴⁵³ Por tanto, tendrán la consideración de rendimientos del trabajo íntegros no exentos, el exceso que se obtenga al restar tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples para ese periodo impositivo al resultado de sumar las aportaciones realizadas al patrimonio protegido de las personas con discapacidad calificadas como rendimientos del trabajo más las prestaciones recibidas en forma de renta obtenidas por personas con minusvalía correspondientes a planes de pensiones, mutualidades de previsión social y planes de previsión social asegurados constituidos a favor de personas con minusvalía.

a nuestro juicio, la finalidad por la se crea el patrimonio protegido, que no es otro que la satisfacción de las necesidades vitales de los discapacitados.

Las consecuencias de dichos actos de disposición se recogen en el artículo 59.5 del TRLIRPF y en el art 54.5 de la nueva ley del IRPF, así como en el artículo 43.5 del TRLIS. A los efectos del presente trabajo, las podemos resumir en cuantas siguen: a) el aportante, persona física, pierde la reducción practicada en su base imponible en el ejercicio en que se efectuó la aportación, debiendo integrar, en el periodo impositivo en que se produzcan los actos de disposición, las cantidades reducidas mas los intereses de demora; b) el titular del patrimonio protegido pierde la exención o el mínimo exento en relación con los rendimientos calificados como del trabajo cuantificados en función IPREM, debiendo declararlos más los intereses de demora correspondientes⁴⁵⁴; c) si dichos actos de disposición sobre los bienes o derechos del patrimonio protegido producen ganancias de patrimonio, su titular deberá tributar por las mismas, teniendo en cuenta que se toma como referencia para cuantificar la ganancia el valor histórico con que entró el bien al patrimonio y no podrá aplicar los coeficientes reductores.

2.5.2. Aportaciones a sistemas de previsión social constituidos a favor de discapacitados.-

A la hora de analizar el régimen tributario de los Planes de Pensiones y de otros sistemas alternativos de previsión social es necesario distinguir entre las aportaciones que se pueden efectuar a los mismos antes de que se produzcan las contingencias cubiertas y, otro lado, las prestaciones recibidas, unas vez acaecidas las mismas.

a) Aportaciones.-

En relación con las aportaciones, existe un régimen general recogido en los artículos 60 TRLIRPF y 51 de la nueva ley sobre el IRPF, y un régimen especial de aplicación para las personas con un determinado grado de minusvalía, recogido en los

⁴⁵⁴ En el caso de que la aportación haya sido efectúa por un sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades y el discapacitado, titular del patrimonio protegido, no es el empleado, las cantidades a integrar en la base imponible, no será la persona discapacitada, sino el trabajador, como pariente en línea directa o colateral hasta el tercer grado o cónyuge o tutor de la persona discapacitada.

artículos 61 del TRLIRPF y 53 de la nueva ley sobre el IRPF, así como en la Disposición Adicional décima de ambos textos normativos.

El primer aspecto que llama la atención de esta normativa es que no toda persona discapacitada, de acuerdo con el concepto tributario de discapacidad⁴⁵⁵, puede acogerse al régimen especial indicado. Según la regulación contenida en el TRLIRPF, solo lo podrán hacer aquellos que posean una minusvalía igual o superior al 65 por 100, mientras que la nueva ley del IRPF, sigue exigiendo este grado cuando la persona a favor de la que se constituya el sistema de previsión social tenga una minusvalía física o sensorial, y rebaja este porcentaje, dejándolo en el 33%, cuando se trate de minusvalía psíquica. De igual forma, con independencia del grado de minusvalía, la nueva LIRPF también dispone que podrían acogerse personas que tengan una incapacidad declarada judicialmente⁴⁵⁶.

Con carácter general, la idea básica en relación con las aportaciones, sea en el régimen general o especial, consiste en que las cantidades aportadas dan derecho a una reducción de la base imponible por dicho importe, siempre que concurren los siguientes requisitos y límites:

a.1. Aportaciones que dan derecho a reducir la base imponible:

Según la normativa contenida en el TRLIRPF, las realizadas a Planes de Pensiones, Mutualidades de Previsión Social y Planes de Previsión Asegurados. La nueva ley sobre el IRPF, además de éstas, añade las aportaciones realizadas a planes de previsión social empresarial y seguros que cubran exclusivamente el riesgo de dependencia severa o de gran dependencia conforme a lo dispuesto en la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

⁴⁵⁵ Es decir, aquella persona con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100.

⁴⁵⁶ Desconocemos la justificación de este distinto trato, cuando además en el caso de la reducción por aportaciones a patrimonios protegidos de las personas discapacitadas, medida que tiene una finalidad similar a la anterior, no recoge dicho requisito, o de otro, no establece la distinción entre discapacitados atendiendo a su grado de minusvalía.

a.2. Personas que pueden efectuar las aportaciones:

A diferencia del régimen general, en que las aportaciones solamente las puede realizar el partícipe⁴⁵⁷, en el sistema especial pueden ser efectuadas por: - *El propio partícipe*. Las cantidades aportadas reducirán la parte general de la base imponible en la declaración-liquidación del contribuyente discapacitado que realiza la aportación; - *Las personas que tengan una relación de parentesco con el discapacitado en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive*, así como el cónyuge⁴⁵⁸ o quienes le tuviesen a su cargo en régimen de tutela o acogimiento. En estos casos, las aportaciones efectuadas reducen la parte general de la base imponible en la declaración-liquidación de la persona que ha realizado dichas aportaciones a favor del discapacitado.

a.3. Límites en cuanto a las aportaciones y límites en cuanto a la reducción de la base imponible:

Aportantes	Aportación anual máxima	Reducción anual Máxima	Aportación y reducción conjunta anual máxima
Persona con discapacidad partícipe	24.250	24.250	24.250
Cada persona emparentada con la persona con discapacidad partícipe	10.000	10.000	

En relación a las aportaciones y reducciones en base efectuadas por personas distintas al propio partícipe, indiquemos que al igual que con los patrimonios protegidos de discapacitados, la nueva ley del IRPF incrementa hasta 10.000 euros anuales por cada aportante el límite máximo. El establecido en el TRLIRPF era de 8.000 euros. Además, la reducción anual máxima es independiente de la aplicable, en su caso, a las aportaciones realizadas por estos contribuyentes a sus propios Planes de Pensiones y a los otros sistemas de previsión social arriba citados. Respecto al límite conjunto, éste

⁴⁵⁷ Salvo en los planes de pensiones en su modalidad de sistema empleo, en que también las puede efectuar el promotor.

⁴⁵⁸ Según la Resolución de la DGT 696/2005, de 26 abril, «En cuanto a la extensión del término "cónyuge" que puede realizar aportaciones, dado que la normativa financiera y fiscal no especifica nada al respecto, habrá de acudir a las normas civiles, según las cuales el matrimonio no se disuelve hasta el divorcio, de acuerdo con lo que se establece en el artículo 85 del Código Civil, por lo que cabe entender que el cónyuge separado legalmente queda comprendido en la expresión cónyuge».

incluye tanto las aportaciones realizadas por el propio minusválido como las efectuadas por otras personas a su favor, teniendo prioridad en la reducción las aportaciones realizadas por el propio minusválido cuando concurren ambas.

b) Prestaciones.-

Una vez acaecidas las contingencias protegidas por los planes de pensiones y los otros sistemas de previsión social, el contribuyente discapacitado comienza a recibir las prestaciones que son calificadas como rendimientos del trabajo personal. No obstante, El TRLIRPF disponía que cuando estos se perciban en forma de renta, sean objeto de una reducción específica, imputándose en menor cuantía por el discapacitado. La nueva ley del IRPF transforma la reducción, en una exención, contenida en el art.7.w), alterando el límite máximo que quedará exento y tributando el exceso como rendimiento del trabajo⁴⁵⁹.

No obstante, en caso de que la prestación se perciba en forma de capital único, la nueva ley dispone en el art.18.3.c) una reducción del 50 % en el caso de prestaciones por fallecimiento, siempre que hayan transcurrido más de dos años desde la primera aportación. Cuando la cobertura acaecida sea distinta al fallecimiento, la reducción sería del 40%, según indica la letra a) del art.18.3, no siendo exigible que haya transcurrido más de dos años desde la primera aportación. En caso de ser discapacitado pero no alcanzar el grado de minusvalía exigido para acogerse al régimen especial, la reducción será de un 40% siempre que se perciban en forma de capital y que hayan transcurrido más de dos años desde la primera aportación, no siendo exigible este plazo de dos años para la prestaciones por invalidez⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ En efecto, como dijimos, la nueva ley del IRPF dispone que quedarán exentos los rendimientos del trabajo derivados de las prestaciones obtenidas en forma de renta, así como los rendimientos del trabajo derivados de las aportaciones a patrimonios protegidos, hasta un importe máximo anual conjunto de tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples.

⁴⁶⁰ Resoluciones de la DGT 89/1999, 14 de octubre, 746/2001, de 11 de abril, 1979/2002, de 19 de diciembre, 225/2003, de 20 febrero.

2.6. Mínimo personal y familiar.-

El tratamiento de la discapacidad ha recobrado un extraordinario protagonismo en la composición del mínimo personal y familiar con la nueva ley sobre el IRPF. En todo caso y para evitar reiteraciones innecesarias, nos remitimos a cuanto señalamos en el epígrafe 4.4. del capítulo primero de este trabajo, donde oportunamente estudiamos este concepto esencial del IRPF.

2.7. Deducciones en la cuota por obras de adecuación de la vivienda habitual.-

El art.69 de la TRLIRPF y 68 de la nueva ley sobre IRPF, junto a otras deducciones aplicables sobre la cuota del íntegra del impuesto, recoge en su apartado primero número cuarto, una deducción por efectuar obras e instalaciones de adecuación en la vivienda habitual para las personas discapacitadas, por ser necesarias para la accesibilidad y comunicación sensorial que facilite el desenvolvimiento digno y adecuado de las personas con minusvalía⁴⁶¹. Con la entrada en vigor de la nueva ley sobre el IRPF, esta deducción se extiende a supuestos en los que el discapacitado se cualquier pariente, en línea directa o colateral, cosanguínea o por afinidad, hasta el tercer grado inclusive que conviva con el contribuyente.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 57 del RIRPF tienen la consideración de obras o instalaciones de adecuación a efectos de esta deducción son las siguientes⁴⁶²: - aquellas obras que impliquen una reforma del interior de la vivienda habitual; - las obras que consisten en la modificación de los elementos comunes del edificio que sirvan de paso necesario entre la finca urbana y la vía pública, tales como

⁴⁶¹ Las obras de adecuación se pueden realizar como consecuencia de la discapacidad del propio contribuyente, o de su cónyuge, ascendientes o descendientes, que convivan con él, siempre que la vivienda sea ocupada por cualquiera de estas personas a título de propietario, arrendatario, subarrendatario o usufructuario.

⁴⁶² Artículo 57.2. «La acreditación de la necesidad de las obras e instalaciones para la accesibilidad y comunicación sensorial que facilite el desenvolvimiento digno y adecuado de la persona con minusvalía, se efectuará ante la Administración tributaria mediante certificado o resolución expedido por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o el órgano competente de las Comunidades Autónomas de valoración de minusvalías, basándose en el dictamen emitido por los Equipos de Valoración y Orientación dependientes de la misma».

escaleras, ascensores, pasillos, portales o cualquier otro elemento arquitectónico; - las necesarias para la aplicación de dispositivos electrónicos que sirvan para superar barreras de comunicación sensorial o de promoción de su seguridad.

La base máxima de esta deducción es de 12.020 euros, que es independiente al límite de 9.015,18 establecido con carácter general para la deducción por adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual. Sobre la base de deducción, teniendo en cuenta el anterior límite, se aplicará alguno de los siguientes porcentajes de deducción:

Obras de adecuación	Límite base deducción	porcentaje de deducción: tramo estatal	porcentaje de deducción: tramo autonómico	porcentaje total de deducción
Con financiación propia	12.020,24	10,05%	4,95%	15%

La nueva ley sobre el IRPF elimina la diferencia previa en relación a la deducción aplicable atendiendo al origen de la financiación, propia y ajena, igualando la deducción en ambos casos⁴⁶³. Ello hace que, a nuestro juicio, deje ser aplicable el art. art.55.1.2º. del RIRPF⁴⁶⁴, previsto para aplicar las deducciones existentes en el TRLIRPF cuando se sufragaban las obras con financiación ajena⁴⁶⁵. Por otro lado, los porcentajes de deducción del tramo autonómico recogidos anteriormente serán de aplicación cuando las Comunidades Autónomas no han hecho uso de su competencia

⁴⁶³ El TRLIRPF establecía los mismos porcentajes de deducción en el caso de que las obras se acometiesen con financiación propia, y preveía los siguientes cuando se utilizaba financiación ajena:

Con financiación ajena	Dos primeros años	hasta 6.010,12	16,75%	8,25%	25%
		Resto hasta 12.020,24	10,05%	4,95%	15%
	Sigüientes años	hasta 6.010,12	13,40%	6,60%	15%
		resta hasta 12.020,24	10,05%	4,95%	20%

⁴⁶⁴ Resolución de la DGT 683/2002, de 6 mayo.

⁴⁶⁵ Según este artículo del RIRPF, para poder practicarse la deducción por financiación ajena, era necesario que concurren los siguientes requisitos: a) Que el importe financiado de las obras o instalaciones de adecuación supongan al menos el 30 por 100 de dicha inversión. b) Que durante los tres primeros años no se amorticen cantidades que superen en su conjunto el 40 por 100 del importe total solicitado. c) Las condiciones y requisitos anteriores son también de aplicación al tramo autonómico o complementario de la deducción por inversión en vivienda habitual.

normativa en el sentido de poder modificarlos o sustituirlos por los porcentajes establecidos por las mismas.

3. Beneficios fiscales en el impuesto sobre sociedades.-

En el impuesto sobre sociedades, además de las ventajas fiscales dirigidas a incentivar la contratación de trabajadores con discapacidad que trataremos en el epígrafe sexto del capítulo cuarto de este trabajo⁴⁶⁶, existen varias deducciones en cuota, destinadas a mejorar las condiciones de accesibilidad de los discapacitados para el uso de bienes y servicios que les permitan una mejor integración social y laboral, a las que debemos de añadir las deducciones por aportaciones a sistemas de previsión social y a patrimonios protegidos a favor del discapacitado.

3.1. Deducción en cuota por aportaciones a sistemas de previsión social y a patrimonios protegidos a favor del discapacitado.-

Como hemos indicado en otro momento del presente trabajo, en relación con las aportaciones empresariales a los planes de pensiones de empleo o a mutualidades de previsión social que actúen como instrumento de previsión social empresarial imputadas a favor de trabajadores, en el impuesto sobre sociedades se establece una deducción en cuota del 10%. que podrá practicarse el sujeto en la cuota íntegra en relación a las contribuciones empresariales imputadas a favor de los trabajadores con retribuciones brutas anuales inferiores a 27.000 euros⁴⁶⁷.

De igual modo, el sujeto pasivo podrá practicar una deducción en la cuota íntegra del 10 por ciento de las aportaciones realizadas a favor de patrimonios protegidos de los trabajadores con retribuciones brutas anuales inferiores a 27.000 euros, o de sus parientes, en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, de sus cónyuges o de las personas a cargo de dichos trabajadores en régimen de tutela o acogimiento. En

⁴⁶⁶ A las que hacemos remisión para evitar reiteraciones innecesarias.

⁴⁶⁷ Siempre que el sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades sea el promotor del plan de pensiones (sistema empleo) o las efectúe a una mutualidad de previsión social que actúa como instrumento de previsión social (art.43 del TRLIS).

este caso, las aportaciones no podrán exceder de 8.000 euros anuales por cada trabajador o persona discapacitada⁴⁶⁸.

Tratándose de aportaciones no dinerarias, quedaran exentas en el Impuesto sobre Sociedades las rentas positivas que se pongan de manifiesto con ocasión de las contribuciones empresariales a patrimonios protegidos.

Por último, cuando se trate de trabajadores con retribuciones brutas anuales iguales o superiores a 27.000 euros, la deducción prevista en ambos casos se aplicará sobre la parte proporcional de las contribuciones empresariales y aportaciones que correspondan al importe de la retribución bruta anual reseñado en dichos apartados.

3.2. Beneficios fiscales para acciones que mejoren las condiciones de accesibilidad de los discapacitados.-

3.2.1. Deducción por actividades de investigación y desarrollo.-

En el artículo 35 del TRLIS, se recoge la deducción por actividades de investigación, desarrollo e innovación tecnológica (I+D+i) que con carácter general será aplicable a cualquier avance que puede significar una mejora en la integración social de las personas con discapacidad, pero forma específica, cuando el legislador ofrece el concepto de investigación y desarrollo, artículo 35.1.a)⁴⁶⁹ menciona de manera expresa, que dicho concepto incluye la concepción de software avanzado siempre que esté destinado a facilitar a las personas discapacitadas el acceso a los servicios de la sociedad de la información, quedando excluido del mismo las actividades habituales o rutinarias relacionadas con el software.

⁴⁶⁸ Si lo hacen, el exceso dará derecho a practicar la deducción en los cuatro períodos impositivos siguientes, hasta agotar, en su caso, en cada uno de ellos el importe máximo que genera el derecho a deducción.

⁴⁶⁹ En virtud del art. 15 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica.(BOE 12-11-2003), y con efectos a partir del 27 de abril de 2003, se da nueva redacción a la letra a) del apartado 1 del art.33 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre del Impuesto sobre sociedades, ampliando la deducción a los avances en software avanzado que faciliten el acceso de las personas discapacitadas a los servicios de la sociedad de la información.

De esta manera, el legislador ha puesto de manifiesto la necesidad de que se produzcan avances en las nuevas tecnologías que favorezcan su uso por las personas discapacitadas, como nuevo vehículo para la integración y cohesión social y, de esa forma, evitar que se conviertan en una nueva vía para la exclusión y la discriminación.

A parte de los requisitos y condiciones que deben de concurrir para la aplicación de esta deducción, uno de sus problemas que debemos abordar es determinar el ámbito de aplicación de la misma. El texto normativo se refiere al acceso a los servicios de la sociedad de la información, aspecto no definido, pero que un principio parece destinado solamente al uso del Internet⁴⁷⁰, aunque la sociedad de la información, como sabemos, es algo más. En este sentido, consideramos que entraría dentro su ámbito objetivo de aplicación, cualquier software que facilite la accesibilidad de los usuarios con discapacidad física, psíquica y sensorial a los ordenadores, telefonía móvil, decodificadores de televisión, video conferencias, servicios audiovisuales...⁴⁷¹.

3.2.2. Deducción por adaptación de vehículos para discapacitados.-

El art. 38.5 del TRLIS recoge una deducción por inversiones realizadas, entre otras circunstancias, en la adaptación de vehículos para discapacitados, en la que el sujeto pasivo del IS podrá deducirse, en la cuota íntegra, el 10 por 100 del importe de las inversiones o gastos que haya realizado en plataformas de acceso para personas discapacitadas o en anclajes de fijación de sillas de ruedas, que se incorporen a vehículos de transporte público de viajeros por carretera⁴⁷².

⁴⁷⁰ Como parece desprender de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, en su Disposición adicional quinta. «Accesibilidad para las personas con discapacidad y de edad avanzada a la información proporcionada por medios electrónicos. Uno. Las Administraciones Públicas adoptarán las medidas necesarias para que la información disponible en sus respectivas páginas de Internet pueda ser accesible a personas con discapacidad y de edad avanzada de acuerdo con los criterios de accesibilidad al contenido generalmente reconocidos antes del 31 de diciembre de 2005. Asimismo, podrán exigir que las páginas de Internet cuyo diseño o mantenimiento financien apliquen los criterios de accesibilidad antes mencionados.

Dos. Igualmente, se promoverá la adopción de normas de accesibilidad por los prestadores de servicios y los fabricantes de equipos y software, para facilitar el acceso de las personas con discapacidad o de edad avanzada a los contenidos digitales».

⁴⁷¹ Además, dicho software no necesariamente deben significar una mejora sustancial de los ya existentes, ya que no se trata de la deducción por actividades de innovación tecnológica, conceptuada en el artículo 35.2 del TRLIS, sino que es suficiente con que facilite a las personas discapacitadas el acceso a los servicios de la sociedad de la información.

⁴⁷² Sorprende esta limitación, al quedar excluido el transporte público de viajeros por ferrocarril, así como el aéreo y marítimo.

Queda excluida de la base de la deducción, la inversión financiada con subvenciones y, además, se establece como requisito adicional, para poder practicarsela que los elementos patrimoniales afectos a la misma, permanezcan en funcionamiento durante cinco años, o tres años, si se trata de bienes muebles, o durante su vida útil si fuera inferior (art.44.3 del TRLIS).

4. Beneficios fiscales en el Impuesto sobre el patrimonio.-

El Impuesto sobre el Patrimonio se caracteriza por ser un tributo de carácter directo, de naturaleza personal y objetivo, que grava el patrimonio neto de las personas físicas a 31 de diciembre de cada año. Su regulación básica se encuentra en la Ley 19/1991, de 6 de junio.

En consecuencia, con la indicada naturaleza y en relación a la normativa estatal, no existe ninguna medida específica que afecta a las personas discapacitadas. Sin embargo, al ser un impuesto cedido a las Comunidades Autónomas, - no sólo en su recaudación sino también en su potestad normativa-, será ésta última, en la que nos vamos a encontrar determinadas medidas tendentes a favorecer a este colectivo.

5. Beneficios fiscales en el Impuesto sobre sucesiones y donaciones.-

5.1. Reducción por minusvalía.-

En la Ley 27/1987, de 18 de diciembre, por la que se aprueba el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, se establece, en su artículo 20⁴⁷³, una reducción de la base imponible, con un importe superior para las personas con discapacidad, en los casos de

⁴⁷³ En redacción dada por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativa del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía.

adquisiciones *mortis causa*, deducción que resulta compatible con las que pudieran corresponder en función del grado de parentesco con el causante. Como vemos en el siguiente cuadro, la deducción aludida se establece en función del distinto grado de discapacidad del sujeto pasivo:

Grado de minusvalía	Importe de la deducción
Igual o superior al 33% e inferior al 65%	47.858, 59
Igual o superior al 65%	150.253,03

En relación con el momento en que debe quedar constancia de la existencia de la minusvalía, la Resolución de la DGT 1579/2002, de 22 de octubre, considera que habrá que estar al día del devengo del tributo para saber la circunstancias que deben de tenerse en cuenta a los efectos de la liquidación del tributo, salvo que se exprese otra cosa en una norma de rango legal, aunque admite que dicha acreditación se puede dar el plazo de declaración ⁴⁷⁴.

En este mismo sentido, y en relación con la acreditación del grado de minusvalía, el TSJ de Cantabria, en Sentencia de 6 de septiembre de 2004 ha manifestado que carecerá de efectos la declaración de minusvalía otorgada con posterioridad al hecho imponible, evitando que tenga carácter retroactivo⁴⁷⁵. En este caso, consideramos que el órgano judicial interpreta de forma muy rígida el art.67 del RIRPF del RD 214/1999, que exige para una minusvalía del 65 % que sea acreditada mediante certificado o resolución expedido por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o el órgano competente de las Comunidades Autónomas, pero no impide que una vez reconocido el grado de minusvalía, en el mismo certificado pueda indicar desde

⁴⁷⁴ De esta manera «en el supuesto, parece ser que uno de los sucesores, que no padecía en el momento de la muerte del causante minusvalía alguna le ha sobrevenido posteriormente una circunstancia que le convierte en minusválido, por lo que no tendrá derecho a la reducción de la base imponible por tal circunstancia, aunque en el transcurso del plazo de declaración del impuesto le haya sobrevenido una circunstancia que pudiera dar lugar al reconocimiento de una incapacidad que pudiera dar lugar a dicha reducción». Añadiendo que: «cuestión diferente que uno de los sucesores estuviera en situación de minusvalía, pero que la misma no le hubiera sido reconocida legalmente, cuando posteriormente dentro del plazo de declaración se le reconociera tal condición, siempre y cuando se hiciera constar expresamente que la padecía con anterioridad o en la fecha del fallecimiento del causante, en cuyo caso sí tendría derecho a practicarse la reducción correspondiente al grado de minusvalía que sufriera en el momento del fallecimiento del causante».

⁴⁷⁵ «ya que la acreditación de un grado superior sólo puede realizarse mediante el reconocimiento del mismo por el organismo competente, que como hemos dicho sólo surte efectos desde su fecha, sin que sea trasposable la declaración de minusvalía y su grado por aquél reconocimiento al momento presente, aunque el recurrente padeciera la misma enfermedad a lo largo de dicho período».

cuando se padece la misma o que a través de otros medios de prueba se acredite que en el momento del devengo del hecho imponible ya se padecía la misma⁴⁷⁶, de atención socio-sanitaria posterior al hecho imponible, esto es, al fallecimiento de la madre del recurrente acaecido en el año 2000, ya que aquella se insta y se declara en día 20 de junio de 2001, por lo que la pretensión principal del recurrente debe ser rechazada»⁴⁷⁷.

5.2. Reducción por transmisiones inter vivos de empresa individual, negocio profesional o participaciones.-

El apartado 6 del artículo 20 de la LISD recoge un supuesto, para el caso de transmisiones *inter vivos*, en que el donante, tuviese sesenta y cinco o más años, o se encontrase en situación de incapacidad permanente, en grado de absoluta o gran invalidez, y efectuase una donación en favor del cónyuge, descendientes o adoptados de una empresa individual, de un negocio profesional o de participaciones en entidades del donante, a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado 8 del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, en el que se aplicará una reducción en la base imponible, del 95 por 100 del valor de adquisición, siempre que concurren las condiciones siguientes:

a) Que, si el donante viviere ejerciendo funciones de dirección, dejará de ejercer y de percibir remuneraciones por el ejercicio de dichas funciones desde el momento de la transmisión.

b) En cuanto al donatario, deberá mantener lo adquirido y tener derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio durante los diez años siguientes a la fecha de la escritura pública de donación, salvo que falleciera dentro de este plazo.

⁴⁷⁶ Cuando afirma que «la acreditación del grado de minusvalía debe realizar mediante la resolución que acredite su reconocimiento oficial, no resultando posible que, a virtud de otro tipo de pruebas, trate de dotarse a tal situación de carácter retroactivo, a los efectos de la obtención de un determinado beneficio fiscal, por lo que no surtirán efectos la declaración de minusvalía del 65% otorgada al recurrente por la Dirección General.

⁴⁷⁷ En este sentido, STSJ de Asturias de 19 de febrero de 1999, STSJ de Asturias, de 8 de marzo de 2001, STSJ de Asturias, de 28 de abril de 2003, STSJ de Asturias, de 27 de octubre de 2003 y STSJ de Cantabria, de 24 de mayo de 2005.

6. Beneficios fiscales en el IVA.-

6.1. Exenciones en operaciones interiores.-

En este componente del hecho imponible del IVA, todas las exenciones se refieren a entregas de bienes o a servicios prestados a personas con discapacidad. En consecuencia, y por la mecánica aplicativa del indicado tributo, las indicadas exenciones comportarán que no se produzca la repercusión del impuesto al adquirente o destinatario del servicio (el discapacitado no soporta la repercusión del impuesto), precisándose además, que la persona que entrega el bien o presta el servicio, no puede deducir la cuotas de IVA soportadas en las adquisiciones de bienes y servicios utilizados para realización de dichas operaciones. Estas exenciones son:

a) Las prestaciones de servicios de asistencia social efectuadas por entidades de Derecho Público o entidades o establecimientos privados de carácter social que tengan relación, entre otras, con la educación especial y asistencia a personas con minusvalía⁴⁷⁸. Esta exención comprende la prestación de los servicios de alimentación, alojamiento o transporte accesorios de los anteriores prestados por dichos establecimientos o entidades, con medios propios o ajenos.

En torno a esta exención, son dos las cuestiones que merecen alguna aclaración, y que atienden, respectivamente, a la configuración de su ámbito objetivo y subjetivo: El ámbito objetivo de esta exención se suscribe en torno a la asistencia social, entendiéndose por *«el conjunto de acciones y actividades desarrolladas por el Sector Público o por Entidades o personas privadas fuera del marco de la Seguridad Social, destinando medios económicos o personales, fundamentalmente, estados de necesidad y otras carencias de determinados colectivos (ancianos, menores y jóvenes, minorías étnicas, drogadictos, refugiados y asilados, etc.»*⁴⁷⁹ y, en consecuencia, lógicamente, a personas con discapacidad, por tanto, hace referencia a todas aquellas acciones

⁴⁷⁸ Art.20. uno.8.º c) de la LIVA.

⁴⁷⁹ Definición emitida por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Sociales, en su informe de 23 de junio de 1995, emitido a solicitud de DGT, recogida en distintas contestaciones de dicha Dirección, como por ejemplo, Resolución de la DGT núm.452, de 21 de marzo de 2005.

destinadas a facilitar la vida diaria e integración social de estos colectivos⁴⁸⁰. En relación con el ámbito subjetivo, podrán verse afectadas por esta exención, dos tipos de entidades: 1.- Las entidades de Derecho Público⁴⁸¹; y, 2.- Las entidades o establecimientos privados de carácter social⁴⁸².

b) Las cesiones de personal realizadas por entidades religiosas inscritas en el Registro correspondiente del Ministerio de Justicia, para el desarrollo de actividades de asistencia social referidas a la educación especial y asistencia a personas con minusvalía⁴⁸³.

⁴⁸⁰ En sentido negativo, «no puede ser calificados propiamente como servicios de asistencia social a efectos del IVA los servicios de redacción de informes e historias sociales, los servicios de consulta y asesoramiento sobre recursos sociales privados y públicos, los servicios de redacción de programas y proyectos y los servicios de tramitación de documentos, autorizaciones administrativas y otras actividades relacionadas con servicios sociales, dado que, si bien tales servicios pueden ser utilizados para la ulterior prestación de servicios de asistencia social, el contenido de dichos servicios no consiste en la atención directa de los estados de necesidad u otras carencias de determinados colectivos de personas que caracteriza a los servicios de asistencia social», según dispone la Resolución de la DGT 137/2000, de 31 de mayo.

⁴⁸¹ Como por ejemplo, un Organismos autónomos de carácter mercantil, adscritos a la Consejería de Cultura, Educación y Ciencia que realiza servicios de asistencias social de protección de la infancia y de la juventud, (Resolución de la DGT 536/1998, de 3 de abril de 1998; las prestaciones de servicios efectuadas mediante precio público por el Ayuntamiento en el desarrollo del Servicio de Ayuda a Domicilio establecido por el mismo Ayuntamiento con el fin de apoyar a aquellas personas que por deficiencias físicas, mentales, socioeconómicas o familiares tienen limitada su autonomía personal y capacidad de relación social, proporcionándoles atención de carácter preventivo, educativo, asistencial y rehabilitador al objeto de que puedan continuar desarrollando su vida cotidiana en su entorno natural mientras ello sea posible y conveniente, por tratarse de prestaciones de servicios de asistencia social, (Resolución de la DGT 746/1999, de 11 de Mayo.

⁴⁸² Para poder calificarlos como entidades de carácter social el artículo 20.Tres de la LIVA y el artículo 6 del RIVA recogen el procedimiento para su reconocimiento. Así el artículo 20.Tres preceptúa que «a efectos de lo dispuesto en este artículo, se considerarán entidades o establecimientos de carácter social aquellos en los que concurran los siguientes requisitos: - carecer de finalidad lucrativa y dedicar, en su caso, los beneficios eventualmente obtenidos al desarrollo de actividades exentas de idéntica naturaleza; - los cargos de presidente, patrono o representante legal deberán ser gratuitos y carecer de interés en los resultados económicos de la explotación por sí mismos o a través de personas interpuesta; - los socios, comuneros o partícipes de las entidades o establecimientos y sus cónyuges o parientes con-sanguíneos, hasta el segundo grado inclusive, no podrán ser destinatarios principales de las operaciones exentas ni gozar de condiciones especiales de la prestación de los servicios. Este requisito no se aplicará cuando se trate de las prestaciones de servicios a que se refiere el apartado uno, números 8.º (recoge la exención que estamos comentando) y 13º de este artículo», además, es necesario que las entidades o establecimientos de carácter social soliciten el reconocimiento de su condición y, que en el caso obtener, dicho reconocimiento quedará subordinada a la subsistencia de las condiciones y requisitos que fundamentan la exención. Éste reconocimiento, de acuerdo con el artículo 6 del RIVA se deberá solicitar a la Delegación o Administración de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en cuya circunscripción territorial esté situado el domicilio fiscal de la entidades solicitante, surtiendo efectos dicho reconocimiento respecto de las operaciones cuyo devengo se produzca a partir de la fecha de la solicitud.

La mayoría de los pronunciamientos en torno a esta exención giran en torno a la concurrencia o no de los anteriores requisitos para obtener el reconocimiento del carácter de entidad social y la pérdida del mismo por incluir los requisitos, por ejemplo la STS de 23 septiembre 2002.

⁴⁸³ Art.20.uno.11.º de la LIVA.

6.2. Exenciones a la importación.-

La normativa del tributo establece la exención de bienes importados en beneficio de personas con minusvalía (art.45 de la LIVA), cuando concurren los siguientes requisitos: a.- que se trate de importaciones de bienes especialmente concebidos para la educación, el empleo o la promoción social de las personas física o mentalmente disminuidas; b.- que dicha importación debe ser efectuada por instituciones u organismos debidamente autorizados, siempre que tengan por actividad principal la educación o asistencia de las personas disminuidas; c.- que dichos bienes se remitan gratuitamente y sin fines comerciales a las mencionadas instituciones u organismos⁴⁸⁴.

Los bienes importados con exención podrán ser prestados, alquilados o cedidos, sin ánimo de lucro, por las entidades o establecimientos beneficiarios a las personas con discapacidad sin pérdida del beneficio de la exención. En el caso de ser utilizados, prestados, arrendados, o cedidos a título oneroso o gratuito para fines distintos de los descritos se pierde el derecho a la exención⁴⁸⁵.

6.3. Exenciones en las adquisiciones intracomunitarias.-

Cuando la importación de los bienes especialmente concebidos para la educación, el empleo o la protección social de los minusválidos procedan de un país comunitario, la operación también va a quedar exenta del IVA, debido a que el artículo 26.dos de la LIVA declara exentas la adquisiciones intracomunitarias de bienes cuando su importación estuviera exenta, como ocurre con la exención de bienes importados en beneficio de personas con minusvalía del artículo 45 de la LIVA, comentado en el apartado anterior.

⁴⁸⁴ La exención se extenderá a las importaciones de los repuestos, elementos o accesorios de los citados bienes y de las herramientas o instrumentos utilizados en su mantenimiento, control, calibrado o reparación, cuando se importen conjuntamente con los bienes o se identifique que corresponden a ellos.

⁴⁸⁵ Siendo los anteriores requisitos los necesarios para poder beneficiarse de la exención, el primero de ellos condiciona su aplicación a que se trate de “bienes especialmente concebidos”, entendiéndose por tales los que tengan «las características necesarias para ser destinados específicamente al uso de las personas citadas en el precepto, no basta, pues, meras adaptaciones, sino que es necesario, o bien que los bienes se hayan realizado para el servicio específico de los minusválidos, o bien que se hayan introducido en ellos tales modificaciones que, por su entidad, permitan calificar el bien de uso específico de tales personas. Lo que determinante es pues el fin para el que el bien es concebido», como señaló la SAN de 26 de mayo de 1997.

6.4. Tipos impositivos.-

Al estar gravadas las operaciones sujetas al IVA a tres tipos impositivos distintos, el 16 por 100, con carácter general, el tipo reducido del 7 por 100 y el superreducido del 4 por 100, la opción de un tipo impositivo u otro, puede significar un beneficio económico. Así ocurre para determinadas entregas de bienes o prestaciones de servicios que tienen como destinatarios a personas con minusvalía, en las que se aplican alguno de los tipos reducidos.

En este sentido será de aplicación el tipo reducido del 7 por 100 a dos prestaciones de servicios:

a) Las entregas, adquisiciones intracomunitarias o importaciones de los aparatos y complementos, incluidas las gafas graduadas y las lentillas que, por sus características objetivas, sean susceptibles de destinarse esencial o principalmente a suplir las deficiencias físicas del hombre o de los animales, incluidas las limitativas de su movilidad y comunicación⁴⁸⁶.

Ante la variedad de productos que se pueden ver afectados, se considera que solamente se podrá aplicar el tipo reducido a los productos *«que, por su configuración objetiva, sólo puedan destinarse a los usos sanitarios que en el precepto transcrito se mencionan, no pudiendo extenderse su aplicación a los productos de uso mixto, sanitario y para otras finalidades, con independencia de la condición del destinatario (hospitales, centros geriátricos, clínicas, etc...)»*, según manifestó Resolución de la DGT núm.2046, de 3 de diciembre de 2003⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ También para los productos sanitarios, material, equipos e instrumental que, objetivamente considerados, solamente puedan utilizarse para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias del hombre o de los animales. No se incluyen en este número los cosméticos ni los productos de higiene personal, a excepción de compresas, tampones y protegeslips, (art.91.uno.1.6.º de la LIVA).

⁴⁸⁷ (188) En dicha resolución se recoge una serie de productos que tributarán al tipo de reducido del 7 por ciento, como son: carro camilla; carro camilla; camilla de transporte; camilla de transporte plegable al centro; mesa de exploración; mesa de exploración ginecológica; mesa de exploración ginecológica; mesa veterinaria de cirugía; sillón de podología; soporte apoya brazos; soporte portasueros; lámpara de exploración; lámpara lupa; paralelas para rehabilitación; andador; cama hospitalaria; negatoscopios.

Tributando al tipo general: Biombo de dos cuerpos; Biombo de tres cuerpos; banqueta de un tramo; banqueta de dos tramos; carro portabalas de oxígeno; carro de curas; carro de yesos y vendas; carro de ropa sucia; carro de ropa sucia doble; carro de ropa sucia y limpia; carro de transporte; mesa de reconocimiento; mesa de tratamiento de madera; mesa de reconocimiento; mesa de masaje; mesa de masaje portátil; mesa de reconocimiento; cuna de recién nacidos; mesa desnuda de un cuerpo; mesa desnuda de dos cuerpos; mesa pesa bebés; mesa con talla para bebés; mesa auxiliar; mesa auxiliar; mesa

También tributarán al tipo reducido, las entregas de «*inodoros, lavados y platos de ducha*» que por sus características objetivas estén diseñados para el uso de personas con minusvalía y sea, por tanto, susceptibles de destinarse esencial o principalmente para suplir las deficiencias físicas de dichas personas, como se desprende de la Resolución de la DGT 1358/2003, de 18 de septiembre⁴⁸⁸.

b) Las prestaciones de servicios a que se refiere el artículo 20, apartado uno, número 8.º de esta Ley, cuando no resulten exentos de acuerdo con dichas normas, (art.91.uno.2.9.º de la LIVA)⁴⁸⁹.

En cambio se aplicará el tipo impositivo del 4 por 100 a las siguientes situaciones:

a) En el artículo 91.Dos.1.4º se pueden distinguir entre los coches de minusválidos, las sillas de ruedas y los destinados a ser utilizados como autotaxis o autoturismos.

En relación con los “*coches de minusválidos*”, se remite al número 20 del anexo del Real Decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo, pero dicho número ha sido modificado por la disposición final primera del Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos⁴⁹⁰.

de extracciones; mesa de extracciones para dos o tres personas; mesa para instrumental; mesa para instrumental de pago; mesa veterinaria para reconocimiento; mesa de despacho; mesa de despacho; sillón diversas especialidades; sillón diversas especialidades; sillón de masaje facial y corporal; taburete giratorio; taburete giratorio; taburete giratorio; silla de despacho fija; silla de despacho giratoria; sillón de despacho fijo; sillón de despacho giratorio; cubo redondo; cubo a pedal; mesa para comer y leer en la cama; vitrina; vitrina armario; vitrina arsenal; vitrina mural; carro de electrocardiografía; taquilla armario; portahistorias.

⁴⁸⁸ Tributarán al 16 por ciento «las entregas de chupetes anatómicos o no anatómicos», Resolución de la 759/2003, de 6 de junio de 2003.

⁴⁸⁹ Por ejemplo, entidad mercantil dedica a la prestación de servicios de asistencia social a ancianos por incumplir el ámbito subjetivo de la exención, (Resolución de la DGT núm.452, de 21 de marzo de 2005, o trabajadora social que presta sus servicios mediante contrato de consultoría y asistencia, consistiendo aquellos en asistencia a personas con discapacidad física, psíquica y sensorial, como manifestó la Resolución de la DGT 254/2004, de 5 noviembre, y la prestación de servicios de musicoterapia a niños autistas por una persona físicas, tal y como indicó la Resolución de la DGT 1245/2003, de 11 septiembre.

⁴⁹⁰ Debiendo atenderse en la actualidad al término "vehículos para personas con movilidad reducida", que son aquellos que responden de manera objetiva a la siguiente descripción: "aquellos cuya tara no sea superior a 350 Kg. y que, por construcción, no puede alcanzar en llano una velocidad superior a 45 Km/h, proyectado y construido especialmente (y no meramente adaptado) para el uso de personas con alguna disfunción o incapacidad física. En cuanto al resto de sus características técnicas se les equipara a los

Por tanto, aquellos vehículos que respondan al concepto de vehículos para personas con movilidad reducida, les será aplicable el tipo del 4 por ciento en las entregas, adquisiciones intracomunitarias o importaciones, sujetas al impuesto que se realicen, mientras tributarán al 16 por ciento las entregas de motocicletas de tres y cuatro ruedas (o scooters) y de coches que no respondan al concepto de vehículos para personas con movilidad reducida⁴⁹¹.

Se aplicará el tipo del 4% a las sillas de ruedas adquiridas por una persona con minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento y sea para su uso exclusivo, *«entendiendo por tales, aquellas sillas de ruedas que por su diseño y configuración objetiva sean destinadas exclusivamente a estas personas que determina la Ley»*, como aclaró la Resolución de la DGT 1053/2004, de 21 de abril⁴⁹².

También se aplicará el tipo impositivo del 4 por ciento cuando *«las citadas entregas se realicen a un centro hospitalario o un organismo público, siempre que el proveedor transmitente disponga de un documento expedido por dicho Centro o organismo en que, bajo su responsabilidad, declaren el destino final de las citadas*

ciclomotores de tres ruedas», (nos remitimos a lo expuesto sobre su concepto en el apartado posterior dedicado al Impuesto especial sobre determinados medios de transporte).

⁴⁹¹ Como: a.- Las entregas de repuestos para los vehículos anteriores, los servicios de reparación y los servicios de arrendamiento de sillas de ruedas, motocicletas de tres y cuatro ruedas (o scooters) y coches para minusválidos, tal y como se desprende de la Resolución de la DGT 176/2004, de 5 de febrero; b.-Las prestaciones de servicios que consisten en adaptar vehículos para convertirlos en ambulancias, como manifestó la Resolución de la DGT 102/2003, de 28 de enero; c.- Los que puedan alcanzar una velocidad superior a 45 Km/h, según indicó la Resolución de la DGT 553/2000, de 10 de marzo.

⁴⁹² Añadiendo que «a esto efectos, el sujeto pasivo que realice la entrega deberá conservar copia de la certificación de la minusvalía, expedida por el Instituto Nacional de Servicios Sociales o por las Entidades Gestoras correspondientes de las Comunidades que tengan transferida su gestión», en el mismo sentido, la Resolución de la DGT núm.2046, de 3 de diciembre de 2003.

La sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana, de 7 de febrero de 2001, admite, aunque basándose en la normativa anterior, la solicitud de ingresos indebidos a pesar de no haberse aportado el certificado de minusvalía en el momento de adquirir el vehículo, ya que «no habiendo duda alguna de que en el momento en que se produjo el devengo del impuesto concurría el presupuesto que determinaba la aplicación del tipo impositivo general del IVA en lugar del incrementado, es el tipo general aquel con que debe quedar gravada la operación, pues de otro modo se impone un criterio puramente formal que desvirtúa la tributación realmente debida atendiendo a las circunstancias que efectivamente concurrían en el momento en que tien lugar el devengo del tributo», mientras que no se admitirá la devolución con el reconocimiento se ha obtenido con posterioridad a la adquisición del vehículo, STSJ de Andalucía, Málaga, de 23 de marzo de 2000, aunque no se especifica si la solicitud del reconocimiento se efectúa con anterioridad a la compra o si en el reconocimiento se especificaba desde que momento poseía la minusvalía.

sillas de ruedas o la utilización exclusiva de las mismas por personas con minusvalía»⁴⁹³.

Corresponderá el tipo impositivo del 7 por ciento a las entregas, adquisiciones intracomunitarias e importaciones de otras sillas de ruedas distintas de las anteriores que por su configuración objetiva no son de uso exclusivo para personas con minusvalía, pero que sólo pueden destinarse a suplir las deficiencias físicas del hombre. En el caso de concurrir las circunstancias anterior la tributación será al tipo impositivo general del 16%, (Resolución de la DGT, núm.707, de 27 de abril de 1998⁴⁹⁴).

La tercera categoría de vehículos a los que resulta aplicable este tipo impositivo son los destinados a ser utilizados como autotaxis⁴⁹⁵, o autoturismos⁴⁹⁶, cuando concurren dos condiciones: - que tenga como destino específico su utilización en el transporte de personas con minusvalía en silla de ruedas, bien directamente o previa su adaptación;- que se obtenga el previo reconocimiento del derecho del adquirente que deberá de justificar el destino del vehículo.

A diferencia de los vehículos para personas con movilidad reducida y de las sillas de ruedas, en este tercer caso se *«precisa del previo reconocimiento del derecho por parte de la Administración, éste se solicitará presentando, con anterioridad al devengo de este impuesto, el oportuno escrito dirigido a la Delegación de la AEAT en cuya circunscripción se encuentre el domicilio fiscal del interesado, aportando los elementos de prueba que sean necesarios para justificar el destino de los vehículos»⁴⁹⁷.*

La adquisición de un vehículo al que se instalará una rampa elevadora para poder llevar a su hijos, afectados por parálisis cerebral, en silla de ruedas a

⁴⁹³ Resoluciones de las DGT 1034/2004, de 20 de abril, 176/2004, de 5 de febrero, 759/2003, de 6 de junio.

⁴⁹⁴ Sobre la problemática interpretativa del requisito de la exclusividad del uso por parte del minusvalía, nos remitimos a lo recogido en relación con lo expuesto en el IEDMT.

⁴⁹⁵ Anexo II, apartado C del Reglamento General de Vehículos: 40 Taxi: Turismo destinado al servicio público de viajeros y provisto de aparato taxímetro, entendiéndose por Turismo: Automóvil destinado al transporte de personas que tenga, por lo menos, cuatro ruedas y que tenga, además del asiento del conductor, ocho plazas como máximo.

⁴⁹⁶ Anexo II, apartado C del Reglamento General de Vehículos recogido en el Real Decreto 2822/1998: 42 Autoturismos: Turismo destinado al servicio público de viajeros con licencia municipal, excluido el taxi.

⁴⁹⁷ Resolución de la DGT 419/2005, de 18 de marzo.

rehabilitación, tributará al tipo general *«pues dicho vehículo no se destinará a ser utilizado como autotaxi o atutorismo especial, ni tampoco tiene la consideración de coche de minusválido»*⁴⁹⁸.

De lo expuesto hasta ahora, se concluye, que con independencia de la tributación del vehículo por el Impuesto Especial sobre determinados medios de Transporte aplicable con ocasión de su adquisición, procederá la tributación al tipo del 16%, cuando se trata de automóvil no destinado a ser utilizado como autotaxis o autoturismos especiales para el transporte de personas con minusvalía en silla de ruedas, y cuando el mismo tenga una tara superior a 350 kilogramos, o pueda alcanzar una velocidad en llano superior a los 45 kilómetros por hora, con independencia de la condición de minusválido del adquirente y de si el vehículo ha sido adaptado a las características de la minusvalía⁴⁹⁹, por tanto, no se contempla la posibilidad de aplicar un tipo impositivo inferior al general, para las entregas de vehículos para el uso particular de los minusválidos, ni tampoco para los servicios de adaptación y reparación de los mismos⁵⁰⁰.

b) Los servicios de reparación de los coches y de las sillas de ruedas y los servicios de adaptación de los autotaxis y autoturismos para personas con minusvalías a que se refiere la letra anterior⁵⁰¹, tributará al 4 por ciento⁵⁰².

En relación con las prestaciones de servicios que consistan en adaptar vehículos de turismo para la conducción de personas con minusvalías, quedaran fuera del ámbito de aplicación del tipo reducido, aunque podrán tributar al tipo reducido del 7 por ciento *«las entregas de aceleradores manuales, frenos de servicio manuales y embragues*

⁴⁹⁸ Según criterio manifestado por la DGT, en su Resolución 2365/1999, de 16 diciembre; como también tributarán al tipo general los autobuses aunque estén destinados al transporte de personas con minusvalía en silla de ruedas, ya que no entran dentro del concepto de turismo, como su adaptación, mientras que si se trata de un microbús, al poder calificarse como turismo, podrá acoger al tipo reducido cuando utilizados como autotaxis o autoturismos especiales, tal y como pronunció la DGT en su Resolución 227/1999, de 24 de febrero.

⁴⁹⁹ En este sentido, la RTEAC de 10 de septiembre de 1999, que lleva a cabo delimitación de los supuestos en que es aplicable el tipo reducido del 4%.

⁵⁰⁰ Resolución de la DGT 254/1998, de 18 de febrero.

⁵⁰¹ Art.91.Dos.2 de la LIVA.

⁵⁰² los repuestos tributarán al tipo general del 16 por ciento, así en la Resolución de la DGT 5/2005, de 12 de enero, se recoge que “las entregas de repuestos para sillas de ruedas a los que no pueda aplicarse el tipo previsto en el artículo 91.Uno.1.6º tributarán al tipo general” como también «las entregas de repuestos o piezas de recambio de los aparatos sanitarios, siempre que se trate de elementos o piezas normalizadas industrialmente y precisamente por esa razón».

manuales», que objetivamente considerados, sólo pueden ser utilizados por personas discapacitadas, «siendo de aplicación el mismo tipo impositivo, a las operaciones accesorias de dichas entregas entre las que pueden incluirse, en su caso, los servicios de adaptación o instalación de los citados aparatos entregados a vehículos de turismo»⁵⁰³.

c) La entrega, adquisición intracomunitaria o importación de las prótesis, órtesis e implantes internos para personas con minusvalía⁵⁰⁴. Las prótesis, como aparatos externos usados para reemplazar total o parcialmente un segmento de un miembro ausente o deficiente, incluyendo a los aparatos que tenga una parte en el interior del cuerpo por necesidades estructurales o funcionales, tributarán con carácter general al tipo del 7 por ciento salvo cuando el adquirente sea una persona con una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento⁵⁰⁵. También se aplicará el tipo impositivo del 4 por ciento cuando las citadas entregas se realicen a un establecimiento hospitalario siempre que el proveedor disponga de un documento expedido por el mismo en que, bajo su responsabilidad, declara el destino final de dichos artículos o su utilización por personas con minusvalía en los términos anteriormente expuestos⁵⁰⁶.

6.5. Actividades económicas acogidas al régimen simplificado del IVA.-

Al igual que para los empresarios acogidos al régimen de estimación objetiva de signos, índices o módulos del IRPF, los acogidos al régimen simplificado del Impuesto sobre el Valor Añadido, cuando contraten trabajadores con discapacidad, podrán aplicar el beneficio fiscal consistente en una cuantificación del 60 por 100 a la hora de determinar el número de unidades por módulo, lo que supone, a efectos de ambos regímenes, un ahorro del 40 por 100 en relación con el módulo de personal asalariado.

⁵⁰³ Según señaló la Resolución de la DGT, 4/2003 de 7 de enero.

⁵⁰⁴ Art.91.Dos.1.5.º de la LIVA.

⁵⁰⁵ Debiendo a estos efectos, el sujeto pasivo que realice la entrega conservar copia de la certificación de la minusvalía, expedida por el Instituto de Servicios Sociales o pro las Entidades Gestoras correspondientes de las Comunidades Autónomas que tengan transferida su gestión.

⁵⁰⁶ Resoluciones de la DGT 143/1998 de 3 de agosto, 696/2003, de 27 mayo, 504/2003, de 22 abril, 1001/2004, de 15 abril, 828/2004, de 30 marzo.

7. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.-

Como resulta conocido, este tributo⁵⁰⁷, incluye tres figuras impositivas: el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales onerosas; el Impuesto sobre Operaciones Societarias; y, el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados. En el desarrollo de la tres modalidades impositivas, básicamente, no se recoge ninguna medida específica pensadas para los discapacitados, aunque indirectamente puede alguna de ellas incidir sobre las personas con minusvalía.

La primera modalidad, grava la transmisiones onerosas por actos *inter vivos* de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas, como también la constitución de derechos reales, préstamos, fianzas, arrendamientos, pensiones y concesiones administrativas⁵⁰⁸. El sujeto pasivo, por lo general, serán los adquirentes.

En la segunda, se gravan operaciones empresariales, como la constitución, aumento y disminución de capital, fusión, escisión y disolución de sociedades, como las aportaciones que efectúen los socios para reponer pérdidas sociales⁵⁰⁹. El sujeto pasivo será la sociedad o, los socios o copropietarios, en el caso de disolución de la sociedad o reducción de capital social⁵¹⁰.

En la tercera modalidad, por actos jurídicos documentados, se esta sometiendo a gravamen la documentación de determinados actos en documentos notariales, mercantiles, o administrativos, siendo el sujeto pasivo, el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expida⁵¹¹. Esta modalidad se satisfará mediante dos cuotas, una, fija, para las matrices y las copias de escrituras y actas notariales extendidas en

⁵⁰⁷ Regulado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

⁵⁰⁸ Art.7 del RDL TRLITP y AJD.

⁵⁰⁹ Art.19 del RDL TRLITP y AJD.

⁵¹⁰ Art.23 del RDL TRLITP y AJD.

⁵¹¹ Arts.27 y 28 del RDL TRLITP y AJD.

papel timbrado (0,30 euros por pliego o 0,15 euros por folio), y una segunda, variable o proporcional, para las primeras copias de escrituras y actas notariales cuando tenga por objeto cantidad o cosa valuable y contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles y no deban tributar por el ITP o IOS, satisfaciendo el tipo 0,50 por 100, salvo que las Comunidades Autónomas hubieran fijado un tipo de gravamen distinto.

Para las tres modalidades impositivas que recoge este impuesto, se ha establecido una variada gama de supuestos de exención, recogidos en su artículo 45, que según pensamos, al menos en algunos casos, pueden tener, aunque sea indirectamente, alguna incidencia en las personas con discapacidad⁵¹²: El primer supuesto de exención seleccionado afecta a las fundaciones y asociaciones de utilidad pública sin fines lucrativos⁵¹³. En ese caso, se cumplen los requisitos del artículo 3 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades lucrativas y de los incentivos fiscales al Mecenazgo que se dediquen a la asistencia de personas con discapacidad, como consecuencia de la nueva redacción⁵¹⁴ dada a la letra A) del artículo 45.I. del Texto Refundido de dicho impuesto⁵¹⁵. El segundo supuesto de exención a destacar y

⁵¹² Se trata de supuestos de exención que son aplicables a las tres modalidades de gravamen aunque no serán de aplicación al gravamen de cuota fija del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentos sobre matrices, copias de escrituras y actas notariales recogidas en papel timbrado.

⁵¹³ Otras exenciones que pueden tener incidir en las personas con discapacidad son: «c) Las cajas de ahorro, por la adquisiciones directamente destinadas a su obra social», «d) La Iglesia Católica y las iglesias, confesiones y comunidades religiosas que tengan suscritos acuerdos de cooperación con el Estado español», de acuerdo con lo regulado en el artículo IV del Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado Español y la Santa Sede y, por último, «f) La Cruz Roja Española y la Organización Nacional de Ciegos Españoles».

También puede tener incidencia sobre la personas discapacitadas otras exenciones recogidas en artículo 45.I.C) relacionadas con otras instituciones que su propia normativa establece beneficios fiscales para el impuesto comentado, como son las recogidas en el número 12, referente a las Sociedades Anónimas Laborales, regulada en la actualidad por la Ley 4/1997, de 4 de marzo, (art.10 y 20), número 15, la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de las Cooperativas, (art.33), y los números 18 a 20, en relación con la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con al Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España), (artículos 11 de la respectivas normas).

⁵¹⁴ Nueva redacción dada por la Disposición adicional tercera de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo. La anterior redacción del artículo 45.I.A).c) recogía la siguiente exención: «c) Las asociaciones declaradas de utilidad pública dedicadas a la protección, asistencia o integración social de la infancia, de la juventud, de la tercera edad, de personas con minusvalías físicas o psíquicas, marginadas, alcohólicas, toxicómanas o con enfermedades en fase terminal».

⁵¹⁵ Con el siguiente tenor: «b) Las entidades sin fines lucrativos a que se refiere el artículo 2 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos

que a nuestro juicio, si tiene una incidencia directa sobre las personas discapacitadas, es el incorporado al artículo 45.I.B) del RDL TRLITP y AJD en su número 21⁵¹⁶, al establecer la exención para las aportaciones que se efectúen a los patrimonios protegidos de las personas con discapacidad, quedando por tanto, exentas las tres modalidades de dicho impuesto, salvo la cuota fija de documentos notariales.

8. Beneficios en el Impuesto especial sobre determinados medios de transporte.-

La Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, entre la variedad figuras impositivas que recoge, solamente contempla beneficios fiscales para las personas con discapacidad en el Impuesto especial sobre determinados medios de Transporte (art.65 a 74 de la Ley 38/1992), estableciendo dos supuestos de no sujeción y uno de exención.

fiscales al mecenazgo, que se acojan al régimen fiscal especial en la forma prevista en el artículo 14 de dicha Ley. A la autoliquidación en que se aplique la exención se acompañará la documentación que acredite el derecho a la exención».

El artículo 3 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, enumera los requisitos que deben concurrir para que las entidades enumeradas en el artículo 2 puedan adquirir el calificativo de entidades sin fines lucrativos. El primero se refiere a la necesidad de que persigan fines de interés general, como pueden ser, entre otros, los promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, económicas o culturales.

La problemática en torno a esta exención gira sobre la concurrencia o no de los requisitos necesarios para poder obtener la declaración de entidades sin fines lucrativos, por ejemplo, Resolución del Departamento de Hacienda y Finanzas, Álava, de 5 de octubre de 2001, STSJ de Galicia, de 9 de febrero de 2002, STSJ de Valencia de 13 de septiembre de 2000, RTEAC de 14 de mayo de 1999, RTEAC de 10 de junio de 1998, RTEAC de 17 de diciembre de 1992. Destacar que nos encontramos con una exención de carácter subjetivo y «ello significa que se concede en razón de las condiciones personales del beneficiario, y no por causa del hecho imponible que determine el nacimiento de la obligación de tributar. Siendo así, la exención alcanza a cualesquiera actos del beneficiario y, por ello, es consecuente que sólo se conceda a aquellos sujetos que únicamente realicen las funciones que protege la Ley», STS de 19 de octubre de 2000.

⁵¹⁶ Incorporado en virtud del artículo 17 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, con efectos a partir del 1 de enero de 2004.

8.1. Supuestos de no sujeción.-

En primer lugar quedarán no sujetos al impuesto, (art. 65.1.a.5º de la Ley) la primera matriculación definitiva en España de coches de minusválidos nuevos o usados, accionados a motor para circular por vías y terrenos públicos⁵¹⁷.

De igual forma, también quedará no sujeto al impuesto, «*las ambulancias acondicionadas para el traslado de heridos o enfermos y los vehículos que, por sus características, no permitan otra finalidad o utilización que la relativa a la vigilancia y socorro en autopistas y carreteras*»⁵¹⁸.

8.2. Supuestos de exención.-

Por su parte quedan exentos del impuesto, los vehículos automóviles matriculados a nombre de minusválidos para su uso exclusivo⁵¹⁹. Se trata de una exención rogada, por lo que una vez solicitada, la Administración verificará los siguientes requisitos: a) que hayan transcurrido al menos cuatro años desde la matriculación de otro vehículo en análogas condiciones, aunque este requisito no se exigirá en supuesto de siniestro total de los vehículos, debidamente acreditado⁵²⁰. b) que no sean objeto de una transmisión posterior por actos «inter vivos» durante el plazo de

⁵¹⁷ En relación con el concepto de “coche de minusválido” el anterior artículo se remite al número 20 del Anexo del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre el Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, pero dicho anexo ha sido modificado por la disposición final cuarta del Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos, recogiendo un nuevo concepto y definición de lo que se debe de entender por “coche de minusválido”. A partir de esta modificación la remisión de la Ley habrá que entender hecha a la denominación de “vehículo para personas de movilidad reducida”, siendo su definición la recogida actualmente en la letra A del anexo II del Real Decreto 2822/1998.

⁵¹⁸ Art.65.1.a).8º de la Ley.

⁵¹⁹ Art.66.1.d) de la Ley.

⁵²⁰ Este requisito no impide que se pueda beneficiar nuevamente de la exención aunque no hayan transcurrido los cuatro años desde la matriculación, siempre y, de acuerdo con lo recogido en el artículo 66.3 de la LIE, «la persona minusválida efectúe previamente la autoliquidación del impuesto e ingreso de las cuotas que, si no hubiese mediado la exención, hubieran debido ingresarse con ocasión de la matriculación del primer vehículo a nombre del interesado, ello equivaldría a retrotraer las circunstancias al momento de la matriculación anulando por completo los efectos de la exención. Considerándose así sin efecto la exención inicialmente aplicada respecto del primer vehículo, podrá matricular un segundo vehículo al amparo de la exención prevista en el artículo 66.1.d) puesto que, anulada la primera exención, se puede considerar que el primer vehículo finalmente no se matriculó en “análogas condiciones”», Consulta de 31 de julio de 1998. Libro electrónico de doctrina de Impuestos Especiales, pág.208. Recogido en la página web del Ministerio de Economía y Hacienda.

los cuatro años siguientes a la fecha de su matriculación⁵²¹.c) que se haya aportado la documentación mencionada en el art.66.2 de la LIE y en el art.137 del RIE,⁵²².

Centrándonos en el último requisito aludido, tenemos que poner de manifiesto, que ha sido frecuente la petición de devolución del impuesto satisfecho una vez obtenido el certificado de minusvalía necesario para poder acoger a la exención, al no disponer del mismo en el momento de la matriculación. La doctrina administrativa desde un principio ha manifestado la *«previa certificación de la minusvalía o de la invalidez por el Instituto Nacional de Servicios Sociales o por las entidades gestoras competentes es un requisito necesario e imprescindible para la obtención del reconocimiento del beneficio fiscal, sin cuyo reconocimiento no podrá matricularse definitivamente el vehículo. En ningún caso podrá invocarse el derecho al reconocimiento del beneficio fiscal establecido en el artículo 66.1.d) de la Ley en un momento posterior a la matriculación definitiva del vehículo»*⁵²³, según señalaron las Resoluciones DGT 374/1998, de 11 de marzo y 227/2003, de 20 de febrero⁵²⁴.

⁵²¹ La cláusula anterior se refería a la posterior matriculación de un nuevo vehículo a nombre del interesado, mientras en es segundo requisito se refiere a la transmisión del vehículo a otra persona antes del plazo de cuatro años contados desde su matriculación. En este caso, si el adquirente es otra persona con minusvalía «no resulta exigible la autoliquidación o ingreso del Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte, siempre que el adquirente cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 66, puesto que tras la modificación resulta aplicable el supuesto de exención», (Resolución DGT, núm.1158/2001, de 12 de junio.

⁵²² al establecer que « será necesaria la previa certificación de la minusvalía o de la invalidez por el Instituto Nacional de Servicios Sociales o por las entidades gestoras competentes». Para poder matricular un vehículo a nombre de una persona con minusvalía acogiéndose al beneficio de la exención será necesario presentar un escrito sujeto al modelo que determine el Ministerio de Economía y Hacienda, al cual se acompañara copia de la ficha técnica del vehículo y certificado de la minusvalía o de la invalidez expedido por el Instituto Nacional de Servicios Sociales o por las entidades gestoras competentes, Resolución de la DGT núm.87, de 23 de enero de 2003.

⁵²³ Consulta de 8 de noviembre de 1994. Libro electrónico de doctrina de Impuestos Especiales, pág.207. Recogido en la página web del Ministerio de Economía y Hacienda. En el mismo sentido la Resolución DGT, núm.1158/2001, de 12 de junio.

⁵²⁴ En el mismo sentido se había pronunciado la STSJ de Castilla-La Mancha, de 31 de julio de 1998 [JT 1998, 1080], afirmando que «el referido reconocimiento previo se configura como un requisito constitutivo y no meramente declarativo de la exención y, consecuentemente, no cabe aplicar la exención a posteriori por la vía de la rectificación de la autoliquidación», ni por vía de devolución de ingresos indebidos ya que « para tener derecho a la exención es preciso el previo reconocimiento, ..., no siendo suficiente acreditar la condición de minusválido ni el ingreso del impuesto para tener derecho sin más a la exención, y por tanto a la devolución de ingresos indebidos que formula el actor», STSJ de Murcia, de 29 de septiembre de 2001.

Frente a ésta interpretación literalista, se han ofrecido otras, a nuestro juicio, más acordes con el espíritu y finalidad de la norma, admitiendo la exención aunque el certificado haya sido presentado con posterioridad al momento de la matriculación, debido a que, «no significa pues que la resolución por la que se reconoce el grado de minusvalía deba ser previa a la realización del hecho imponible, sino simplemente que Hacienda no puede reconocer la exención sin que exista una resolución previa (previa al reconocimiento de la exención, no previa a la realización del hecho imponible) de la Administración competente. Por tanto, lo único exigible es que el interesado, en el momento de la matriculación del vehículo, tenga efectivamente solicitada la condición de minusválido, y que finalmente esa condición le sea reconocida», STSJ de Comunidad Valenciana, de 5 de diciembre de 2003⁵²⁵.

Otra de las particularidades de este supuesto de exención, es que una vez concedido, el vehículo debe de ser de uso exclusivo del minusválido, en caso contrario, perdería el beneficio fiscal debiendo abonar el impuesto más los correspondientes intereses y dependiendo de las circunstancias de cada caso la correspondiente sanción⁵²⁶.

⁵²⁵ E incluso se ha afirmado que «la interpretación correcta que debe darse a la exigencia del previo reconocimiento de la exención, es que éste normalmente debe realizarse antes de la matriculación del vehículo, pero no impide la operatividad de la exención si reuniendo los requisitos sustantivos precisos para ello al momento de la matriculación del vehículo, ésta por error, ya fuera propio o inducido por la propia Administración no se solicitó con tal carácter previo a la solicitud del vehículo», STSJ Cataluña, de 18 de noviembre de 2004, en el mismo sentido se había pronunciado el TSJ de Cataluña en sentencia de 3 de enero de 2000, y el TSJ de Navarra, en sentencia de 17 de abril de 2000, declarando el derecho del contribuyente a obtener la devolución de las cantidades indebidamente ingresadas.

⁵²⁶ Resulta fundamental determinar el significado de la expresión “uso exclusivo”. Para la Administración es necesario que el vehículo esté destinado al uso exclusivo del minusválido, «lo que obliga a éste a encontrarse siempre a bordo del vehículo cuando circule, con independencia de que lo conduzca otra persona». En este sentido, en aquellos casos en que queda acreditado el uso del vehículo por una tercera persona para asuntos particulares, el minusválido se ve privado de la exención, según reiterada jurisprudencia fijada en las SSTSJ de Murcia, de 26 de marzo de 1998, de 14 de noviembre de 2001, de 16 de septiembre de 2002, y de 28 de enero de 2004; aunque sea de manera ocasional y por circunstancias económicas, como indicaron las SSTSJ de Murcia, de 26 de septiembre de 2001, y de 29 de septiembre de 2001; e incluso, cuando el vehículo es utilizado para las exclusivas necesidades del minusválido, como de nuevo proclamaron las SSTSJ de Murcia, de 15 de mayo de 2002, y de 22 de mayo de 2002.

Pero a pesar de la interpretación anterior, se están abriendo otras interpretaciones más flexibles, al admitirse que el uso exclusivo del vehículo por el minusválido también se produce cuando es empleado, sin su presencia, para satisfacer determinadas circunstancias del interés de aquél, al afirmarse que «la propia dicción de la norma está planteando la existencia de una restricción y de una vinculación del uso a las necesidades propias del minusválido, las cuales, como ya se ha dicho, podrán verse satisfechas por un uso por tercero y en su ausencia, sin que tal satisfacción permita que, una vez lograda la misma, el vehículo pueda destinarse a otros menesteres que no sean estrictamente coincidentes con aquella satisfacción», STSJ de Asturias, de 12 de abril de 2005.

9. Derechos Aduaneros.-

En el ámbito de la fiscalidad aduanera se han establecido “*impuestos*”, que en realidad, son tributos comunitarios, gestionados por cada Estado miembro, pero tras su análisis, en relación con la personas con discapacidad, no hemos encontrado, ninguna medida relacionada con nuestro objeto de estudio, ni en el código Aduanero Europeo, ni en el Reglamento que lo desarrolla. No obstante, para localizar las medidas referentes a la discapacidad podemos acudir al Reglamento (CEE) núm.918/83, del Consejo, de 28 de marzo de 1983, relativo al establecimiento de un régimen comunitario de franquicias aduaneras, (DO L 105 de 23 de abril de 1983)⁵²⁷, así como al Reglamento (CEE) núm.2289/83, de la Comisión, de 29 de julio de 1983, por el que se establecen las disposiciones de aplicación de los artículos 70 al 78 del Reglamento 918/83, del Consejo, (DO L 220, de 11 de agosto de 1983)⁵²⁸.

El hecho imponible viene constituido por la entrada de mercancías en un país de la comunidad procedentes de un Estado tercero, y en este sentido se ha establecido la exención relativa a la importación con franquicia de los derechos del arancel aduanero común de objetos destinados a personas disminuidas recogidas en los artículo 70 a 78 del Reglamento núm.918/83. En la indicada normativa podemos distinguir las siguientes exenciones a la importación:

a) los objetos especialmente concebidos para la promoción educativa, científica o cultural de los ciegos que se mencionan en el anexo III, con independencia de quién realice la importación, (art.70 del Reglamento 918/83).

b) los objetos especialmente concebidos para la promoción educativa, científica o cultural de los ciegos, que se mencionan en el Anexo IV, cuando sena importados por los mismos ciegos y para su propio uso o por instituciones u organizaciones para la educación o la asistencia a los ciegos, autorizadas por las autoridades competentes de

⁵²⁷ Redacción consultada del Texto consolidado producido por el sistema CONSLEG de la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, CONSLEG 1983RO918-01/11/2000.

⁵²⁸ Consultado el Texto consolidado producido por el sistema CONSLEG de la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, CONSLEG 1983R2289-01/05/2004.

los Estados miembros para recibir estos objetos con franquicia, (art.71 del Reglamento 918/83).

c) Los objetos especialmente concebidos para la educación, el empleo y la promoción de las personas disminuidas física o mentalmente, distintas de los invidentes, cuando sean importados por las personas disminuidas para su propio uso, o por instituciones u organizaciones que tenga como actividad principal la educación o la asistencia a las persona disminuidas y estén autorizadas por las autoridades competentes de los Estados miembros para recibir estos objetos, (art.72.1 del Reglamento 918/83).

d) Para toda personas con discapacidad, incluidos los invidentes, están exentos de los derechos a la importación las piezas de repuesto, elementos o accesorios que se adapten específicamente a los objetos considerados, así como a las herramientas que se hayan de utilizar para el mantenimiento, control, calibración o reparación de dichos objetos, siempre que estas piezas de repuesto, elementos, accesorios o herramientas sean importados al mismo tiempo que tales objetos o, si se importan con posterioridad, pueda determinarse que están destinados a objetos beneficiados por la exención, (art.71 y 72.2 del Reglamento 918/83)

Todas las exenciones son rogadas por lo que deben se concedidas por las autoridades aduaneras, el Departamento de Aduanase Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributario, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento núm. 2289/83.

10. Beneficios fiscales en el impuesto sobre vehículos de tracción mecánica.-

En la Hacienda Local, las medidas tributarias aprobadas en relación con las personas con discapacidad, aparecen recogidas en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las

Haciendas Locales. En concreto, en el artículo 93.1.e) del TRLRHL⁵²⁹ se establecen dos supuestos de exención en relación con el Impuesto sobre Vehículo de Tracción Mecánica⁵³⁰:

a) Exención de los vehículos para personas de movilidad reducida.

Esta exención afecta a los vehículos a lo que se refiere el apartado A del anexo II del Reglamento General de Vehículos, aprobado por el Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, es decir, «*Vehículo cuya tara no sea superior a 350 kg y que, por construcción, no puede alcanzar en llano una velocidad superior a 45 km/h, proyectado y construido especialmente (y no meramente adaptado) para el uso de personas con alguna disfunción o incapacidad física*». Se trata de una exención objetiva que será de aplicación, previa solicitud, cuando el vehículo reúna las características anteriores. En consecuencia, gozarán de la exención, aquellos vehículos que reúnan dichas características técnicas, con independencia que el titular o la persona que los usa sea discapacitado o no.

b) Exención de los vehículos matriculados a nombre de minusválidos para su uso exclusivo.

Con la nueva redacción de la exención, se desvincula para su aplicación de la potencia fiscal del vehículo y de sus adaptaciones para su conducción por personas con discapacidad física, siendo solamente necesario ,que se trate de vehículos matriculados a nombre de minusválidos⁵³¹, para su uso exclusivo, afectando tanto a los vehículos

⁵²⁹Originariamente se recogía la exención en el artículo 94.1.d) de la LRHL, siendo objeto la redacción original de tres modificaciones en su redacción: la primera se efectuó por el art. 22 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre; la segunda por el art. 18.23.1º de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE núm.313, de 31 de diciembre), con efectos a partir del día 1 de enero de 1999, la tercera vez, por el art.30 de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, de reforma de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, (BOE núm.311, de 28 de diciembre), en vigor desde el 1 de enero de 2003, recogiendo en la letra e) del art.94.1 de la LRHL. En la actualidad, como consecuencia de la aprobación del texto refundido, se aparece en el art.93.1.e) del TRLRHL.

⁵³⁰ Impuesto directo, de gestión municipal, que grava la titularidad de los vehículos de tracción mecánica, aptos para circular por las vías públicas, cualesquiera que sean su clase y categoría.

⁵³¹ «A efectos de lo dispuesto en este párrafo, se considerarán personas con minusvalía quienes tengan esta condición legal en grado igual o superior al 33 por 100».

conducidos por personas con discapacidad, como a los destinados al transporte de personas con discapacidad⁵³².

Se requiere igualmente que el interesado aporte el certificado de la minusvalía emitido por el órgano competente y que justifique el destino del vehículo ante el Ayuntamiento de la imposición⁵³³. En este sentido, el Ayuntamiento regulará a través de la Ordenanza fiscal correspondiente los siguientes requisitos formales: - Aportación del certificado de la minusvalía emitido por el órgano competente; - Justificación del destino del vehículo⁵³⁴.

Ambas exenciones, no resultarán aplicables a los sujetos pasivos beneficiarios de ellas por más de un vehículo simultáneamente. Para poder aplicar dichas exenciones, de carácter rogado, los interesados deberán instar su concesión indicando las características del vehículo, su matrícula y la causa del beneficio. Declarada la exención por la Administración municipal, se expedirá un documento que acredite su concesión⁵³⁵.

Estando los dos supuestos de exención condicionados a la previa solicitud por el sujeto pasivo, y a su posterior reconocimiento por el órgano municipal, y teniendo en cuenta que el periodo impositivo coincide con el año natural, -salvo en el caso de primera adquisición de los vehículos- y que el devengo del impuesto se produce el primer día del período impositivo, cabe la plantearse si las exenciones sólo producirán efecto a partir del momento de su otorgamiento, o si es posible que tenga efectos sobre los períodos impositivos no prescriptos en los que la exención fuera aplicable. Ante esta cuestión se han superado los pronunciamientos que solamente admitían los efectos a

⁵³² De acuerdo con esta redacción, queda excluida la posibilidad de aplicar la exención en aquellos casos en que el titular del vehículo no tiene la condición legal de minusválido, al no estar el vehículo matriculado a nombre de un minusválido, aunque el vehículo sea utilizado para el traslado en exclusiva de una persona con la minusvalía requerida para disfrutar de la exención, Resolución de la DGT, núm. 653, de 16 de marzo de 2004.

⁵³³ En los términos que éste establezca en la correspondiente ordenanza fiscal, (art.93.2 segundo párrafo del TRLRHL).

⁵³⁴ En cuanto al primero, cabe la posibilidad, siempre que se recoja en la ordenanza fiscal, que quede acreditado mediante la resolución por la que la Seguridad Social reconoce al sujeto pasivo del impuesto una pensión de incapacidad permanente en el grado de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, en la medida en que el reconocimiento de tales prestaciones presuponga un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, (Resolución de la DGT, 508/2004, de 4 de marzo). En relación con el segundo requisito, el calificativo de uso exclusivo no debe de interpretarse de literal, sino de manera finalista, en el sentido que el uso principal del vehículo sea para ser conducido por el discapacitado o para su transporte por terceras personas.

⁵³⁵ Art.93.2. primer párrafo del TRLRHL.

partir de momento de la solicitud y posterior reconocimiento, para en la actualidad, admitirse que una vez reconocido el supuesto de exención, ésta podrá tener efectos sobre los ejercicios no prescriptos siempre que en la propia solicitud se inste su reconocimiento, para los períodos impositivos en que fuera aplicable, debiéndose aportar prueba suficiente del cumplimiento de los requisitos para su concesión con efectos retroactivos, y con independencia de que se haya satisfecho la deuda tributaria correspondiente.

Por último, en la letra d) del art.93 del TRLRHL, se recoge otro supuesto de exención que tiene incidencia, si bien de manera indirecta, con las personas con discapacidad, al poder requerir los servicios de determinados medios de transporte, como son «las ambulancias y demás vehículos directamente destinados a la asistencia sanitaria o al traslado de heridos o enfermos», que quedan exentos del impuesto.

11. Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras.-

La Ley 51/2002, de 27 de diciembre, lleva a cabo la modificación del art.104.2 de la LRHL, introduciendo una serie de bonificaciones potestativas a establecer, en su caso, por los Ayuntamientos en su correspondiente ordenanza fiscal. En la actualidad, las indicadas bonificaciones se recogen en el artículo 105.2.e) del TRLRHL, y, básicamente consisten en poder establecer una bonificación de hasta el 90 por 100 aplicada sobre la cuota resultante de aplicar, en su caso, las bonificaciones recogidas en las letras anteriores del citado precepto, a favor de las construcciones, instalaciones u obras, que favorezcan las condiciones de acceso y habitabilidad de los discapacitados.

12. Medidas adoptadas por las CC.AA. de régimen común.-

12.1.- Por contribuyente minusválido.-

La Comunidad Autónoma de Andalucía, a partir del ejercicio de 2004, crea la deducción para sujetos pasivos con discapacidad⁵³⁶, siempre que tengan un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100 y su base imponible general no sea superior a 18.000 euros en caso de tributación individual o a 22.000 euros en caso de tributación conjunta. Si concurren los anteriores requisitos, el importe de la deducción a practicar en la cuota íntegra autonómica será de 50 euros.

En cambio, la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, tiene establecida una deducción por cada contribuyente que resida en dicha Comunidad y que tenga la consideración legal de persona con minusvalía física o psíquica⁵³⁷. En este caso, el importe de la deducción viene determinado por el tipo de minusvalía, así, si se trata de una minusvalía física de grado igual o superior al 33 por ciento e inferior al 65 por ciento, se podrá deducir 60 euros, si el grado es igual o superior al 65 por ciento, el importe de la deducción será de 120 euros; pero, si la minusvalía es psíquica, de grado igual o superior al 33 por 100, la cantidad a deducir de su cuota íntegra autonómica, será de 120 euros⁵³⁸.

La Comunidad Autónoma de Canarias, también establece una deducción por cada contribuyente discapacitado con un grado de minusvalía superior a 33 por 100, que podrán deducirse de la cuota íntegra del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas la cantidad de 300 euros⁵³⁹.

⁵³⁶ Art.2 de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas, (BOJA de 31 de diciembre de 2003, BOE de 30 de enero de 2004)

⁵³⁷ Art.6 de la Ley8/2004, de 23 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y de función pública en la redacción dada por el art.40 de la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas.

⁵³⁸ Además, se requiere, para poder practicarse esta deducción, que los contribuyentes cuya parte general de la renta del período no supere la cuantía de 12.000 euros en el caso de tributación individual, y de 24.000 euros en el caso de tributación conjunta.

⁵³⁹ Art.6 de la Ley 10/2002, de 21 de noviembre, por el que se regula el tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en la Comunidad Autónoma de Canarias tras su incorporado por el

En la Comunidad Autónoma de Castilla y León, la deducción viene determinada para contribuyentes que tengan 65 o más años y que estén afectados por un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento, y, necesiten ayuda de terceras personas⁵⁴⁰. El importe de la deducción es de 642,60 euros, siempre que concurren, además, los siguientes requisitos: a) que la base imponible no exceda de 18.900 euros si la tributación es individual, o 31.500 euros si se trata de tributación conjunta; b) que acrediten la necesidad de ayuda de terceras personas; y, c) que el contribuyente no sea usuario de residencias públicas o concertadas de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

La Comunidad de Castilla-La Mancha, de igual forma, ha establecido una deducción en la cuota íntegra del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, para el contribuyente con una discapacidad con un grado de minusvalía acreditado igual o superior al 65 por 100, por un importe del 300 euros⁵⁴¹.

La Comunidad Autónoma de Galicia tiene establecida la deducción por sujetos pasivos minusválidos, con un grado igual o superior al 65%, de edad igual o superior a 65 años, que precisen ayuda de terceras personas⁵⁴². El importe de la deducción a practicar en la cuota íntegra del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, asciende al 10% de las cantidades satisfechas a los terceros, con un límite máximo de 600 euros, siempre que: a) la renta no exceda de 22.000 euros en tributación individual o de 31.000 euros en tributación conjunta; b) se acredite la necesidad de la ayuda de terceras personas; c) el contribuyente no sea usuario de residencias públicas o concertadas de la Comunidad Autónoma de Galicia o beneficiario del cheque asistencial de la Xunta de Galicia.

art.1. Cuarto de la de Ley 2/2004, de 28 mayo, de Medidas Fiscales y Tributarias, (BOC núm.107, de 4 junio 2004) y la nueva redacción dada por la por disp. adic. 15.3 de Ley 9/2005, de 27 diciembre, Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Canarias para 2006, con efecto desde el 1-1-2005.

⁵⁴⁰ Art.7 del Decreto Legislativo 1/2006, de 25 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones legales de la Comunidad de Castilla y León en materia de tributos cedidos por el Estado, (BOC y L núm.104, de 31 de mayo de 2006.

⁵⁴¹ Art.3 de la Ley 17/2005, de 29 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos con efectos desde el 1 de enero de 2005.

⁵⁴² Art.1.Uno.4 de la Ley 14/2004, de 29 de diciembre, de medidas tributarias y de régimen administrativo

La Comunidad Autónoma de Valencia ha creado una deducción a favor de los contribuyentes discapacitados con un grado igual o superior al 33%⁵⁴³, siempre que tengan, además, una edad igual o superior a 65 años. La deducción asciende a 168 euros por cada contribuyente. En cualquier caso, no procederá esta deducción, si como consecuencia de la situación de discapacidad, requisito el contribuyente percibe algún tipo de prestación que, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, se halle exenta en el mismo.

12..2.- Declarantes con descendientes con minusvalía.-

La Comunidad Autónoma de Aragón, para el ejercicio de 2006, ha creado una deducción de la cuota íntegra autonómica del Impuesto sobre al Renta de las Personas Físicas, por el cuidado de personas dependientes⁵⁴⁴. Esta deducción, será de aplicación para los contribuyentes con los que convivan, al menos la mitad del periodo impositivo, descendientes con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100, cualquiera que se su edad. El importe de la deducción es de 150 euros y se podrá aplicar, cuando además, se cumplan los siguientes requisitos: a) que el descendiente no tenga unas rentas superiores a 8.000 euros, excluidas la exentas; b) que la suma de la parte general y la parte especial de la base imponible de todas las personas que formen parte de la unidad familiar, no sea superior a 35.000 euros⁵⁴⁵.

En cambio, la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, tienen establecida una deducción, por cada miembro de la unidad familiar residente en dicha Comunidad y

⁵⁴³ Art.4.uno.f) de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, por el que se regula el tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y restantes tributos cedidos en la redacción dada por el art.30 de la Ley 14/2005, de 23 diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Financiera y Administrativa, y de Organización de la Generalitat, en vigor a partir del 1-1-2006.

⁵⁴⁴ Art.110.4. del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos (BOA 28/10/05), incorporado por artículo 2 de la Ley 13/2005, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativa en materia de tributos cedidos y tributos propios de la Comunidad Autónoma de Aragón. (BOA 31/12/05).

⁵⁴⁵ También recoge la posibilidad de prorratear la deducción por partes iguales cuando dos o más contribuyentes tenga derecho a su aplicación y cuando corresponda a contribuyentes con distinto grado de parentesco su aplicación corresponderá a los de grado más cercano, salvo que éstos no tengan rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros, en cuyo caso corresponderá a los del siguiente grado.

que tenga la consideración legal de persona con minusvalía física o psíquica⁵⁴⁶. En este caso, el importe de la deducción viene determinado por el tipo de minusvalía. De tal forma que si se trata de una minusvalía física de grado igual o superior al 33 por ciento e inferior al 65 por ciento, se podrá deducir 60 euros, si el grado es igual o superior al 65 por ciento, el importe de la deducción será de 120 euros; mientras que, si la minusvalía es psíquica, de grado igual o superior al 33 por 100, la deducción será de 120 euros. Además, se requiere que los contribuyentes cuya parte general de la renta del período no supere la cuantía de 12.000 euros en el caso de tributación individual, y de 24.000 euros en el caso de tributación conjunta⁵⁴⁷.

La Comunidad Autónoma de Cantabria, tiene establecida una deducción para el contribuyente obligado a declarar, con un importe de 100 Euros, por cada descendiente con minusvalía física, psíquica o sensorial, que tenga la consideración legal de minusválidos, con un grado de disminución igual o superior al 65 por 100 de acuerdo con el baremo a que se refiere el artículo 148 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, siempre que el descendiente haya convivido más de ciento ochenta y tres días del año natural con el contribuyente y no tenga -el descendiente- rentas brutas anuales superiores a 6.000 euros, incluidas las exentas, ni obligación legal de presentar declaración por el Impuesto de Patrimonio⁵⁴⁸. Además, y como diferencia de las deducciones establecidas en otras Comunidades, se tendrá derecho a la deducción aunque el parentesco lo sea por afinidad.

En cambio, la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha tiene establecida una deducción por cada descendiente del contribuyente que genere el derecho a la reducción por discapacidad recogida en el artículo 58.2 del Texto Refundido de la Ley

⁵⁴⁶ Art.6 de la Ley8/2004, de 23 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y de función pública en la redacción dada por el art.40 de la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas.

⁵⁴⁷ En caso que los cónyuges hayan optado por la tributación individual y tengan derecho a la reducción prevista en concepto de mínimo por descendientes establecido en el artículo 43 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas, cada uno tendrá derecho a aplicarse íntegramente la deducción. Aspecto que la diferencia de las deducciones estudias que normalmente establecen el prorrateo del importe de la deducción en el caso de tributación individual.

⁵⁴⁸ Art.8.2 de la Ley 11/2002, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales en Materia de Tributos cedidos por el Estado, según la redacción dada por el art.11.Uno de la Ley de Cantabria 6/2005 de 26 de diciembre, de Medidas Administrativas y Fiscales para la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2006, con efectos a partir del 1-1-2006.

del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con un grado de minusvalía acreditado igual o superior al 65 por ciento, con un importe de 200 euros⁵⁴⁹.

Los contribuyentes obligados a declarar en la Comunidad Autónoma de Extremadura, podrán deducirse 150 euros por cada descendiente con discapacidad física, psíquica o sensorial, que tenga la consideración legal de minusválido con un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento⁵⁵⁰. Para su aplicación es necesario la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que el descendiente discapacitado conviva de forma ininterrumpida al menos durante la mitad del período impositivo con el contribuyente⁵⁵¹; b) que la suma de las partes general y especial de la base imponible del contribuyente no sea superior a 18.000 euros en declaración individual, o a 22.000 euros en declaración conjunta; c) que el descendiente discapacitado no obtenga rentas brutas anuales superiores al doble del Salario Mínimo Interprofesional, incluidas las exentas, ni tenga obligación legal de presentar declaración por el Impuesto sobre el Patrimonio; y, d) que se acredite la convivencia efectiva por los Servicios Sociales de base o por cualquier otro organismo público competente.

La Comunidad Autónoma de Valencia, tiene establecida una deducción por ascendientes mayores de 65 años, que sean discapacitados físicos o sensoriales, con un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100, o discapacitados psíquicos, con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, siempre que convivan con el contribuyente⁵⁵² y no tengan rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros. La deducción asciende a 168 euros, por cada ascendiente en línea directa por consanguinidad, afinidad o adopción, siempre que la base liquidable general del contribuyente no sea superior a 22.219 euros, en declaración individual, o a 32.218 euros, en declaración conjunta y que la base liquidable especial del contribuyente no sea superior a 635 euros, en cualquier régimen de declaración. Para la aplicación de esta

⁵⁴⁹ Art.4 de la Ley 17/2005, de 29 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos con efectos desde el 1 de enero de 2005.

⁵⁵⁰ Art.3 de la Ley 9/2005, de 27 de diciembre, de reforma en materia de tributos cedidos

⁵⁵¹ Cuando dos o más contribuyentes con el mismo grado de parentesco tengan derecho a la aplicación de esta deducción respecto de una misma persona, su importe se prorrateará entre ellos por partes iguales. Cuando los contribuyentes tengan distinto grado de parentesco respecto del discapacitado, la aplicación de la deducción corresponderá al de grado más cercano.

⁵⁵² Art.4.uno.g) de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, por el que se regula el tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y restantes tributos cedidos en la redacción dada por el art.30 de la Ley 14/2005, de 23 diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Financiera y Administrativa, y de Organización de la Generalitat, en vigor a partir del 1-1-2006.

deducción se deberá tener en cuenta las normas establecidas en el artículo 57 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo.

12.3. Declarantes con ascendientes con minusvalía.-

La Comunidad Autónoma de Aragón, para el ejercicio de 2006, ha creado una deducción de la cuota íntegra autonómica del Impuesto sobre al Renta de las Personas Físicas, por el cuidado de personas dependientes⁵⁵³. Esta deducción, será de aplicación por los contribuyentes con los que convivan, al menos la mitad del periodo impositivo, ascendientes con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100, cualquiera que se su edad. El importe de la deducción es de 150 euros y se podrá aplicar cuando se cumplan los siguientes requisitos: a) el ascendiente no tenga unas rentas superiores a 8.000 euros, excluidas la exentas; b) la suma de la parte general y la parte especial de la base imponible de todas las personas que formen parte de la unidad familiar no sea superior a 35.000 euros⁵⁵⁴.

Dicha Comunidad, también ha establecido una deducción por el nacimiento o adopción del segundo hijo, siempre que éste, presente un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100⁵⁵⁵. Esta deducción, a diferencia de la anterior, solamente es de aplicación una única vez en el período impositivo en que se produzca el nacimiento. El importe de la deducción será 500 euros, o de 600 euros, cuando la suma de la parte general y de la parte especial de la base imponible de todas las personas que formen parte de la unidad familiar no exceda de 32.500 euros.

⁵⁵³ Art.110.4. del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos (BOA 28/10/05), incorporado por artículo 2 de la Ley 13/2005, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativa en materia de tributos cedidos y tributos propios de la Comunidad Autónoma de Aragón. (BOA 31/12/05).

⁵⁵⁴ También recoge la posibilidad de prorratear la deducción por partes iguales cuando dos o más contribuyentes tenga derecho a su aplicación y cuando corresponda a contribuyentes con distinto grado de parentesco su aplicación corresponderá a los de grado más cercano, salvo que éstos no tengan rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros, en cuyo caso corresponderá a los del siguiente grado.

⁵⁵⁵ Art.110.2. del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos (BOA 28/10/05),

La Comunidad Autónoma de Cantabria, tiene establecida una deducción para el contribuyente obligado a declarar, con un importe de 100 Euros por cada ascendiente con minusvalía física, psíquica o sensorial, que tenga la consideración legal de minusválidos, con un grado de disminución igual o superior al 65 por 100, de acuerdo con el baremo a que se refiere el artículo 148 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y, siempre que el descendiente haya convivido más de ciento ochenta y tres días del año natural con el contribuyente obligado a declarar y no tenga - el descendiente- rentas brutas anuales superiores a 6.000 euros, incluidas las exentas, ni obligación legal de presentar declaración por el Impuesto de Patrimonio⁵⁵⁶.

La Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, tiene establecida una deducción, por cada ascendiente del contribuyente que genere el derecho a la reducción por discapacidad recogida en el artículo 58.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con un grado de minusvalía acreditado igual o superior al 65 por ciento. El importe de la deducción alcanzará los 200 euros⁵⁵⁷.

La Comunidad Autónoma de Extremadura establece una deducción de 150 euros por cada ascendiente con discapacidad física, psíquica o sensorial que tenga la consideración legal de minusválido, con un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento⁵⁵⁸. Además, para su aplicación es necesario la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que el ascendiente discapacitado conviva de forma ininterrumpida al menos durante la mitad del período impositivo con el contribuyente⁵⁵⁹; b) que la suma de las partes general y especial de la base imponible del contribuyente no sea superior a 18.000 euros en declaración individual, o a 22.000 euros en declaración conjunta; c) que el ascendiente discapacitado no obtenga rentas brutas anuales superiores al doble del Salario Mínimo Interprofesional, incluidas las exentas, ni tenga obligación legal de presentar declaración por el Impuesto sobre el Patrimonio; y, d) que se acredite la

⁵⁵⁶ Art.8.2 de la Ley 11/2002, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales en Materia de Tributos cedidos por el Estado, según la redacción dada por el art.11.Uno de la Ley de Cantabria 6/2005 de 26 de diciembre, de Medidas Administrativas y Fiscales para la Comunidad Autónoma de Cantabria para el año 2006, con efectos a partir del 1-1-2006.

⁵⁵⁷ Art.4 de la Ley 17/2005, de 29 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos con efectos desde el 1 de enero de 2005.

⁵⁵⁸ Art.3 de la Ley 9/2005, de 27 de diciembre, de reforma en materia de tributos cedidos.

⁵⁵⁹ Cuando dos o más contribuyentes con el mismo grado de parentesco tengan derecho a la aplicación de esta deducción respecto de una misma persona, su importe se prorrateará entre ellos por partes iguales. Cuando los contribuyentes tengan distinto grado de parentesco respecto del discapacitado, la aplicación de la deducción corresponderá al de grado más cercano.

convivencia efectiva por los Servicios Sociales de base o por cualquier otro organismo público competente.

La Comunidad Autónoma de Valencia, ha regulado una deducción por nacimiento o adopción, durante el período impositivo, de un hijo discapacitado, con un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100, siempre que dicho hijo haya convivido con el contribuyente, ininterrumpidamente, desde su nacimiento o adopción, hasta el final del citado período⁵⁶⁰. El importe de la deducción será de 210 euros, cuando el hijo que padezca dicha discapacidad, sea el primer hijo, por orden, del contribuyente, o sea otro posterior o, la deducción alcanzará a 260 euros⁵⁶¹.

12.4. Por acogimiento de terceras personas discapacitadas.-

La Comunidad Autónoma de Madrid, tiene establecida la deducción por acogimiento no remunerado, de mayores de sesenta y cinco años y/o discapacitados⁵⁶². Los contribuyentes, podrán deducir 900 euros por cada persona discapacitada con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, que conviva con el contribuyente durante más de ciento ochenta y tres días al año, en régimen de acogimiento sin contraprestación, cuando no diera lugar a la obtención de ayudas o subvenciones de la Comunidad de Madrid. No se podrá practicar la presente deducción, en el supuesto de acogimiento de mayores de sesenta y cinco años, cuando el acogido, esté ligado al contribuyente por un vínculo de parentesco de consanguinidad o de afinidad de grado igual o inferior al cuarto⁵⁶³.

⁵⁶⁰ Art.4.Uno.c) de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, por el que se regula el tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y restantes tributos cedidos en la redacción dada por el art.30 de la Ley 14/2005, de 23 diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Financiera y Administrativa, y de Organización de la Generalitat, en vigor a partir del 1-1-2006.

⁵⁶¹ Cuando ambos progenitores o adoptantes tengan derecho a la aplicación de esta deducción, su importe se prorrateará por partes iguales. Esta deducción es compatible con la deducción por nacimiento o adopción de hijo y con la relativa al nacimiento o adopción múltiples.

⁵⁶² Art.1.Cuatro de la Ley 7/2005, de 23 diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, (BO. Comunidad de Madrid núm.311, de 30 diciembre de 2005).

⁵⁶³ Cuando la persona acogida genere el derecho a la deducción para más de un contribuyente simultáneamente, el importe de la misma se prorrateará por partes iguales en la declaración de cada uno de ellos si optaran por tributación individual.

PARTE SEGUNDA:

**PROTECCIÓN SOCIAL DEL DISCAPACITADO COMO
POLÍTICA DE INTEGRACIÓN EN EL MERCADO
LABORAL**

CAPÍTULO IV.

PROTECCIÓN SOCIAL DEL DISCAPACITADO COMO POLÍTICA DE INTEGRACIÓN EN EL MERCADO LABORAL

1. Los instrumentos de acceso al empleo.-

1.1 La relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajan en los Centros Especiales de Empleo.-

La tarea de delimitar subjetivamente el ámbito de aplicación del ordenamiento laboral, es decir, de establecer el concepto material de Derecho del Trabajo, se realiza en los Art. 1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores (aunque no exclusivamente). Dentro de los criterios para realizar esta tarea, el artículo segundo va a realizar un listado positivo (relaciones laborales de carácter especial), o criterio particular incluyente (sin que deba confundirse tal tratamiento con la clasificación de modalidades contractuales).

Las razones que justifican la calificación como especial de un supuesto, no son unívocas: en unos casos, encontraremos razones socioeconómicas y, en otros, serán razones técnicas las determinantes para esta consideración. En todo caso, la calificación jurídica como especial de una relación laboral, supone el establecimiento de un régimen jurídico “*diferente*” frente al régimen aplicable al contrato común⁵⁶⁴.

Entre otras, el Art. 2.1,g) del ET, cita como relación laboral especial “*la de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en los centros especiales de empleo*”⁵⁶⁵. La regulación propia de esta relación laboral especial se encuentra, en el

⁵⁶⁴ Es decir, nos encontramos ante relaciones materialmente laborales –hay vínculo contractual laboral-, pero a las que nos se les va a aplicar la regulación común o contrato de trabajo común.

⁵⁶⁵ Su régimen jurídico básico si configura a partir de dos preceptos:

RD 368/1985, de 17 de julio (modificado por RD 427/1999, de 12 de marzo), con el que se regula la relación existente entre los trabajadores minusválidos y los Centros Especiales de Empleo; cuya existencia ya estaba prevista en el Art. 41 de la Ley 13/1982, de Integración Social de los Minusválidos⁵⁶⁶.

Quedan excluidas de su ámbito de aplicación, las relaciones laborales existentes entre los Centros Especiales de Empleo y el personal no minusválido, que preste sus servicios en dichos centros, y la de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en otro tipo de Empresas (en ese caso estaremos ante una relación laboral común). También están excluidas las tareas –ocupacionales y no laborales- que desempeñen los minusválidos en los Centros Ocupacionales⁵⁶⁷.

El objeto de esta relación laboral especial –la que realice el trabajador minusválido en los centros especiales de empleo-, que en todo caso deberá ser productiva y remunerada, adecuada a las características individuales del trabajador, es

- La Disposición Adicional 2ª del ET, que establecía que el gobierno en el plazo de dieciocho meses, regulará el régimen jurídico de las relaciones laborales de carácter especial enumeradas en el Art. 2 (disposición hoy vigente pero con otro contenido); lo que supone que su regulación vendrá dadas por normas emanadas del Gobierno –decretos-. Esto supone que se regulación se deslegaliza, y que no habrá una normativa unitaria o común para todos ellos, por lo que habrá que estar a la regulación específica reglamentaria de cada relación especial –a lo que habrá que añadir las normas a las que cada decreto se remita-; sobre la cuestión del derecho supletorio en caso de que se produzcan lagunas normativas –que se dan con frecuencia-, cada decreto regulador establece su régimen, aunque es habitual la remisión a las normas del ET y al resto del ordenamiento común.

- El apartado segundo del propio artículo dos, establece que “en todos los supuestos señalados en el apartado anterior, la regulación de dichas relaciones laborales respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución”; esta referencia, aunque aparentemente significativa hay que considerarla innecesaria por la propia función de la Constitución, como informadora y ordenadora de todo el ordenamiento jurídico. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional ha resuelto que no existe discriminación –no se vulnera el Art. 14- al establecerse un régimen jurídico diferenciado para estos colectivos dada la configuración legal de estas relaciones y por propia definición (STC 49/1983, de 1 de junio, 79/1983, de 5 de octubre y 26/1984, de 24 de febrero).

⁵⁶⁶ El citado precepto establece:

“1. Los minusválidos que por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías no puedan, provisional o definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales, deberán ser empleados en Centros Especiales de Empleo, cuando su capacidad de trabajo sea igual o superior a un porcentaje de la capacidad habitual que se fijará por la correspondiente norma reguladora de la relación laboral de carácter especial de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en Centros Especiales de Empleo.

2. Cuando la capacidad residual de los minusválidos no alcanzara el porcentaje establecido en el apartado anterior, accederán en su caso a los Centros Ocupacionales previstos en el Título VIII de esta Ley.

3. Los equipos multiprofesionales de valoración previstos en el artículo 10 determinarán, en cada caso, mediante resolución motivada, las posibilidades de integración real y la capacidad de trabajo de los minusválidos a que se refieren los apartados anteriores.”

⁵⁶⁷ No tienen carácter de centro de trabajo para estos minusválidos según el Art. 2 del RD 2274/1985, de 4 de diciembre, dictado en cumplimiento del Art. 53 de la LISMI.

favorecer su adaptación personal y social, y facilitar, en su caso, su posterior integración laboral en el mercado ordinario de trabajo (Art. 6 del RD 1368/1985).

A los efectos de esta relación especial, se consideran trabajadores minusválidos las personas que, teniendo reconocida una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 y, como consecuencia de ello, una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje, presten sus servicios laborales por cuenta y dentro de la organización de los Centros Especiales de Empleo⁵⁶⁸. Debe tenerse presente, que los trabajadores con discapacidad, ocupados en el enclave laboral, mantendrán, a todos los efectos, su relación laboral de carácter especial con el centro especial de empleo durante la vigencia del enclave (Art. 8 del RD 290/2006).

La disminución de la capacidad de trabajo, se apreciará poniéndose en relación con la capacidad normal de trabajo de una persona de similar cualificación profesional. La determinación del grado de minusvalía, se llevará a cabo por los Equipos Multiprofesionales en resolución motivada, aplicándose los correspondientes baremos, en la actualidad contenidos en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, sobre reconocimiento y calificación del grado de minusvalía. A estos efectos, tendrán la consideración de empresarios las personas físicas, jurídicas –públicas o privadas-, o comunidades de bienes que, como titulares de un Centro Especial de Empleo, reciben prestación de servicios de dichos trabajadores⁵⁶⁹.

Son Centros Especiales de Empleo⁵⁷⁰, aquellos cuyo objetivo principal sea el de realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones del mercado, teniendo como finalidad el asegurar un empleo remunerado y la prestación de servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores minusválidos, con la confesa finalidad de ser un medio de integración, del mayor número de minusválidos posible, al régimen de trabajo normal.

⁵⁶⁸ Tal y como establece el Art. 4 del RD 1368/1985, los minusválidos que deseen acceder a un empleo en un Centro Especial de Empleo, deberán inscribirse en las correspondientes Oficinas de Empleo. Estas Oficinas clasificarán los demandantes de empleo protegidos en razón al tipo y grado de minusvalía de que estuvieran afectos y al grado de capacidad de trabajo que se les hubiera reconocido por los Equipos Multiprofesionales.

⁵⁶⁹ Esta condición no se ve afectada por suscripción de un contrato de enclave laboral –Art. 8 del RD 290/2006-.

⁵⁷⁰ Art. 42 de la LISMI en su redacción dada por la Ley 66/1997. El RD 2273/1985, de 4 de diciembre, aprueba el reglamento de los centros especiales de empleo.

La plantilla de los Centros Especiales de Empleo estará constituida por el mayor número de trabajadores minusválidos que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70 por 100 de aquélla⁵⁷¹ (a estos efectos no se contemplará el personal no minusválido dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social⁵⁷²).

En relación con los contratos⁵⁷³ que concierten los centros especiales de empleo, podrán ajustarse a cualquiera de las modalidades previstas en el Estatuto de los Trabajadores (si bien se establecen peculiaridades en el contrato para la formación –que se estudia aparte- y en el contrato a domicilio⁵⁷⁴). Podrán ser de duración indefinida o de duración determinada (en los supuestos previstos en el Art. 15 del ET).

De igual forma, se podrá establecer un periodo de adaptación, que pese a la farragosa redacción del precepto, hay que entender que se establece sólo por decisión del equipo multiprofesional, sin que se determine exactamente si esta decisión vincula necesariamente al trabajador⁵⁷⁵ –no se llama periodo de prueba ni su régimen jurídico es

⁵⁷¹ El apartado segundo del Art. 4 del RD 1368/1985, establece que “los titulares de los Centros Especiales de Empleo deberán solicitar de la correspondiente Oficina de Empleo los trabajadores minusválidos que pretendan emplear, describiendo detalladamente en las ofertas que formulen los puestos de trabajo que vayan a cubrir, las características técnicas de los mismos y las circunstancias personales y/o profesionales que deben reunir los trabajadores. Recibidas las ofertas, la Oficina de Empleo recabará de los Equipos Multiprofesionales informes sobre los trabajadores que, encontrándose inscritos como demandantes de Empleo, se adecuen a las características del puesto de trabajo. La Oficina de Empleo facilitará a las Empresas los trabajadores que estén en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo de que se trate.”

⁵⁷² Se entenderán por servicios de ajuste personal y social los de rehabilitación, terapéuticos, de integración social, culturales y deportivos que procuren al trabajador minusválido del Centro Especial de Empleo una mayor rehabilitación personal y una mejor adaptación de su relación social.

⁵⁷³ Tal y como establece el Artículo 7 del RD 1368/1985 (en su redacción dada por el RD 427/1999, de 12 de marzo).

⁵⁷⁴ Sobre el contrato de trabajo a domicilio establece que se ajustará a lo previsto en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de las peculiaridades siguientes:

a) No se podrá utilizar esta modalidad para la contratación de minusválidos psíquicos.
b) El equipo multiprofesional deberá informar previamente a la formalización del contrato sobre la adecuación del trabajo concreto a las características personales y profesionales del trabajador, en los términos recogidos en el artículo 6 de este Real Decreto, especificando las repercusiones sobre la citada adecuación de la realización del trabajo a domicilio.
Asimismo, anualmente el equipo multiprofesional realizará el seguimiento sobre la adecuación del trabajo a las características del trabajador y su contribución a la mejora de la adaptación personal y social en vistas a su integración en el mercado ordinario de trabajo.

c) En el contrato se harán constar expresamente las adaptaciones técnicas que resulten necesarias para la realización de la actividad laboral, así como los servicios de ajuste personal y social que el centro especial de empleo pone a disposición del trabajador discapacitado contratado a domicilio.

⁵⁷⁵ La STS de 24 de enero de 2002, niega la validez de este periodo si se establece sin autorización del equipo multiprofesional.

coincidente, aunque el Art. 10 del RD 1368/1985 dice que “*hará las veces de periodo de prueba*”-. Este periodo, tendrá por objeto facilitar la adaptación profesional del trabajador minusválido a las tareas propias del puesto de trabajo o para completar la formación necesaria para el mismo. Su duración será fijada en convenio, sin que pueda ser superior, en ningún caso, de seis meses.

Sobre el contenido y desarrollo de la relación laboral de carácter especial, los trabajadores minusválidos tendrán los derechos y deberes básicos previstos en el ET y los previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Ahora bien, se establecen una serie de especialidades: a.- el contrato se celebrará por escrito y en modelo oficial; b.- los equipos multiprofesionales tienen la obligación de someter a revisión a los minusválidos, al menos con una periodicidad de dos años, con el fin de garantizar que el trabajo se adecue en todo momento a sus características personales y profesionales, y de valorar el grado de adaptación profesional alcanzado⁵⁷⁶.

Por su parte, el RD 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales, como medida de fomento del empleo, de las personas con discapacidad, permite a los Centros Especiales de Empleo, celebrar contratos o enclaves laborales: “*Se entiende por enclave laboral el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquélla y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora*”⁵⁷⁷

De igual forma, vamos a encontrar determinadas especialidades en en materia de jornada, y así: a.- se prohíbe la celebración de horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros; b.- se establece un supuesto especial permisos retribuidos. De tal forma que el trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo para asistir a tratamientos de rehabilitación y para participar en

⁵⁷⁶ si como consecuencia de esa revisión se detecta la falta de adecuación, se procederá al cambio de puesto de trabajo, y si ello no fuera posible, se procederá a la extinción del contrato por causas objetivas – con un régimen particular que se establece en el Art. 16 de la citada norma y al que inmediatamente nos referiremos-.

⁵⁷⁷ Art. 2 del citado Real Decreto.

acciones de formación, siempre que tales ausencias no excedan de diez días en un semestre.

Así mismo, encontraremos especialidades en materia salarial: a.- si se establecen incentivos al rendimiento en el trabajo, los equipos multiprofesionales determinarán si estos suponen un riesgo para la salud o para la integridad física del trabajador minusválido; b.- se podrá establecer una disminución en el salario, con un máximo del 25 por 100, cuando en función de las circunstancias personales del minusválido, se celebre un contrato a “*bajo rendimiento*”⁵⁷⁸.

En materia de extinción del contrato, se aplicará el régimen común, excepto por extinción por causas objetivas (Art. 52 del ET), que se establece un nuevo régimen jurídico (supone en gran medida una adaptación a las peculiaridades del sujeto y del objeto de esta relación laboral)⁵⁷⁹.

1.2 Los Enclaves Laborales.-

El aspecto más relevante, a nuestro juicio, en relación con los enclaves laborales⁵⁸⁰, es retener que los mismos, se configuran como una subcontratación de obras o servicios, entre un centro especial de empleo y una empresa ordinaria, que se acompaña de determinadas cautelas y garantías ligadas al colectivo al que se dirige, que refuerzan el régimen jurídico general de la subcontratación.

En definitiva, como la propia exposición de motivos del RD 290/2004 establece, “*la finalidad última de los enclaves laborales es lograr la mayor integración de los trabajadores con discapacidad con especiales dificultades en el mercado de trabajo ordinario, para lo cual los enclaves suponen una medida de utilidad para facilitar la transición desde el empleo protegido en el centro especial de empleo al empleo ordinario: al trabajador con discapacidad, el enclave le permite completar y mejorar*

⁵⁷⁸ Cuando constatado por el equipo multiprofesional, el trabajador preste sus servicios durante la jornada habitual, pero con una disminución en el rendimiento inferior al normal en un 25 por 100.

⁵⁷⁹ Véase para ello el Art. 16 del RD 1368/1985.

⁵⁸⁰ Junto con otras medidas de fomento del empleo, de las personas con discapacidad, y en desarrollo de las previsiones del Art. 17.3 del ET, y del Título VII de la LISMI -relativo a la integración laboral-, es de destacar el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los Enclaves Laborales.

su experiencia profesional con tareas y en un entorno propio del mercado ordinario de trabajo; y a la empresa colaboradora, le permite conocer mejor las capacidades y posibilidades de estos trabajadores, lo que puede llevarle finalmente a decidir incorporarlos a su plantilla, lo que determinará en su caso la aplicación de una serie de ayudas.”

En concreto se establecen como objetivos de los enclaves laborales los siguientes (Art. 2 del RD 290/2004):

- a) Favorecer el tránsito desde el empleo en los centros especiales, al empleo en empresas del mercado ordinario de trabajo, de las personas con discapacidad y, en particular, de aquellas que por sus características individuales presentan especiales dificultades para el acceso al mercado de trabajo.
- b) Permitir a los trabajadores con discapacidad de un centro especial de empleo, desarrollar su actividad laboral en una empresa del mercado ordinario de trabajo completando, en todo caso, su experiencia profesional, mediante el desarrollo de los trabajos, tareas y funciones que se realicen en tal empresa, facilitando de esta manera, sus posibilidades de acceso al mercado ordinario de trabajo.
- c) Conseguir que la empresa del mercado ordinario de trabajo en la que se realiza el enclave laboral, tenga un mejor conocimiento de las capacidades y aptitudes reales de los trabajadores con discapacidad, como paso previo a su eventual incorporación a la plantilla de la empresa.
- d) Posibilitar el crecimiento de la actividad desarrollada por los centros especiales de empleo y, por tanto, la contratación por éstos de nuevos trabajadores con discapacidad, favoreciendo la creación de empleo estable para personas con discapacidad.
- e) Facilitar a las empresas, el cumplimiento de la obligación de la cuota de reserva legal del dos por ciento de trabajadores con discapacidad, establecida en el artículo 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, transitoriamente, como medida alternativa, en los términos previstos en este real

decreto y, definitivamente, mediante la contratación directa de los trabajadores con discapacidad del enclave por la empresa colaboradora u otra empresa del mercado ordinario de trabajo⁵⁸¹.

De esta manera, se entiende por enclave laboral “*el contrato*⁵⁸² *entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora*⁵⁸³, *y un centro especial de empleo*⁵⁸⁴ *para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquélla y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora*” (Art. 1.2 del RD 290/2004)⁵⁸⁵.

Pero, como ha puesto de manifiesto la doctrina “*su delimitación no nos parece que haya quedado nada clara o precisa, pues si bien se concibe formalmente como un supuesto de subcontratación (será aplicable sobre esta materia los mecanismos y garantías contenidos en el Art. 42 del ET y los Art. 104.1 y 127 de la LGSS), materialmente nos encontramos ante una nueva modalidad de puesta a disposición próxima a la cesión de trabajadores, típica de las Empresas de Trabajo Temporal, pese*

⁵⁸¹ Véase el Art. 2 del RD 364/2005, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad.

⁵⁸² El contrato de arrendamiento de servicios, deberá formalizarse por escrito, y se remitirá al Servicio Público de Empleo en el plazo de un mes desde la firma, y tendrá el siguiente contenido mínimo (Art. 5 y 7 del RD 290/2004):

- a) Identificación de ambas partes, haciendo constar la denominación social, domicilio, número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social.
- b) Determinación precisa de la obra o servicio objeto del contrato y de la actividad en la que, dentro de la organización general de la empresa colaboradora, vayan a ser ocupados los trabajadores destinados al enclave.
- c) Datos identificativos del centro de trabajo donde se va a realizar la obra o prestar el servicio.
- d) Duración prevista para el enclave.
- e) Número de trabajadores con discapacidad que se ocuparán en el enclave.
- f) Precio convenido.

⁵⁸³ Podrá actuar como empresa colaboradora cualquier empresa del mercado ordinario de trabajo que formalice con un centro especial de empleo el contrato a que se refiere el artículo siguiente (Art. 4 del RD 290/2004)

⁵⁸⁴ Podrán realizar enclaves los centros especiales de empleo, calificados e inscritos como tales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, y en el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los centros especiales de empleo, que lleven inscritos en el registro correspondiente al menos seis meses y que hayan desarrollado su actividad de forma continuada en los seis meses anteriores a la celebración del contrato a que se refiere el artículo 5 de este real decreto (Art. 3 del RD 290/2004).

⁵⁸⁵ Debe tenerse presente que no podrá constituirse un enclave laboral para la realización de las actividades y los trabajos que se determinan en el anexo I del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de prevención, y que enumera una serie de actividades que considera de especial peligrosidad.

al intento de marcar diferencias normativas entre los Centros (que no podrán dedicarse en exclusiva a la actividad de enclave laboral, pues debe realizar una actividad propia como tal Centro de Empleo), y las Empresas de Trabajo Temporal (que deben dedicarse en exclusiva a la actividad de puesta a disposición, careciendo de actividad productiva propia)”⁵⁸⁶.

En relación con los trabajadores discapacitados que van a formar el enclave, se establecen las siguientes precisiones en el RD 290/2004: a.-el enclave deberá estar formado al menos por cinco trabajadores si la plantilla de empresa colaboradora es de 50 o más trabajadores, o al menos por tres trabajadores si dicha plantilla fuera inferior⁵⁸⁷; b.- los trabajadores son seleccionados por el Centro Especial de Empleo; c.- los trabajadores mantienen su relación laboral de carácter especial con el Centro Especial de Empleo⁵⁸⁸; c.- la dirección, organización, y facultad disciplinaria corresponde al Centro Especial de Empleo; d.- el 60 por cien, como mínimo, de los trabajadores del enclave, deberá presentar especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo⁵⁸⁹; e.- los demás trabajadores del enclave deberán ser trabajadores con discapacidad con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por cien; f.- el 75 por cien, como mínimo, de los trabajadores del enclave, deberá tener una antigüedad mínima de tres meses en el centro especial de empleo; g.- la empresa colaboradora y el centro especial de empleo deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales en relación con los trabajadores que formen el enclave⁵⁹⁰,

La duración mínima del enclave, será de 3 meses y la máxima de 3 años (cabén prórrogas no inferiores a 3 meses hasta alcanzar la duración máxima prevista).

⁵⁸⁶ Vida Soria J. y otros, Manual de Derecho del Trabajo, op. Cit. Pg. 332.

⁵⁸⁷ A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, no se incluirá en el cómputo como trabajadores del enclave a los encargados de la dirección y organización seleccionados por el Centro Especial de Empleo, salvo que ellos mismos fueran trabajadores con discapacidad.

⁵⁸⁸ Véase el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio y el estudio realizado al respecto en este trabajo.

⁵⁸⁹ entendiéndose por ello: a) Las personas con parálisis cerebral, las personas con enfermedad mental o las personas con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por cien; b) Las personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65 por cien; c) Las mujeres con discapacidad no incluidas en los párrafos anteriores con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por cien. Este grupo podrá alcanzar hasta un 50 por cien del porcentaje a que se refiere el párrafo segundo del apartado anterior.

⁵⁹⁰ En los términos previstos en los artículos 24 y 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y en el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales (Art. 9 del RD 290/2004).

Transcurridos los tres años de duración máxima, el enclave sólo podrá prorrogarse si el centro especial de empleo acreditara que la empresa colaboradora u otra empresa del mercado ordinario de trabajo, hubieran contratado con carácter indefinido a trabajadores con discapacidad del enclave en la siguiente proporción: a.- cuando se trate de enclaves que ocupen hasta 20 trabajadores, un trabajador, como mínimo; b.- cuando se trate de enclaves que ocupen a un número superior de trabajadores, dos trabajadores, como mínimo⁵⁹¹.

1.3. Las especialidades en los contratos formativos.-

1.3.1 Las especialidades del contrato en prácticas para trabajadores minusválidos.-

El Estatuto de los Trabajadores, en su Art. 11, regula dos figuras contractuales conocidas, por todos, como contratos formativos, ya que su finalidad última es la obtención de una adecuada formación profesional a través de la propia prestación de servicios. Estamos, en todo caso, ante contratos temporales con causa mixta (por el carácter temporal que tiene la formación profesional y porque son instrumento común de las políticas de empleo).

El contrato en prácticas tiene por objeto ofrecer a los trabajadores “jóvenes” y con cualificación profesional, la oportunidad de experimentar sus conocimientos teóricos, de tal manera que, vinculará al trabajador a prestar en régimen laboral un servicio adecuado al nivel de conocimientos teóricos que posee por titulación. Con ello, consigue una experiencia profesional que le sitúa en mejor posición en el mercado laboral.

Con carácter previo, se ha de poner de manifiesto el escaso uso de estas modalidades, pese a su tradición normativa. Escaso uso, que se acentúa en el supuesto

⁵⁹¹ La duración mínima de esta prórroga será de tres meses y la duración máxima de tres años, y se podrá prorrogar en iguales términos a los ya expuestos. En todo caso no podrá prorrogarse el enclave ni iniciarse uno nuevo para la misma actividad si se hubiera llegado a la duración máxima total de seis años, incluido el periodo de prórroga establecido en el párrafo anterior.

de trabajadores minusválidos, pese a las especialidades –que se pueden considerar como facilidades- que el legislador establece y que inmediatamente se expondrán⁵⁹².

El contrato en prácticas, podrá concertarse con quienes estuviesen en posesión de título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes, que habiliten para el ejercicio profesional. Cuando el contrato se concierte con un trabajador minusválido, el plazo desde la obtención del título a la formalización del contrato se eleva a seis años –cuatro es el régimen general- (Art. 11.1 del ET).

La Disposición Adicional 2ª del Estatuto de los Trabajadores establece en su apartado primero que *“las empresas que celebren contratos en prácticas con trabajadores con discapacidad tendrán derecho a una reducción, durante la vigencia del contrato, del 50 por 100 de la cuota empresarial de la Seguridad Social correspondiente a las contingencias comunes”*⁵⁹³. No podemos olvidar además, estos contratos se beneficiarán de las bonificaciones o subvenciones propias de la transformación de dichos contratos formativos en a tiempo indefinido y a jornada completa.

1.3.2 Las especialidades del contrato para la formación de minusválidos.-

El Estatuto de los Trabajadores, en su Art. 11 regula dos figuras contractuales conocidas por todos como contratos formativos, ya que la finalidad última de ambos

⁵⁹² Debe tenerse presente que tal y como establece la DA 6ª de la Ley 24/2001, el grado de minusvalía necesario para ser contratado en prácticas y para la formación con aplicación de las peculiaridades propias de dicho colectivo, deberá ser igual o superior al 33 %, con una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje (el porcentaje de minusvalía se obtiene por aplicación del baremo contenido en el RD 1971/1999).

⁵⁹³ Redacción dada por la Ley 56/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento del empleo. Téngase presente que esta bonificación en la cotización es compatible, siempre que el contrato formativo tenga una duración igual o superior a doce meses, con las subvenciones que concedan los Servicios Públicos de Empleo, para la adaptación de puestos de trabajo, dotación de equipos de protección personal necesarios para evitar siniestros laborales y –en lo que ahora nos interesa- por la eliminación de barreras u obstáculos que impidan o dificulten el trabajo del discapacitado (DA 2ª del RD 1451/1983 de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, por el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos -añadida por el RD 170/2004, de 30 de enero.

sería la obtención de una adecuada formación profesional a través de la propia prestación de servicios⁵⁹⁴. El contrato para la formación (antes denominado contrato de aprendizaje), sirve para corregir las carencias del sistema educativo reglado. De esta manera, el empresario suministra y recibe el trabajador, la formación teórica y práctica necesaria para el desempeño de un oficio o puesto de trabajo cualificado.

Como hemos afirmado en relación con el contrato en prácticas, estos contratos de formación han tenido un uso muy relativo. Escaso uso, que se acentúa en el supuesto de trabajadores minusválidos pese a las especialidades normativas que intentan facilitarlos.

Cualquier empresa, o los Centros Especiales de Empleo, podrán celebrar con trabajadores discapacitados una contratación laboral para la formación, en el marco de la normativa general aunque con algunas especialidades que ahora se detallan⁵⁹⁵: a.- no existe límite de edad para la contratación de trabajadores con discapacidad (Art. 11.2.a del ET); b.- tampoco se aplican los límites numéricos de proporción entre la cuantía de la plantilla y el número de trabajadores contratados para la formación (Art. 7.3 del RD 488/1998)⁵⁹⁶; c.- la duración máxima del contrato no podrá exceder en ningún caso de cuatro años (Art. 11.2.c del ET); d.- las empresas que celebren contratos para la formación con trabajadores minusválidos tendrán derecho a una reducción del 50 por 100 en las cuotas empresariales a la Seguridad Social previstas para los contratos para la formación (DA 2ª del ET)⁵⁹⁷; e.- además, esta bonificación en la cotización es

⁵⁹⁴ Estamos en todo caso ante contratos temporales con causa mixta (por el carácter temporal que tiene la formación profesional y porque son instrumento común de las políticas de empleo).

⁵⁹⁵ Su normativa de aplicación básica es la que sigue: Art. 11.2 y D. A. 2ª del ET, RD 488/1998, regula los contratos formativos y Art. 7 del RD 1368/1985, regula los centros especiales de empleo. Es decir, se permite tanto bajo una relación laboral común, como bajo la relación laboral especial de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en los centros especiales de empleo (Art. 2 del ET). Debe tenerse presente que tal y como establece la DA 6ª de la Ley 24/2001, el grado de minusvalía necesario para ser contratado en prácticas y para la formación con aplicación de las peculiaridades propias de dicho colectivo, deberá ser igual o superior al 33 %, con una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje (el porcentaje de minusvalía se obtiene por aplicación del baremo contenido en el RD 1971/1999).

⁵⁹⁶ Es decir, los trabajadores minusválidos contratados para la formación no se computarán para determinar el número máximo de estos contratos que las empresas pueden realizar en función de su plantilla (DA 2ª del ET).

⁵⁹⁷ Sobre este último aspecto, la cotización, debe tenerse presente (muy condicionada por las limitaciones en la protección social de este contrato): -De conformidad con lo establecido en el artículo 110 de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006 (tal y como se establece en el RD 488/1988, la cotización de estos contratos se establece anualmente en la LPGE), la cotización a la Seguridad Social y demás contingencias protegidas por los trabajadores que hubieran celebrado un contrato para la formación, se efectuará, durante el año 2006, de acuerdo con lo siguiente: a)

compatible, siempre que el contrato formativo tenga una duración igual o superior a doce meses, con las subvenciones que concedan los Servicios Públicos de Empleo, para la adaptación de puestos de trabajo, dotación de equipos de protección personal necesarios para evitar siniestros laborales y –en lo que ahora nos interesa- por la eliminación de barreras u obstáculos que impidan o dificulten el trabajo del discapacitado⁵⁹⁸; f.- Por último, estos contratos se beneficiarán de las bonificaciones o subvenciones propias de la transformación de dichos contratos formativos en a tiempo indefinido y a jornada completa.

1.3.3. Contratos para la formación y Centros Especiales de Empleo.-

Tal y como establece el Artículo 7 del RD 1368/1985 (en su redacción dada por el RD 427/1999, de 12 de marzo), los contratos que concierten los centros especiales de empleo, podrán ajustarse a cualquiera de las modalidades del contrato de trabajo previstas en el Estatuto de los Trabajadores (si bien se establecen peculiaridades en el contrato para la formación y en el contrato a domicilio).

Sobre el contrato para la formación, este precepto establece que se ajustará a lo previsto en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores y a sus normas de desarrollo, con las peculiaridades siguientes⁵⁹⁹: a) la duración máxima del contrato podrá ampliarse, previo informe favorable del equipo multiprofesional, cuando debido al

La cotización a la Seguridad Social consistirá en una cuota única mensual de 32,24 euros por contingencias comunes, de los que 26,88 euros serán a cargo del empresario y 5,36 euros a cargo del trabajador, y de 3,70 euros por contingencias profesionales, a cargo del empresario; b) La cotización al Fondo de Garantía Salarial consistirá en una cuota mensual de 2,06 euros, a cargo del empresario; c) A efectos de cotización por Formación Profesional, se abonará una cuota mensual de 1,13 euros, de los que 0,99 euros corresponderán al empresario y 0,14 euros al trabajador; d) Las retribuciones que perciban los trabajadores en concepto de horas extraordinarias, estarán sujetas a la cotización adicional regulada en el artículo 5 de la orden de cotización.

Como se puede observar la cuota empresarial es de muy escasa entidad, por lo que una bonificación del 50 %, sobre algo de por sí escaso, no es de mucho interés, o lo que es lo mismo, el establecimiento de esta bonificación no supone ningún aliciente en la contratación por esta modalidad de trabajadores minusválidos.

⁵⁹⁸ DA 2ª del RD 1451/1983 de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, por el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos -añadida por el RD 170/2004, de 30 de enero-.

⁵⁹⁹ Tal y como establece la DA 2ª del ET “continuarán siendo de aplicación a los contratos para la formación que se celebren con trabajadores minusválidos que trabajen en Centros Especiales de Empleo las peculiaridades que para dichos contratos se prevén en el artículo 7 del Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en Centros Especiales de Empleo”.

grado de minusvalía y demás circunstancias personales y profesionales del trabajador, éste no hubiese alcanzado el nivel mínimo de conocimientos requeridos para desempeñar el puesto de trabajo, sin que, en ningún caso, pueda exceder de cuatro años; b) los contenidos formativos deberán ser informados favorablemente por el equipo multiprofesional; c) El tiempo dedicado a la formación teórica podrá alcanzar hasta un límite máximo de dos tercios –de la jornada completa-⁶⁰⁰; d) respecto de las cotizaciones a la Seguridad Social, se aplicará el régimen de bonificaciones o exenciones de cuotas que, con carácter general o específico, resulte más beneficioso⁶⁰¹.

1.4. Los mecanismos de fomento a la contratación.-

La Constitución Española de 1978, reconoce el derecho subjetivo al empleo que se reconoce a todos los españoles –Art. 35 de la CE-, enmarcado dentro de una política social y económica orientada al pleno empleo –Art. 40 de la CE- y además, y especialmente, a la protección por desempleo –Art. 41 CE-. En consecuencia, se establece un mandato a los poderes públicos para su consecución y garantía.

Teniendo en cuenta este mandato, la Ley 56/2003, de Empleo, define a la política de empleo como *“el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las comunidades autónomas que tienen por finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución del pleno empleo, así como la calidad en el empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción de las situaciones de desempleo y a la debida protección en las situaciones de desempleo”* (Art. 1).

Dentro de esta política de empleo, se acepta de forma generalizada - siguiendo la recomendación de la OCDE-, la distinción, entre políticas pasivas (protección por desempleo) y políticas activas. Estas últimas, pretenden incidir directamente en la mejora del funcionamiento del mercado de trabajo para aumentar el empleo.

⁶⁰⁰ No se requerirá la fijación de tiempo dedicado a la formación teórica cuando el contrato se concierte con un minusválido psíquico cuyo grado de minusvalía no le permita realizar aquélla.

⁶⁰¹ Por lo que será de aplicación la reducción en la cotización empresarial antes señalada del 50 %.

Dentro de las políticas activas, encontramos las políticas de fomento, que pretenden promover la contratación de trabajadores, especialmente de aquellos colectivos con menores oportunidades en el mercado de trabajo, o también, mediante la facilitación del llamado autoempleo –individual o colectivo-. A ellas nos vamos a referir, por su incidencia sobre los discapacitados.

En todo caso, no se puede olvidar el deber –transversal- de garantizar el principio de igualdad de oportunidades y la prohibición de toda discriminación. En este sentido, la Ley 56/2003, de empleo, establece entre sus objetivos (Art. 2), el de asegurar políticas adecuadas de integración laboral dirigidas a aquellos colectivos que presenten mayores dificultades de inserción laboral, especialmente jóvenes, mujeres, discapacitados y parados de larga duración mayores de 45 años. A este respecto, un ámbito importante del Derecho del Trabajo, y no sólo dentro de las políticas de empleo, es el relativo al trabajo de las personas con discapacidad, que constituye un ámbito sobre el que existe una importante regulación, tanto legislativa como incluso colectiva.

La exclusión social de este colectivo se vincula básicamente a tres factores: a.- mayores dificultades para su inserción profesional; b.- menor productividad o rendimiento (en su contratación, como consecuencia de una minusvalía originaria, o durante su permanencia como consecuencia de una minusvalía sobrevenida); c.- mayores dificultades para acceder a los lugares de trabajo y desenvolverse en ellos.

Reconociendo esa realidad, el legislador debe actuar estableciendo reglas especiales para estos trabajadores que vengán a compensar su desventaja social, tanto en el acceso al empleo, como en el desarrollo de la relación laboral. La política de fomento del empleo, abarca básicamente, el conjunto de medidas orientadas a favorecer la contratación de trabajadores desempleados y más particularmente de aquellos colectivos que encuentran una mayor dificultad para su integración en el mercado laboral ordinario, como son los con discapacidad⁶⁰².

Para el cumplimiento de esta política, se han adoptado diversas medidas. Así, además de las indiscriminadas (dirigidas sin distinción a toda la población activa), se

⁶⁰² Podemos incluso afirmar, que estos trabajadores son el colectivo más favorecido con estas medidas (tradicionalmente y tras la reforma operada por el Real Decreto Ley 5/2006).

han tomado medidas selectivas, en función del colectivo de trabajadores al que van dirigidas, y entre estas últimas, se establecen algunas específicas para los trabajadores con discapacidad.

En relación con la calidad del empleo promovido, se han tomado tanto medidas que fomentan el empleo indefinido, como el temporal. Sobre este aspecto se debe destacar que con el objetivo del fomento de la ocupación, finalidad típica de la norma de política de empleo, se ha producido una desnaturalización de las modalidades contractuales para favorecer la inserción, pero, a costa de favorecer la “*flexibilización laboral*”.

El Art. 1 del Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento del empleo, establece y regula como criterio general el programa y las bonificaciones por la contratación indefinida, pero también reconoce y regula, con carácter excepcional bonificaciones para los contratos temporales que se celebren con trabajadores con discapacidad (además de con personas que se encuentre en situación de exclusión social, y con personas que tengan acreditada la condición de víctima de violencia de género), con la condición general, de que se encuentren desempleados e inscritos en la Oficina Pública de Empleo⁶⁰³.

El programa de bonificaciones⁶⁰⁴ puede presentarse del siguiente modo:

⁶⁰³ A estos efectos se consideran trabajadores discapacitados los que tengan un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento o la específicamente establecida en el caso de enclaves laborales. Se consideran también incluidos los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad (Art. 2.2 del RD-Ley 5/2006, último párrafo).

⁶⁰⁴ Cuya normativa de aplicación (básica) es la que sigue:

-Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio (BOE de 14 de junio), para la mejora del crecimiento del empleo: establece los nuevos mecanismos y cuantías de las bonificaciones a la cotización a la Seguridad Social (fundamentalmente en el Art. 2 apartado segundo y sexto).

-Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo (BOE de 4 de junio), por el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de trabajadores con discapacidad (derogado en lo referente a bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y las cuotas de recaudación conjunta, por la contratación de trabajadores con discapacidad, o su incorporación como socios a cooperativas de trabajo asociado por disp. derog. única.2 a) de Real Decreto-ley 5/2006, de 9 mayo). Téngase presente que este Real Decreto se encuentra modificado sustancialmente por el Real Decreto 170/2004, de 30 de enero (BOE del 31), por el que se modifica el Real Decreto 1451/1983.

- Real Decreto 290/2004, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad (BOE del 31).

- Disposición Adicional 2ª del Real Decreto Legislativo 1/1995 (Estatuto de los Trabajadores).

1º.- Contrato indefinido para personas con discapacidad o transformación en indefinidos de los contratos temporales de fomento del empleo de personas con discapacidad o de transformación en indefinidos de los contratos formativos suscritos con trabajadores con discapacidad.

Los empleadores, incluidos los Centros Especiales de Empleo⁶⁰⁵, que contraten (por escrito y en modelo oficial) indefinidamente (a jornada completa o a tiempo parcial), a personas con discapacidad tendrán derecho a una bonificación mensual de la cuota empresarial a la Seguridad Social o, en su caso, por su equivalente diario por trabajador contratado, de 250 euros/mes (3.000 euros/año), durante toda la vigencia del contrato. La misma bonificación, se disfrutará en el supuesto de transformación en indefinidos de los contratos temporales de fomento del empleo de personas con discapacidad o de transformación en indefinidos de los contratos formativos suscritos con trabajadores con discapacidad.

Esta bonificación en la cotización es compatible con: a.- La subvención de 3.907 euros por cada contrato⁶⁰⁶; b.- Las empresas que contraten trabajadores minusválidos mediante un contrato indefinido podrán solicitar subvenciones con cargo al Servicio Público de Empleo Estatal⁶⁰⁷.

-Ley 45/2002, de 12 de diciembre (BOE de 29 de diciembre) de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (Disposición Adicional 9).

⁶⁰⁵ Los beneficiarios de las bonificaciones previstas en este Programa deberán reunir los siguientes requisitos (Art. 5 del Real Decreto Ley 5/2006):

a) Hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social tanto en la fecha de alta de los trabajadores como durante la aplicación de las bonificaciones correspondientes. Si durante el periodo de bonificación existe una falta de ingreso en plazo reglamentario de dichas obligaciones, se producirá la pérdida automática de las bonificaciones reguladas en el presente Programa, respecto de las cuotas correspondientes a periodos no ingresados en dicho plazo, teniéndose en cuenta dicho periodo como consumido para el cómputo del tiempo máximo de bonificación.

b) No haber sido excluidos del acceso a los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo por la comisión de infracciones muy graves no prescritas, todo ello de conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, texto refundido aprobado en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

⁶⁰⁶ (cuando el contrato se celebre a tiempo parcial la subvención se reducirá proporcionalmente a la jornada pactada). También aplicable a las cooperativas de trabajo asociado que incorporen a trabajadores discapacitados como socios. Los beneficios aquí previstos no podrán, en concurrencia con otras ayudas públicas para la misma finalidad, superar el 60 por 100 del coste salarial anual correspondiente al contrato que da derecho a los mismos.

⁶⁰⁷ que serán compatibles en su caso con los beneficios establecidos en los artículos anteriores, destinadas a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de equipos de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales al trabajador minusválido contratado o para eliminar barreras u obstáculos que impidan o dificulten el trabajo de los trabajadores minusválidos. La necesidad de adaptación o de medios

2º.- Contrato indefinido para personas con discapacidad procedente de enclaves laborales.-

Cuando se trate de la contratación indefinida de trabajadores con discapacidad con especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo, procedentes de enclaves laborales, la bonificación a que tendrá derecho la empresa colaboradora será de 266,67 euros/mes (3.200 euros/año) durante toda la vigencia del contrato⁶⁰⁸.

Se consideran trabajadores con discapacidad que presentan especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo (Art. 6 del RD 290/2004): a) Las personas con parálisis cerebral, las personas con enfermedad mental o las personas con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por 100; b) Las personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65 por 100; c) Las mujeres con discapacidad no incluidas en los párrafos anteriores con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por 100.

La bonificación en la cotización es compatible con la subvención de 7.814 euros por cada contrato de trabajo celebrado a jornada completa (cuando el contrato se celebre a tiempo parcial la subvención se reducirá proporcionalmente a la jornada pactada), y con aquella que se conceda para la eliminación de barreras antes indicada.

3.- Contratación temporal de fomento del empleo, o cualquier contratación temporal que realicen los Centros Especiales de Empleo.-

En el caso de que las personas con discapacidad sean contratadas mediante el contrato temporal de fomento de empleo, la bonificación ascenderá a 183,33 euros/mes (2.200 euros/año), durante toda la vigencia del contrato. Tendrán derecho a la misma bonificación los Centros Especiales de Empleo que contraten a estos trabajadores

especiales de protección personal deberá contar con el informe favorable de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

⁶⁰⁸ Téngase presente que si se trata de discapacitados no incluidos en la clasificación de especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo, se aplicarán las bonificación y subvenciones señaladas en el apartado anterior.

mediante cualquier contrato temporal, incluidos los formativos. El contrato se podrá celebrar a jornada completa o a tiempo parcial. El contrato tendrá una duración entre 12 meses y 3 años.

En todos los casos mencionados, cuando el contrato indefinido o temporal sea a tiempo parcial, las bonificaciones en la cotización previstas en cada caso se aplicarán en las siguientes proporciones: a.- el 100 %, cuando la jornada laboral sea igual o superior a las tres cuartas partes de la jornada habitual o a tiempo completo; b.- el 75 %, cuando la jornada laboral sea igual o superior a la mitad de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a las tres cuartas partes de dicha jornada; c.- el 50 %, cuando la jornada laboral sea igual o superior a la cuarta parte de la jornada habitual o a tiempo completo e inferior a la mitad de dicha jornada; d.- el 25 %, cuando la jornada laboral sea inferior al 25 % de la jornada habitual o a tiempo completo.

Todos estos contratos se formalizarán por escrito y en modelo oficial y se comunicarán en los 10 días siguientes a su celebración al Servicio Público de Empleo. Al contrato deberá acompañar la solicitud de alta en el Régimen correspondiente de Seguridad Social y el certificado de minusvalía.

4.- Contrato en prácticas para personas con discapacidad.-

La Disposición Adicional 2ª del Estatuto de los Trabajadores establece en su apartado primero que *“las empresas que celebren contratos en prácticas con trabajadores con discapacidad tendrán derecho a una reducción, durante la vigencia del contrato, del 50 por 100 de la cuota empresarial de la Seguridad Social correspondiente a las contingencias comunes”*⁶⁰⁹.

Hemos de tener presente que esta bonificación en la cotización es compatible, siempre que el contrato formativo tenga una duración igual o superior a doce meses, con las subvenciones que concedan los Servicios Públicos de Empleo, para la adaptación de puestos de trabajo, dotación de equipos de protección personal necesarios para evitar siniestros laborales y –en lo que ahora nos interesa- por la eliminación de barreras u

⁶⁰⁹ Redacción dada por la Ley 56/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento del empleo.

obstáculos que impidan o dificulten el trabajo del discapacitado⁶¹⁰. Además, no podemos olvidar que estos contratos, también se beneficiarán de las bonificaciones o subvenciones propias de la transformación de dichos contratos formativos en a tiempo indefinido y a jornada completa.

5º.- Contrato para la formación con personas con discapacidad.-

Las empresas que celebren contratos para la formación con trabajadores minusválidos tendrán derecho a una reducción del 50 por 100 en las cuotas empresariales a la Seguridad Social previstas para los contratos para la formación (DA 2ª del ET). Sobre este último aspecto, la cotización, debe tenerse presente (muy condicionada por las limitaciones en la protección social de este contrato⁶¹¹). Además, esta bonificación en la cotización es compatible, siempre que el contrato formativo tenga una duración igual o superior a doce meses, con las subvenciones que concedan los Servicios Públicos de Empleo, para la adaptación de puestos de trabajo, dotación de equipos de protección personal necesarios para evitar siniestros laborales y –en lo que ahora nos interesa- por la eliminación de barreras u obstáculos que impidan o dificulten el trabajo del discapacitado. Por último, estos contratos se beneficiarán de las bonificaciones o subvenciones propias de la transformación de dichos contratos formativos en a tiempo indefinido y a jornada completa.

⁶¹⁰ DA 2ª del RD 1451/1983 de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, por el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos -añadida por el RD 170/2004, de 30 de enero-.

⁶¹¹ De conformidad con lo establecido en el artículo 110 de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006 (tal y como se establece en el RD 488/1988, la cotización de estos contratos se establece anualmente en la LPGE), la cotización a la Seguridad Social y demás contingencias protegidas por los trabajadores que hubieran celebrado un contrato para la formación, se efectuará, durante el año 2006, de acuerdo con lo siguiente:

a) La cotización a la Seguridad Social consistirá en una cuota única mensual de 32,24 euros por contingencias comunes, de los que 26,88 euros serán a cargo del empresario y 5,36 euros a cargo del trabajador, y de 3,70 euros por contingencias profesionales, a cargo del empresario. b) La cotización al Fondo de Garantía Salarial consistirá en una cuota mensual de 2,06 euros, a cargo del empresario. c) A efectos de cotización por Formación Profesional, se abonará una cuota mensual de 1,13 euros, de los que 0,99 euros corresponderán al empresario y 0,14 euros al trabajador. d) Las retribuciones que perciban los trabajadores en concepto de horas extraordinarias, estarán sujetas a la cotización adicional regulada en el artículo 5 de la orden de cotización.

Como se puede observar la cuota empresarial es de muy escasa entidad, por lo que una bonificación del 50 %, sobre algo de por sí escaso, no es de mucho interés, o lo que es lo mismo, el establecimiento de esta bonificación no supone ningún aliciente en la contratación por esta modalidad de trabajadores minusválidos.

6º.- Contrato de interinidad con personas minusválidas.-

Los contratos de interinidad que se celebren con personas minusválidas desempleadas, para sustituir a trabajadores y trabajadoras minusválidos que tengan suspendido su contrato de trabajo por incapacidad temporal durante el período que persista dicha situación, darán derecho a una bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta (se les aplica las normas generales del contrato de interinidad Art. 15 del ET).

7º.- Fomento del empleo autónomo.-

Las personas con discapacidad, que causen alta inicial en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, se beneficiarán, durante los 3 años siguientes a la fecha de efectos del alta, de una bonificación del 50% de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima el tipo vigente en cada momento en el mencionado Régimen Especial (Disposición adicional undécima. Ley 45/2002, de 12 diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad).

Como se puede observar del marco descrito, la regulación es dispersa, pese a la nueva regulación del Real Decreto Ley 5/2006 y con una elevada falta de coherencia. Sería necesaria la reestructuración de los diversos mecanismos y su regulación uniforme que recoja en una única norma la caótica regulación de los diversos mecanismos y supuestos.

1.5 La modalidad de pago único de la prestación por desempleo.-

Nuestro modelo de protección por desempleo se puede considerar de carácter mixto, pues se estructura en un nivel contributivo y en un nivel asistencial (en este hay que considerar integrada con peculiaridades la renta activa de inserción), ambos de

carácter público y obligatorio (Art. 204 de la LGSS). El nivel contributivo, tiene como objeto proporcionar prestaciones sustitutivas y proporcionales de las rentas salariales dejadas de percibir como consecuencia de la pérdida de un empleo anterior o de la reducción de la jornada (desempleo total o parcial), sin que sea necesaria la constatación de una situación real de necesidad, pues esta se presume por la pérdida de ingresos salariales. El nivel asistencial, complementario del anterior, garantiza la protección a los trabajadores desempleados que se encuentren en alguno de los supuestos incluidos en el artículo 215 de la LGSS, en los que hay que –salvo excepciones- acreditar la situación de necesidad, siendo la prestación no sustitutiva de las rentas dejadas de percibir, sino compensatoria de la carencia de ingresos, y como criterio general se encuentra subordinado a la existencia previa del nivel contributivo.

La protección por desempleo en el nivel contributivo comprende las prestaciones siguientes:

a.- La prestación económica por desempleo total o parcial, que es un subsidio cuya cuantía se obtiene de aplicar un porcentaje variable en función de la duración de la prestación, sobre una base reguladora obtenida sobre el promedio de bases de cotización de dicha esta contingencia excluida la remuneración durante ese periodo de las horas extras. Esta prestación que se abona de forma periódica puede ser sustituido excepcionalmente por una modalidad de pago único como medida de fomento del empleo. En esta modalidad analizaremos la referencia a los trabajadores minusválidos.

b.- El abono durante la percepción de la prestación, de la aportación de la empresa correspondiente a las cotizaciones a la Seguridad Social durante la percepción de las prestaciones por desempleo (salvo en los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 214, así como del complemento de la aportación del trabajador en los términos previstos en el apartado 4 del artículo 214 de la LGSS).

c.- Como prestación común a ambos niveles, las acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional en favor de los trabajadores desempleados, y aquellas otras que tengan por objeto el fomento del empleo estable (sin perjuicio, en su caso, de las competencias de gestión de las políticas activas de empleo que se desarrollarán por la Administración General del

Estado o por la Administración Autonómica correspondiente, de acuerdo con la normativa de aplicación).

Pues bien, como instrumento de política de empleo, el legislador ha previsto que la prestación por desempleo (es decir, limitada a la modalidad contributiva y además sólo en el total), se perciba de forma acumulada o en pago único. De esta manera el apartado tercero del Art. 228 de la LGSS, establece que *“cuando así lo establezca algún programa de fomento del empleo, la Entidad Gestora podrá abonar de una sola vez el valor actual del importe, total o parcial, de la prestación por desempleo de nivel contributivo a que tenga derecho el trabajador y que esté pendiente por percibir. Asimismo, podrá abonar a través de pagos parciales el importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo a que tenga derecho el trabajador para subvencionar la cotización del mismo a la Seguridad Social”*.

Pero para concretar este derecho, es necesaria la aplicación de una normativa que podemos considerar caótica y muy necesaria de unificación. En efecto, nos encontramos con un conjunto de diversas normas que se han sucedido en el tiempo, de diferente rango, y que no han utilizado la técnica de derogar a la anterior, estableciendo una nueva y completa regulación, sino que todas permanecen vigentes en lo que no se oponga la anterior a la posterior⁶¹².

De esta manera encontramos dos grandes bloques de colectivos que pueden ser beneficiarios de esta modalidad de pago: a.- fomento del empleo de la economía social (para constituir cooperativas o sociedades laborales, o incorporarse de forma estable como socios trabajadores o de trabajo en ellas); b.- fomento del empleo autónomo,

⁶¹² En efecto, la regulación de esta posibilidad debe completarse con el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, significativa modificado por 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 (BOE de 31 de diciembre), en su Disposición transitoria cuarta (sobre el programa de fomento de empleo en la economía social y empleo autónomo), que mantiene la vigencia de este Real Decreto, pero limitado a lo que no se oponga a las reglas que dicta (se da nueva redacción a la disposición transitoria 4.1, por RD 1413/2005, de 25 de noviembre).

Además, y en lo que en este momento interesa, La Ley 50/1998, de 30 de diciembre (BOE de 31 de diciembre), de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, estableció, en su Art. 31, sobre la capitalización de las prestaciones por desempleo como medida de fomento del autoempleo de los minusválidos que “se incluye a los trabajadores minusválidos que se conviertan en trabajadores autónomos en el ámbito de aplicación del número 1 del artículo 1 y artículo 6 del Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único como medida de fomento del empleo”.

dentro del cual, hay que diferenciar, a su vez, dos colectivos: 1.- constituirse como trabajadores autónomos personas con minusvalía igual o superior al 33 %⁶¹³; 2.- constituirse como autónomos sin ser personas con minusvalía.

Para los trabajadores autónomos con minusválidos, hay dos modalidades de percepción:

1. El abono de la prestación se realizará de una sola vez por el importe que corresponda a la inversión necesaria para desarrollar como trabajador autónomo (hay que entender incluidas las cargas tributarias)⁶¹⁴. Pero además, debe tenerse presente lo previsto en el aún vigente Art. 4.2 del RD 1044/1985, en el que se establece que el Servicio Público de Empleo Estatal *“abonara, a los trabajadores que hicieran uso del derecho previsto en el artículo 1 de este Real decreto, el 50 por 100 de la cuota al régimen correspondiente de la seguridad social como trabajador autónomo, calculada sobre la base mínima de cotización o el 100 por 100 de la aportación del trabajador en las cotizaciones del correspondiente régimen de la seguridad social, durante el tiempo que se hubiera percibido la prestación por desempleo de no haberse percibido en su modalidad de pago único. El abono de estas cantidades se realizara trimestralmente por el INEM, previa presentación de los correspondientes documentos acreditativos de la cotización”*.

2. La entidad gestora podrá abonar mensualmente el importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo para subvencionar la cotización a la Seguridad Social como trabajador autónomo, y en este supuesto: a) La cuantía de la subvención, calculada en días completos de prestación, será fija y corresponderá al importe de la aportación íntegra del trabajador a la Seguridad Social en el momento del inicio de la actividad sin considerar futuras modificaciones, salvo cuando el importe de la subvención quede por debajo de la aportación del trabajador que corresponda a la base mínima de cotización vigente para cada régimen de Seguridad Social. En tal caso, se abonará esta última; b) El abono se realizará mensualmente por la entidad gestora al

⁶¹³ Aunque no lo indica la norma, hay que entender que la determinación de esta grado de minusvalía se obtiene con las reglas ya manejadas y contenidas –baremo- en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

⁶¹⁴ Se abonará como pago único la cuantía de la prestación, calculada en días completos, de la que deducirá el importe relativo al interés legal del dinero. No obstante, si no se obtiene la prestación por su importe total, el importe restante se podrá obtener conforme a lo establecido en la regla 2.ª siguiente.

trabajador, previa comprobación de que se mantiene en alta en la Seguridad Social en el mes correspondiente.

La solicitud del abono de la prestación por desempleo de nivel contributivo, según lo establecido en las reglas anteriores, en todo caso deberá ser de fecha anterior a la fecha de inicio de la actividad como trabajador autónomo, considerando que tal inicio coincide con la fecha que como tal figura en la solicitud de alta del trabajador en la Seguridad Social. Los efectos económicos del abono del derecho solicitado se producirán a partir del día siguiente al de su reconocimiento, salvo cuando la fecha de inicio de la actividad sea anterior. En este caso, se estará a la fecha de inicio de esa actividad.

Como requisitos exigidos, hemos de indicar que se deben acreditar: a.- tener al menos tres mensualidades pendientes de percibir; b.- no haber hecho uso de dicho derecho durante los cuatro años inmediatamente anteriores; c.- justificar documentalmente al Servicio público la iniciación de la actividad como trabajador autónomo; d.- destinar a dicha actividad el importe capitalizado de la prestación por desempleo pues en caso contrario estamos ante una percepción indebida con deber de reintegro.

2. Los instrumentos durante el desarrollo de la relación laboral.-

2.1 La prevención y protección de los riesgos laborales.-

Como derecho laboral básico, en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene (Art. 4.2.d del ET), y en concreto, el trabajador, en la prestación de servicios, tendrá derecho a una protección en materia de seguridad e higiene (Art. 19.1 del ET)⁶¹⁵. Pero esto no es suficiente cuando el trabajador es un discapacitado.

⁶¹⁵ Normativa de aplicación: Art. 15 de la Directiva Marco 89/391/CEE; Art. 15 y 40 CE; Art. 4.2.d, 19.1 y 36 del ET; Art. 37 bis de la Ley 13/1982, de 7 de abril, LISMI; Art. 15.1.d y 25 de la Ley 31/1995,

Para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el empresario está obligado a adoptar las medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de la discapacidad. Así se manifiesta el Art. 37 bis de la LISMI –Ley 13/1982- (introducido por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre), que añade que *“los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. Además, para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa.”*

En esta línea, se manifiesta la LPRL que en primer lugar, y como principio de *“acción preventiva”*, establece, en su Art. 15.2 que *“el empresario tomará en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el momento de encomendarles las tareas”*; para, en segundo término establecer, como mandato específico en función del colectivo, en su Art. 25 el deber de *“protección de trabajadores especialmente sensibles”*⁶¹⁶

De esta forma, además de las obligaciones que con carácter general se exigen al empresario en esta materia, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece unas obligaciones específicas cuando concurren en la empresa determinados elementos objetivos –relativos a la actividad desarrollada-, pero también, atendiendo a las circunstancias personales de los trabajadores. *“Este principio y estas obligaciones de tutela especial expresan un reforzamiento de las obligaciones del empresario a lo largo de toda la actividad preventiva, así como el grado de diligencia con que debe cumplirlas. En definitiva, este catálogo de obligaciones específicas supone para el*

LPRL; Art. 37 del RD 39/1997, de 19 de enero; Art. 189 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo; Art. 12.7, 13.4 y 40.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, LISOS.

⁶¹⁶ Los Art. 26 a 28 contienen otros mandatos sobre otros concretos colectivos también merecedores de especial protección: maternidad, menores y trabajo temporal, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal.

*empresario un deber de cuidado especial frente a los riesgos profesionales a que están sometidos estos colectivos de trabajadores, urgidos no sólo o no tanto de una mayor protección, sino también, y sobre todo, de una protección específica, para lo cual debe adaptarse la forma de realizar la actividad preventiva a sus peculiares condiciones*⁶¹⁷. Esta protección reforzada se configura así *“como una suerte de discriminación positiva y al mismo tiempo como una obligación adicional para el empresario, para determinados colectivos, en atención a razones graves y probadas de riesgo*”⁶¹⁸.

De esta manera, el Art. 25 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre⁶¹⁹, de Prevención de Riesgos Laborales, establece un deber empresarial específico de protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, por lo que el empresario debe garantizar de manera específica la protección de los trabajadores *“que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo”*. Para ello, deberán tener en cuenta dichos aspectos –discapacitantes – *“en las evaluaciones de los riesgos y, en función éstas, los empresarios deberán adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias”*. Como se puede observar, se han utilizado unos términos muy genéricos, de tal manera que quepa cualquier circunstancia personal, con independencia de su origen común o profesional, congénita o no, siempre que incida en la relación de trabajo y tal estado biológico sea conocido por el empresario.

Tal deber específico de protección, supone, incluso, la prohibición de emplear a estos trabajadores en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características –discapacidad debidamente reconocida -, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa, ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones

⁶¹⁷ Isabel María Villar Cañada, La protección de colectivos especiales de trabajadores, en Manual para la formación de prevención de riesgos laborales, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2005. Pg. 359.

⁶¹⁸ García Ninet, J. I. y Vicente Palacio, A. Comentario al Art. 25, en “Comentario a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”. Dir. Jose Luis Moneró Pérez, Ed. Comares, Granada, 2004,. Pg. 251.

⁶¹⁹ En cumplimiento de lo establecido en el Art. 15 de la Directiva Marco 89/391/CEE. En la misma línea se han manifestado posteriormente varias Directivas específicas: como en el Art. 34 de la 90/394/CEE del Consejo, de 28 de junio, relativa a la protección de los trabajadores con los riegos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo, o el Art. 6 de la Directiva 80/1107/CEE del Consejo, de 27 de noviembre, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes químicos, físicos y biológicos durante el trabajo.

transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo (Art. 25.1 segundo párrafo de la Ley 31/1995). Esta prohibición supone una concreción de la previsión de lo previsto en el Art. 15.1.d de la LPRL, que establece como principio de la acción preventiva, la obligación empresarial de *“adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud”*, además en el apartado segundo establece que el *“empresario tomará en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el momento de encomendarles tareas”*.

Ahora bien, una prohibición como la aquí prevista, puede plantear problemas en su aplicación, sobre el colectivo pretendidamente beneficiado, por exceso o por defecto: en efecto, *“por exceso, porque puede propiciar políticas de selección de personal muy rígidas, de modo que se dificulte el acceso al empleo a colectivos ya de suyo más desfavorecidos en el mercado de trabajo, por lo que su derecho a la salud podría chocar, de nuevo, con su derecho a la inserción por el empleo, cuando este objetivo inspira un buen número de normas recientes..... Por defecto, porque la falta de concreción puede neutralizar o relativizar el deber de adaptación del puesto de trabajo, para lo cual el recurso a la vía analógica, esto es, por similitud o semejanza de situaciones, al artículo 26 de la LPRL –protección de la maternidad -, puede ser una útil ayuda, con vistas a conseguir un grado de protección similar al ofrecido por esta norma preventiva para todos los colectivos de trabajadores que por razones biológicas no sólo encuentran más dificultades de inserción ocupacional, sino que también están más expuestos a los riesgos del trabajo, por lo que requieren una protección específica”*⁶²⁰.

En otro orden de cuestiones, se debe destacar, lo limitado del tratamiento de este colectivo –disminuidos en la LPRL-, en comparación con el tratamiento que realiza de la protección específica de la procreación/maternidad (Art. 26), o de los menores de edad (Art. 27). Como acertadamente se ha afirmado, *“la regulación no puede ser más genérica y abierta. Nos encontramos ante una especie de cajón de sastre en el que*

⁶²⁰ Op. Cit. Isabel María Villar Cañada, La protección de colectivos especiales, pg. 361.

tendrían cabida una gran variedad de supuestos caracterizados por la especial vulnerabilidad de los sujetos afectados”⁶²¹. Ello conlleva un riesgo cierto de inaplicación por parte de los empresarios de esta protección específica. Esto va a significar, la necesaria concreción en el desarrollo reglamentario de la previsión general que realiza la LPRL (Art. 6.1.e), o bien de la posibilidad de que los convenios colectivos recojan previsiones al respecto, aunque hasta ahora se observa que en esta, como en otras materias referentes a prevención de riesgos laborales, que los convenios pueden actuar y concretar, pocos lo han hecho. Además, “se trata de un artículo confuso y técnicamente incorrecto por cuanto, en su apartado primero, tiende a tutelar a trabajadores especiales pero frente a cualquier tipo de riesgos, mientras que en el segundo protege a todos los trabajadores ahora sí frente a riesgos particulares”⁶²²

En relación con estas previsiones, el Art. 37 del Reglamento de los Servicios de Prevención (RD 39/1997, de 19 de enero), aunque de forma escueta, al analizar las funciones de nivel superior, y en relación con las funciones de vigilancia y control de la salud de los trabajadores (apartado tercero letra g), prevé, sobre este colectivo –aunque sin diferenciarlo de la protección de procreación y de los menores -, que el personal sanitario del servicio de prevención “*estudiará y valorará, especialmente, los riesgos que puedan afectar a las trabajadoras en situación de embarazo o parte reciente, a los menores y a los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, y propondrá las medidas preventivas adecuadas*”.

Sobre esta materia, debe tenerse también presente, la vigencia de determinados preceptos de Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 (Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, en relación con la Disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio), y en concreto, en lo que ahora nos interesa, del Art. 189, sobre categorías especiales de trabajadores, dentro las disposiciones sobre seguridad e higiene en el trabajo. Pues bien, este precepto establece, sin perjuicio de lo previsto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que las personas que sufran defectos o dolencias físicas, tales como epilepsia, calambres, vértigos, sordera, vista defectuosa o cualquier otra debilidad o enfermedad de efectos

⁶²¹ Op. Cit. Isabel María Villar Cañada, La protección de colectivos especiales, pg. 361.

⁶²² González Ortega S. y Aparicio Tovar J., Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, Ed. Trotta, Madrid, 1996, pg. 169.

análogos, no serán empleadas en máquinas o trabajos en los cuales, a causa de dichos defectos o dolencias puedan, ellas o sus compañeros de trabajo, ponerse en especial peligro. Precepto que viene a reafirmar la limitación en el empleo efectivo de los trabajadores discapacitados, entendida como adecuación entre capacidad psicofísica y puesto de trabajo.

Por último, hay que señalar, que el incumplimiento por el empresario de esta previsión particular en materia de prevención de riesgos laborales y discapacitados, está considerada infracción grave o muy grave, según el caso, tal y como recoge los artículos 12.7 y 13.4 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y sanciones en el Orden Social.

De esta manera, se considera infracción grave: *“la adscripción de trabajadores apuestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales o de quienes se encuentren manifiestamente en estados o en situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, así como la dedicación de aquéllos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, salvo que se trate de infracción muy grave conforme al artículo siguiente”*⁶²³; mientras tendrá la consideración de infracción muy grave: *“la adscripción de los trabajadores a puestos de trabajo cuyas condiciones fuesen incompatibles con sus características personales conocidas o que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, así como la dedicación de aquéllos a la realización de tareas sin tomar en consideración sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud en el trabajo, cuando de ello se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores”*⁶²⁴.

De la lectura de ambos preceptos, podemos observar que en gran medida, la calificación depende, por un lado, de la comunicación y/o conocimiento que de tal situación psicofísica tenga el empresario y, por otro, de la generación o no de un riesgo grave e inminente. Sobre la primera cuestión, es necesario recordar que es obligación

⁶²³ Sancionado con multa de 1.502'54 a 30.050'61 Euros.

⁶²⁴ Sancionado con multa de 30.050'62 a 601.012'10 Euros.

del trabajador en materia de prevención de riesgos laborales (Art. 29 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre), además de velar por su propia seguridad y salud en el trabajo, “*informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores designados para realizar las actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención, acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores*”; por lo que en su caso, la ausencia de esa información o conocimiento sobre la situación de discapacidad del trabajador puede eximir de responsabilidad al empresario, salvo que tal situación sea notoria⁶²⁵.

Por otro lado, no debe olvidarse, por su directa relación con las condiciones de seguridad y salud laboral, la Ley 15/1995, de 30 de mayo (BOE de 31 de mayo), sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad⁶²⁶, que haciendo uso de la facultad reconocida en el Art. 33 de la CE, viene a delimitar el contenido del derecho de propiedad⁶²⁷. En esta línea, el Art. 6 de la LPRL, establece que serán las normas reglamentarias las que fijen y concreten los aspectos más técnicos de las medidas preventivas, a través de normas mínimas que garanticen la adecuada protección de los trabajadores. Entre estas normas mínimas, se encuentran necesariamente las destinadas a garantizar la seguridad y la salud en los lugares de trabajo, de manera que su utilización no se deriven riesgos para los trabajadores, de manera destacada para los especialmente sensibles como los discapacitados⁶²⁸.

⁶²⁵ Recuérdese, que el incumplimiento del trabajador de estas obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, tendrá la consideración de incumplimiento laboral a los efectos del Art. 58.1 del ET; es decir, el trabajador podrá ser sancionado por la dirección de la empresa en virtud de dicho incumplimiento laboral, de acuerdo con la graduación de las faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales –incluso con la posibilidad del despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual- o en el convenio colectivo que sea de aplicación. Ahora bien, es discutible la aplicación de estos mecanismos sancionatorios sobre los discapacitados pues tienen derecho a guardar silencio sobre tal situación (Art. 14, 16 y 18 de la CE); es decir, en relación con su derecho a la intimidad, y más teniendo en cuenta que su estado biológico puede poner en peligro su acceso al empleo o la pérdida del puesto de trabajo. En fin, que tal situación se puede quedar en ámbito del cumplimiento o incumplimiento del deber general de buena fe contractual.

⁶²⁶ Téngase presente que la LISMI se ocupa también de la movilidad y de las barreras arquitectónicas.

⁶²⁷ En atención a su función social, tiene la voluntad de facilitar la movilidad de las personas minusválidas –también en el trabajo –, mediante la progresiva eliminación de las barreras arquitectónicas.

⁶²⁸ La previsión tiene como objeto cumplir el Convenio número 148 de la OIT, relativo al medio ambiente de trabajo, de 20 de junio de 1977 (ratificado por nuestro país el 24 de noviembre de 1980), y en el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 89/654/CEE, de 30 de noviembre, establece las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo.

Mediante el Real Decreto 486/1997, de 14 de abril (BOE de 23 de abril), se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo⁶²⁹, procediéndose a la transposición de la citada Directiva. En el apartado 13 del Anexo I, se hace referencia expresa a los minusválidos, estableciéndose el mandato de que en *“los lugares de trabajo y, en particular, las puertas, vías de circulación, escaleras, servicios higiénicos y puestos de trabajo, utilizados u ocupados por trabajadores minusválidos, deberán estar acondicionados para que dichos trabajadores puedan utilizarlos”*⁶³⁰.

2.2 La no discriminación por discapacidad.-

Dentro del marco general del principio de libertad de empresa (Art. 38 CE), se reconoce en el ordenamiento laboral, el principio de libertad de contratación (de contratar o no y de decidir con quién hacerlo), pero este principio no es absoluto, pues entre otros, se encuentra el deber de respetar los derechos fundamentales de los trabajadores y, de forma destacada, el derecho a no ser discriminado.

El Art. 4.2 del Estatuto de los Trabajadores establece, dentro de los llamados derechos laborales, que en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por diversas razones, y entre ellas, por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate (apartado c). Junto al indicado derecho, los trabajadores tienen derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección, entre otras, frente al acoso por razón de discapacidad (apartado d).

Esta prohibición de discriminación responde a uno de los valores superiores que según la Constitución han de inspirar todo nuestro ordenamiento jurídico (Arts. 1.1; 14

⁶²⁹ Téngase presente que se modifica el Anexo I por RD 2177/2004, de 12 de noviembre.

⁶³⁰ El apartado establece igualmente las disposiciones que serán de aplicación con particularidades a los lugares de trabajo ya utilizados antes de la entrada en vigor de este Real Decreto, salvo que estos se modifiquen, amplíen o transformen con posterioridad, en cuyo caso se aplicará el mandato general.

y 35.1 de la CE). Este valor superior, como adelantábamos, es de aplicación tanto en el momento de la contratación como a lo largo de toda la vida del contrato.

De tal manera que la conducta del empresario que no respete su dignidad –como discapacitado-, da derecho a que éste pueda optar por la extinción del contrato (Art. 50.1 del ET), percibiendo una indemnización igual a la que correspondería en caso de despido improcedente, o solicitar del juzgado de lo social, que anule la decisión lesiva de su derecho fundamental y ordene al empresario que cese tal actitud, o tales medidas o actos. Todo ello sin perjuicio de la indemnización del daño causado al trabajador, de la posibilidad de ejercitar acciones penales, y de pedir la responsabilidad administrativa laboral por infracción muy grave que luego se comentará.

La redacción de estos preceptos es dada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE de 31 de diciembre), que estableció una serie de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación por diversas razones - entre ellas por discapacidad-, norma, que lleva a cabo la transposición, entre otras, de la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁶³¹.

Uno de los aspectos más destacados de esta Ley, es que establece una serie de definiciones que hay que considerar vigentes y de aplicación durante la formalización, desarrollo y la finalización de la relación laboral de un trabajador discapacitado. Entre otras, a los efectos del presente trabajo, debemos tener en cuenta cuantas siguen: a) *Principio de igualdad de trato*, entendida como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, o orientación sexual de una persona; b) *Discriminación directa*., que se produce cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga, por razón racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual; c) *Discriminación indirecta*, que se produce cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una

⁶³¹ En materia no estrictamente laboral, pero evidentemente relacionada, debe manejarse la Ley 51/2003, sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal.

desventaja particular a una persona respecto de otras por razón racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios; d) *Acoso*, entendido, como toda conducta no deseada, relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo.

Además de estas definiciones, la Ley adopta una serie de medidas que tienen por objeto *“que el principio de igualdad de trato y no discriminación sea real y efectivo en el acceso al empleo, la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales, las condiciones de trabajo, la promoción profesional y la formación profesional ocupacional y continua, así como en el acceso a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional y la incorporación y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta”* (Art. 34 de la Ley 62/2003).

Entre dichas medidas destacan cuantas siguen:

a.- Las Agencias de Colocación deberán garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna, entre las que figura la discapacidad, siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate (Art. 16.2.c del ET en su redacción dada por la Ley 62/2003).

b.- Se entenderán nulos y sin efecto, los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario, que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón discapacidad. Serán igualmente nulas, las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación (Art. 17.1 del ET en su redacción dada por la Ley 62/2003).

c.- Entre las causas del despido disciplinario (recuérdese que por decisión del empresario, se puede extinguir el contrato de trabajo en base a un incumplimiento grave y culpable del trabajador), se establece una nueva: *"El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual al empresario o a las personas que trabajan en la empresa."* (Art. 54.2.g ET -añadida por la Ley 62/2003-).

d.- En relación con las obligaciones de los empresarios que desplacen a España a sus trabajadores, en el marco de una prestación de servicios transnacional, y en concreto sobre las condiciones de trabajo de dichos trabajadores desplazados, se establece, que los empresarios deberán garantizar a estos, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo, las condiciones de trabajo previstas por la legislación española relativas, entre otras, a la igualdad de trato y a la no discriminación directa o indirecta por varias razones, incluida la discapacidad, siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate (Art. 3.1.c de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, en su redacción dada por la Ley 62/2003).

e.- En relación con el proceso ordinario –de lo social-, y en concreto sobre la prueba, *"en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad"* (Art. 96 de la LPL -Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril-, en su redacción dada por la Ley 62/2003).

f.- Se considera como infracción muy grave en materia de relaciones laborales, entre otras:

- Las decisiones unilaterales del empresario que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada

a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación (Art. 8.12 de la LISOS -Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto-, en su redacción dada por la Ley 62/2003).

- El acoso por razón de discapacidad, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo (Art. 8.13 bis de la LISOS -Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto-, añadido por la Ley 62/2003).

g.- Se considera como infracción muy grave en materia de empleo, entre otras, establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de discapacidad (Art. 16.2 de la LISOS -Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto-, en su redacción dada por la Ley 62/2003).

Ahora bien, estas manifestaciones de la prohibición de discriminación no impide que haya diferencias de trato si estas están basadas en una característica relacionada con cualquiera de las causas a que se refiere el legislador –incluida la discapacidad-, siempre que *“debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”* (Art. 34 segundo párrafo de la Ley 62/2003).

Es decir, discriminación no debe confundirse con medidas especiales de protección o asistencia, por ejemplo para menores o mujeres o discapacitados, ni con las medidas de acción positiva. En esta misma línea permite las denominadas medidas de acción positiva, es decir *“que se mantengan o se adopten medidas específicas a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten relativas a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección”* (Art. 35 de la Ley 62/2003)⁶³².

⁶³² En esta línea se introduce un nuevo artículo 37 bis en la Ley 13/1982, de 7 de abril, con la siguiente redacción:

El legislador, además de la prohibición de discriminación, no olvida la promoción de la igualdad como elemento que debe acompañar toda medida o decisión durante el desarrollo de la relación laboral, así recomienda que los convenios colectivos adopten medidas “*dirigidas a combatir todo tipo de discriminación en el trabajo, a favorecer la igualdad de oportunidades y a prevenir el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*” (Art. 42 de la Ley 62/2003); e incluso realiza un llamamiento a los poderes públicos para el fomento de planes de igualdad: “*Los poderes públicos fomentarán la adopción por las empresas y por las organizaciones sindicales y empresariales de planes de igualdad a favor de las personas con discapacidad, mediante los incentivos y medidas de apoyo establecidos para ello*” (Art. 43 de la Ley 62/2003).

3.- Los instrumentos del sistema de seguridad social.-

3.1 La incapacidad permanente.-

En cumplimiento del mandato constitucional contenido en el Art. 49 CE, y dentro de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social, se encuentra la invalidez –hoy incapacidad⁶³³- en sus modalidades contributiva y no contributiva (Art. 38.1.c). El marco legislativo básico se encuentra en la LGSS en los Art. 136 a 149, pero hay que adelantar que su desarrollo normativo no se agota aquí, sino que al contrario, para su

"1. Para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de discapacidad.

2. Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa."

⁶³³ Tal y como establece el Art. 8.5 de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, “las referencias que se contienen en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y en las normas de desarrollo, a la «invalidez permanente», se entenderán efectuadas a la «incapacidad permanente»”.

estudio, además de normas que no pertenecen al orden social⁶³⁴, es necesario el manejo de una ingente regulación legal y reglamentaria de Seguridad Social –muchas de ellas históricas y parcialmente derogadas de hecho por una regulación más moderna⁶³⁵;

⁶³⁴ Téngase presente, entre otras, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre (BOE de 19 de noviembre), de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad; y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre (BOE de 3 de diciembre), de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

⁶³⁵ Entre la muy numerosa normativa de aplicación a esta prestación en su modalidad contributiva téngase presente:

-Orden de 15 de abril de 1969, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el régimen general de la seguridad social (se derogan los apartados 3 y 4 del Art. 6 por Orden de 23 de noviembre de 1982; se deroga el Art. 37 por RD 1300/1995, de 21 de julio; se actualiza el baremo anexo –lesiones permanentes no invalidantes- por Orden TAS/1040/2005, de 18 de abril).

Real Decreto 2609/1982, de 24 de septiembre, sobre evaluación y declaración de las situaciones de invalidez en la seguridad social (se derogan los Art. 2, 3.1, 5.2, 5 y 9.2 por RD 1300/1995, de 21 de julio).

-Orden de 29 de abril de 1983, por la que se regula la estructura de las unidades de valoración médica de incapacidades.

-Real Decreto 1071/1984, de 23 de mayo, por el que se modifican diversos aspectos en la normativa vigente en materia de invalidez permanente en la seguridad social (se derogan los Art. 4, 5 y 6, por RD 1300/1995, de 21 de julio).

-Resolución de 2 de noviembre de 1992, de la dirección general de ordenación jurídica y entidades colaboradoras de la seguridad social, acerca de la obligación de comunicar el alta y de cotizar a la seguridad social respecto de aquellos pensionistas por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez que realicen trabajos que den lugar a la inclusión en alguno de los regímenes que integran el sistema.

-Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, para la aplicación de la Ley 26/1985, de 41 de julio, en la materia de racionalización de las pensiones de jubilación e invalidez permanente (se derogan los Art. 1 y 2 por RD 1647/1997, de 31 de octubre; se modifica el Art. 4.4, por RD 4/1998, de 9 de enero).

-Resolución de 22 de mayo de 1986, de la secretaria general para la seguridad social, sobre reconocimiento de incremento del 20 por 100 de la base reguladora a los pensionistas de incapacidad permanente total cuando cumplen la edad de cincuenta y cinco años.

-Resolución de 11 de abril de 1990, de la secretaria general para la seguridad social, por la que se fijan criterios para la aplicación del complemento del 20 por 100 a reconocer a los pensionistas de invalidez permanente total para la profesión habitual, mayores de cincuenta y cinco años.

-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 (se deroga la disposición adicional sexta, por RD 1251/2001, de 16 de noviembre; se añade una disposición adicional segunda bis, por RD 288/2003, de 7 de marzo).

-Orden de 18 de enero de 1996 para la aplicación y desarrollo del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la seguridad social.

-Orden de 22 de noviembre de 1996, por la que se establece el procedimiento para la emisión de los dictámenes médicos a efectos del reconocimiento de determinadas prestaciones de clases pa

-Resolución de 16 de junio de 1997, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre el abono de los gastos causados por las comparecencias exigidas por el equipo de valoración de incapacidades (se da nueva redacción al apartado tercero, punto 2, por Resolución de 23 de julio de 2001)

-Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la seguridad social (artículos 1 y 7).

-Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial (artículo 7).

-Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible (artículos 10 a 13).

-Real Decreto 463/2003, de 25 de abril, sobre reconocimiento del incremento de la pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual para los trabajadores por cuenta propia.

además, es necesario destacar que esta regulación ha sido sometida recientemente a importantes reformas, entre las que destaca la realizada por la Ley 24/1997, aunque su alcance está muy limitado, pues encuentra condicionada su entrada en vigor al correspondiente desarrollo reglamentario que aún no se ha producido –como inmediatamente se verá al analizar los grados de incapacidad-.

Por todo ello podemos decir que nos encontramos, posiblemente, ante la prestación con la regulación más dispersa y fragmentada, además de sometida a numerosas y recientes reformas, que incluso, alguna de ellas, tiene un carácter inacabado, lo que genera para el operador jurídico numerosos problemas en relación con la determinación de la norma aplicable entre las concurrentes y la interpretación de su alcance⁶³⁶.

Otro de los aspectos a destacar, es la existencia de los dos niveles de protección, el contributivo y el no contributivo (este de aplicación desde el año 1990), que presentan una razón y un régimen jurídico sustancialmente diferente: en el nivel contributivo, la prestación económica es una renta de sustitución ante la disminución o pérdida de la capacidad de trabajo y su correspondiente efecto sobre las rentas salariales. Por el contrario, en el nivel no contributivo, nos encontramos con una prestación compensatoria por el hecho biológico de la “*invalidéz*” y su concurrencia con la acreditación de la situación de necesidad real (o grado de minusvalía y carencia de rentas suficientes). De ahí la necesidad de realizar su estudio de forma diferenciada.

3.1.1 Las prestaciones contributivas por incapacidad permanente.-

a) Noción:

De forma extensa y detallada, el Art. 136 de la LGSS define la incapacidad permanente en su modalidad contributiva como “*la situación del trabajador que,*

En la regulación de la prestación en su modalidad contributiva: Véase el Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla en materia de pensiones no contributivas la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la seguridad social prestaciones no contributivas (se modifica el Art. 24, por RD 1734/1994, de 29 de julio; se modifica el Art. 23.1.d) y 2, por RD 118/1998, de 30 de enero; se anula el redondeo de la cuantía prevista en el Art. 14.5, por RD 1464/2001, de 27 de diciembre).

⁶³⁶ En numerosas ocasiones nos encontramos con la necesidad de manejar simultáneamente varias normas, de diverso rango legal y con una gran distancia en el tiempo de su publicación.

después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”.

De este precepto se deducen los siguientes elementos básicos:

a.- *Haber estado sometido a un tratamiento y haber sido dada de alta médica:* el legislador, se refiere a la necesidad de que previamente a la declaración de incapacidad, se deben haber realizado todos los esfuerzos médicos necesarios para recuperar al sujeto y finalmente se procede a acreditar la imposibilidad de esta recuperación con el alta médica. Ahora bien, pese a esta exigencia, no será necesaria el alta médica para la valoración de la incapacidad permanente en los casos en que concurren secuelas definitivas.

b.- *Presentar reducción anatómicas o funcionales graves:* con ello se reconoce que la incapacidad que deriva de una enfermedad o accidente puede producir, bien una reducción anatómica –física-, o una disminución funcional –derivada de una lesión física o psíquica-. Incluso se prevé que las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas minusválidas y con posterioridad a la afiliación, tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación.

c.- *Estas deben ser susceptibles de determinación objetiva:* para ello se establece un complejo procedimiento de declaración de incapacidad. Es decir, sobre la base de un riguroso juicio médico –o dictamen-, se establece un procedimiento administrativo que finaliza en una decisión técnico-jurídica. En todo caso, se reconoce la dificultad de establecer la situación real del sujeto y su incidencia sobre la capacidad laboral, por lo que la reforma operada por la Ley 24/1997, estableció un criterio que inicialmente parecía resolver toda esta problemática: el establecimiento de una “*lista de*

enfermedades” y el porcentaje correspondiente de reducción de la capacidad de trabajo⁶³⁷.

d.- Además, las reducciones anatómicas o funcionales *deben ser previsiblemente definitivas*: este elemento diferencia esta prestación de la incapacidad temporal, aunque el legislador prevé que el sujeto se pueda recuperar y para ello establece por un lado el mecanismo de la revisión de grado de incapacidad, y por otro, no impidiendo la declaración de incapacidad cuando dicha posibilidad se estime médicamente como incierta o a largo plazo.

e.- Por último, las reducciones anatómicas o funcionales *deben tener como efecto la disminución o anulación de la capacidad laboral del sujeto*: es quizás éste, el elemento más relevante de esta contingencia, es decir, el efecto de la reducción anatómica o funcional sobre la capacidad laboral y su consiguiente repercusión sobre la capacidad de ganancia⁶³⁸. No se debe olvidar la pervivencia de ciertos elementos personales: como la edad o la formación (en la conocida como incapacidad permanente total cualificada), o la necesidad de la ayuda de una tercera persona (en la gran invalidez).

El precepto comentado, establece un régimen de relación entre la Incapacidad Temporal y la Incapacidad Permanente, en los siguientes términos:

a.- También tendrá la consideración de incapacidad permanente, en el grado que se califique, la situación de incapacidad que subsista después de extinguida la incapacidad temporal por el transcurso del plazo máximo de duración señalado para la misma en el apartado a) del número 1 del artículo 128 de la LGSS (doce meses, prorrogables por otros seis cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación).

⁶³⁷ Lo cierto que esa lista –de aprobación reglamentaria- aún no se ha publicado (posiblemente por la dificultad en su elaboración e incluso por su extensión), por lo que se han seguido produciendo reformas legales –en la gestión de la incapacidad permanente, y recientemente en la incapacidad temporal- que no han venido a reducir la judicialización de la determinación del grado de incapacidad.

⁶³⁸ La reforma operada por la Ley 24/1997 se remite a la fijación –reglamentaria- de un “porcentaje” de reducción de la capacidad de trabajo; hasta que no se publica dicho reglamento se sigue manteniendo los márgenes ya conocidos, y en concreto, entre el mínimo de reducción de un 33 por ciento en el rendimiento normal (en el grado de parcial), y un máximo de incapacidad absoluta para todo trabajo.

b.- Este apartado tiene una excepción que hoy es de imposible aplicación tras la reforma legal operada en la Incapacidad Temporal⁶³⁹; en efecto, la norma prevé que agotada la Incapacidad Temporal se declarará la Incapacidad Permanente “*salvo en el supuesto previsto en el segundo párrafo del número 2 del artículo 131 bis de la LGSS*”. Este apartado, antes de la reforma, se refería a la prórroga de efectos de la Incapacidad Temporal hasta un máximo de treinta meses, desde el inicio de la misma, en espera de la calificación de incapacidad permanente, pero la actual redacción del precepto establece que “*en aquellos casos en que continúe la necesidad de tratamiento médico, por no ser definitivas las reducciones anatómicas o funcionales que presente el trabajador, se valorará y calificará la situación de incapacidad permanente en el grado que corresponda, declarando la situación revisable en el plazo de seis meses*”, pues como señala el párrafo anterior “*cuando la situación de incapacidad temporal se extinga por el transcurso del plazo máximo fijado en el párrafo primero del apartado a del número 1 del artículo 128, plazo de doce meses o, en su caso, hasta de dieciocho meses, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado que corresponda, como inválido permanente*”.

c.- Continúa el legislador estableciendo la necesaria relación entre Incapacidad Temporal previa a la Incapacidad Permanente (con varias excepciones) en los siguientes términos: “*La incapacidad permanente habrá de derivarse de la situación de incapacidad temporal, salvo que afecte a quienes carezcan de protección en cuanto a dicha incapacidad temporal, bien por encontrarse en una situación asimilada a la de alta, de conformidad con lo previsto en el artículo 125, que no la comprenda, bien en los supuestos de asimilación a trabajadores por cuenta ajena, en los que se dé la misma circunstancia, de acuerdo con lo previsto en el número 2 del artículo 114 de esta Ley, bien en los casos de acceso a la incapacidad permanente desde la situación de no alta, a tenor de lo previsto en el número 3 del artículo 138*”.

⁶³⁹ Y en concreto en el Art. 13.1 bis (se añade un nuevo párrafo segundo, pasando el anterior a ser el tercero, y se da nueva redacción al apartado segundo por la Disposición Adicional cuadragésima octava de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre)

b) Grados de incapacidad:

El legislador reconoce la diversidad de situaciones de reducción de la capacidad de trabajo que derivan de los estados patológicos graves que dan lugar a la declaración de incapacidad permanente, estableciendo cuatro grados –grados que no deben confundirse con porcentaje de minusvalía-⁶⁴⁰:

La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades, que se apruebe reglamentariamente, en los siguientes grados: a.-Incapacidad permanente parcial; b.-Incapacidad permanente total; c.-Incapacidad permanente absoluta; d.- Gran invalidez.

Esta redacción sigue dejando “fuera” la conocida por todos como incapacidad permanente total cualificada, que si bien es cierto que no es un grado autónomo, sigue y seguirá estando vigente. Su regulación se sigue encontrando dentro de la determinación de la cuantía de la prestación (Art. 139.2 segundo párrafo de la LGSS): “*Los declarados afectos de incapacidad permanente total para la profesión habitual percibirán la pensión prevista en el párrafo anterior incrementada en el porcentaje que reglamentariamente se determine, cuando por su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior*”⁶⁴¹.

⁶⁴⁰ Art. 137.1 en su redacción dada por la Ley 24/1997.

⁶⁴¹ En relación con el incremento de la pensión de incapacidad permanente total (que ha sido denominada por la doctrina y jurisprudencia como “cualificada”), el Art. 6 del Decreto 1646/1972, de 23 junio (BOE 28 junio 1972), establece:

“2. El requisito de edad exigido en el precepto legal citado será, como mínimo, de cincuenta y cinco años.
3. El incremento a que el presente artículo se refiere consistirá en un 20 por 100 de la base reguladora que se tome para determinar la cuantía de la pensión.

4. El incremento quedará en suspenso durante el período en que el trabajador obtenga un empleo”.

En relación con este incremento del 20 por ciento, la Resolución de 22 de mayo de 1986 (BOE de 27 de mayo), de la secretaria general para la seguridad social, siguiendo criterios jurisprudenciales, establece que “Los pensionistas de incapacidad permanente total, cualquiera que fuese su edad en la fecha del hecho causante de la pensión de invalidez, tendrán derecho al incremento del 20 por 100 de la base reguladora de su pensión, una vez cumplidos los cincuenta y cinco años de edad, siempre que concurren los restantes requisitos exigidos para ello, incluso en los supuestos en los que aquel incremento hubiera sido denegado, con anterioridad a la vigencia de esta resolución, por no tener cumplidos los cincuenta y cinco años de edad en la fecha del hecho causante de la incapacidad permanente”. Por otro lado, la Resolución de 11 de abril de 1990 (BOE de 27 de abril), siguiendo una recomendación del Defensor del pueblo, estableció que “en los supuestos en que el derecho al incremento del 20 por 100 para los pensionistas de invalidez permanente total nazca cuando haya transcurrido más de un año desde la fecha del reconocimiento del derecho a la pensión inicial, a esta, incrementada con el citado 20 por 100, se le

Con la reforma operada por la Ley 24/1997, la clasificación de la incapacidad permanente, en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca. Para ello, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente⁶⁴².

Por ello, debe tenerse presente que tal y como establece la Disposición Transitoria quinta bis de la LGSS –también introducida por la Ley 24/1997-, lo dispuesto en este artículo 137, sólo será de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias a las que se refiere el apartado tercero de este artículo, lo que supone que hasta esa fecha sigue vigente la redacción “antigua” de este artículo⁶⁴³.

aplicaran las revalorizaciones que para las pensiones de la misma naturaleza hubieran tenido lugar desde la expresada fecha”.

En relación con el reconocimiento del incremento de la pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual a los trabajadores por cuenta propia de los Regímenes Especiales prevista en la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, véase el Real Decreto 463/2003, de 25 de abril (BOE de 26 de abril).

⁶⁴² Pero para la aplicación de esta reforma es necesaria la lista de enfermedades, la valoración de las mismas, a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo, y la determinación de los distintos grados de incapacidad, así como el régimen de incompatibilidades de los mismos; ello precisa de un desarrollo reglamentario por el Gobierno (previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social), que aún no se ha producido.

⁶⁴³ que es la siguiente: “Artículo 137. Grados de invalidez.

1. La invalidez permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará con arreglo a los siguientes grados:

- a) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual.
- b) Incapacidad permanente total para la profesión habitual.
- c) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.
- d) Gran invalidez.

2. 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 período de tiempo, anterior a la iniciación de la incapacidad, que reglamentariamente se determine.

3. Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

4. Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.

5. Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

6. Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”.

A ello debe añadirse que tal y como establece el Art. 8.5 de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, “*de igual modo, y sin perjuicio de su aplicación en los términos previstos en la disposición transitoria quinta bis, en la redacción dada por el apartado dos del presente artículo, las referencias contenidas en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, y en las normas de desarrollo, a la expresión «profesión habitual» aplicada a la incapacidad permanente, se entenderán realizadas a la expresión «profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrada.»*”.

Del estudio de los grados –en su regulación aún vigente- resulta que:

a.- la incapacidad permanente parcial se identifica con una disminución mínima de la capacidad de trabajo, siempre que puedan desempeñarse las tareas fundamentales del mismo.

b.- la incapacidad permanente total se identifica con aquella que impide todas, o al menos, las fundamentales tareas de su profesión habitual. Ahora bien, el Art. 24.3 de la Orden de 15 de abril de 1969, establece que “*la pensión vitalicia por incapacidad permanente total para la profesión habitual prevista en el número 2 del artículo 15, será compatible con la percepción de un salario, en la misma Empresa o en otra distinta. Cuando la invalidez del trabajador afecte a la capacidad exigida, con carácter general, para desempeñar el nuevo puesto de trabajo, aquél podrá convenir con el empresario que el salario asignado a ese puesto de trabajo se reduzca en la proporción que corresponda a su menor capacidad, sin que tal reducción pueda exceder, en ningún caso, del 50 por 100 del importe de la pensión; el contrato, en que así se convenga, deberá formalizarse por escrito y se presentará por triplicado ante la Delegación Provincial de Trabajo para su conocimiento y aprobación, con devolución a los interesados de dos ejemplares del contrato*”.

c.- la incapacidad permanente absoluta se identifica con la situación de total ineptitud para todo trabajo. Si bien, hemos de tener en cuenta que la rigidez inicial de este precepto, ha sido atemperada por la jurisprudencia –interpretación humanizadora-, y por el propio legislador, que dentro del régimen de incompatibilidades (Art. 141.2 de

la LGSS), reconoce 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*”.

La gran invalidez no se puede considerar estrictamente un nuevo grado, sino que partiendo de los grados de total o absoluta, implica la necesidad de estar asistido, para los actos esenciales de la vida (basta con la imposibilidad de realizar uno de ellos como precisa la jurisprudencia), por una tercera persona (no se introduce un elemento técnico profesional sino un elemento personal). Es decir, su objetivo es actuar sobre la dependencia del incapacitado de un tercero y la necesidad de compensar los mayores que gastos que supone esta nueva situación de dependencia personal.

c) Requisitos:

Para ser beneficiario de las prestaciones por incapacidad permanente, en esta modalidad contributiva, el legislador exige que se acredite en la fecha del hecho causante (Art. 138 de la LGSS)⁶⁴⁴:

a.- *El requisito general de alta o situación asimilada al alta*⁶⁴⁵ (Art. 124.1 de la LGSS). Es de aplicación el principio de alta presunta o de pleno derecho (Art. 125.3 de

⁶⁴⁴ Tal y como establece la Disposición Adicional octava de la LGSS, este artículo es de aplicación a todos los Regímenes Especiales que integran el sistema de la Seguridad Social, excepto lo previsto en el último párrafo del apartado segundo y el apartado quinto.

⁶⁴⁵ Sobre el requisito de alta, debe tenerse presente que el judicialmente de ha realizado una importante interpretación flexible y humanizadora, o no formalista. El Art. 36 del Real Decreto 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 en la seguridad social, realiza la siguiente numeración de situaciones asimiladas al alta (se modifica el Art. 36.1.16, por RD 313/2005, de 18 de marzo):

1.º La situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo.

2.º La excedencia forzosa.

3.º La situación de excedencia para el cuidado de hijos con reserva de puesto de trabajo, de acuerdo con la legislación aplicable.

4.º La suspensión del contrato de trabajo por servicio militar o prestación social sustitutoria (téngase presente que se ha suspendido el servicio militar y la prestación social sustitutoria desde el 31 de diciembre de 2001, por el Real Decreto 247/2001, de 9 de marzo – BOE de 10 de marzo-, y pro Real Decreto 342/2001, de 4 de abril - BOE de 17 de abril-).

5.º El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional (Véase la Orden de 27 de enero de 1982 -BOE de 16 de febrero-, por la que se regula la situación asimilada a la de alta en el régimen

general de la seguridad social de los trabajadores trasladados al extranjero al servicio de empresas españolas.

6.º La suscripción de convenio especial en sus diferentes tipos (véase la Orden TAS 12865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el Convenio Especial en el Sistema de la Seguridad Social; véase la Disposición Adicional trigésimo primera de este texto refundido, sobre el régimen jurídico del convenio especial a suscribir en determinados expedientes de regulación de empleo).

7.º Los períodos de inactividad entre trabajos de temporada.

8.º Los períodos de prisión sufridos como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, en los términos regulados en la Ley 18/1984, de 8 de junio.

9.º La situación de aquellos trabajadores que no se encuentren en alta ni en ninguna otra de las situaciones asimiladas a la misma, después de haber prestado servicios en puestos de trabajo que ofrecieran riesgo de enfermedad profesional y a los solos efectos de que pueda declararse una invalidez permanente debida a dicha contingencia.

10. Para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos, los días que resulten cotizados por aplicación de las normas que regulan su cotización, los cuales tendrán la consideración de días cotizados y en situación de alta aunque no se correspondan con los de prestación de servicios.

11. A los solos efectos de conservación del derecho a la asistencia sanitaria, la situación de baja de los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda, habiendo permanecido o no en situación de alta en dicho Régimen durante un período mínimo de noventa días dentro de los trescientos sesenta y cinco días naturales inmediatamente anteriores al de la baja, conforme a los términos que para cada caso establece el artículo 6 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, en la redacción dada al mismo por el Decreto 3313/1970, de 12 de noviembre.

12. Igualmente, a los solos efectos de asistencia sanitaria, la situación de los trabajadores despedidos, incluidos en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social, que tengan pendiente de resolución ante la jurisdicción laboral demanda por despido improcedente o nulo.

13. A los efectos de la protección por desempleo, las situaciones determinadas en el artículo 2 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, o en las normas específicas que regulen dicha cobertura.

14. En el Régimen Especial Agrario, la situación de desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, en los términos regulados en el artículo 71 del Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre.

15. En el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, el período de los noventa días naturales siguientes al último día del mes en que se produzca la baja en dicho Régimen.

16. Los períodos de percepción de las ayudas reguladas en el Real Decreto 1695/1995, de 20 de octubre, por el que se establece un régimen de ayudas destinado a fomentar el cese anticipado de la actividad agraria.

17. Todas aquellas otras que determine el Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

El Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, establece en su Disposición Adicional tercera:

“1. Tendrán la consideración de situación asimilada a la de alta, a efecto de las prestaciones de la Seguridad Social, salvo en lo que respecta a las de incapacidad temporal y maternidad, las siguientes situaciones previstas en el apartado 3 del artículo 46 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto-legislativo 1/1995, de 24 de marzo:

a) El período de excedencia por cuidado de hijo, tanto lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento familiar, tanto permanente como preadoptivo, sin perjuicio de la consideración, como período cotizado a efectos de las prestaciones de Seguridad Social, salvo las de incapacidad temporal y maternidad, del primer año de dicha excedencia.

b) El período de excedencia para atender al cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe una actividad retribuida.

2. Por lo que se refiere a las prestaciones por desempleo, serán de aplicación, respecto de las situaciones indicadas, lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad.”

El Art. 7.2 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril (BOE de 17 de abril), de regulación complementaria de los procesos electorales, establece que los Presidentes, Vocales y suplentes de las Mesas electorales que resulten designados de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, durante el ejercicio de su función, como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General de la Seguridad Social para la contingencia de accidentes de trabajo.

la LGSS). Ahora bien, las pensiones de incapacidad permanente, en los grados de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, o gran invalidez, derivadas de contingencias comunes, podrán causarse aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta⁶⁴⁶.

b.- Edad: No se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, derivada de contingencias comunes, cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad prevista en el apartado 1.a) del artículo 161 de la LGSS (65 años) y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social⁶⁴⁷. Debe tenerse presente, que tal y como establece el Art. 143.4 de la LGSS, las pensiones de incapacidad permanente, cuando su beneficiario cumpla los 65 años, pasarán a denominarse pensiones de jubilación –pero sin por ello cambiar su régimen jurídico-.

c.- Periodo de carencia: Además se exige que se hubiera cubierto un período mínimo de cotización, salvo que la incapacidad permanente sea debida a accidente, sea o no laboral, o a enfermedad profesional, en cuyo caso no será exigido ningún período previo de cotización (reacuérdesse que también se exige carencia cuando la incapacidad en los grados de absoluta o gran invalidez deriva de accidente no laboral pero causada desde una situación de no alta -15 años-):

Véase la Orden TAS/4033/2004, de 25 de noviembre (BOE de 7 de diciembre), por la que se establece la situación asimilada a la de alta en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de pensiones, de los trabajadores afectados por el síndrome del aceite tóxico.

⁶⁴⁶ En tales supuestos, el período mínimo de cotización exigible será, en todo caso, de quince años, distribuidos en la forma prevista en el último inciso del apartado 2.b) del Art. 138.

⁶⁴⁷ A esto hay que añadir que el Art. 10 del Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, establece:

“1. No se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga sesenta y cinco o más años y reúna todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social, excepto que el origen de la incapacidad permanente se deba a contingencias profesionales.

A tales efectos, para la determinación de la edad de sesenta y cinco años, no se tendrán en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de edad que, en su caso, correspondan.

2. Tendrán derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, por contingencias comunes y en la cuantía prevista en el artículo siguiente, las personas que, reuniendo las condiciones exigidas, sean declaradas en tal situación cuando en la fecha del hecho causante tengan cumplidos sesenta y cinco años y no reúnan todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social”.

- En el caso de prestación por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, el período mínimo de cotización exigible será de mil ochocientos días⁶⁴⁸, que han de estar comprendidos en los diez años inmediatamente anteriores a la fecha en la que se haya extinguido la incapacidad laboral transitoria de la que se derive la incapacidad permanente⁶⁴⁹.

- En el resto de los grados, el período mínimo de cotización exigible será:
 - ✓ Si el sujeto causante tiene menos de veintiséis años de edad, la mitad del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los dieciséis años y la del hecho causante de la pensión.

 - ✓ Si el causante tiene cumplidos veintiséis años de edad, un cuarto del tiempo transcurrido entre la fecha en que se haya cumplido los veinte años y el día en que se hubiese producido el hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de cinco años. En este supuesto, al menos la quinta parte del período de cotización exigible deberá estar comprendida dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante.

⁶⁴⁸ Sobre este periodo se establece en el apartado quinto del este Art. 138 que “el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, podrá modificar el período de cotización que, para las prestaciones por incapacidad permanente parcial para la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrada se exige en el apartado 2 de este artículo.”

⁶⁴⁹ Téngase en cuenta la vigencia para este grado de incapacidad –exclusivamente-, del Decreto 394/1974, de 31 de enero (BOE de 19 de febrero), por el que se dictan normas en materia de Invalidez Permanente del Régimen General de la Seguridad Social, que en su Art. 3 dispone: “los trabajadores declarados en situación de invalidez permanente debida a enfermedad común que tuvieran menos de veintiún años de edad en la fecha en la que se haya producido su baja en el trabajo, a consecuencia de la enfermedad determinante de la invalidez, bastará para que puedan tener derecho a las prestaciones por invalidez permanente del Régimen General de la Seguridad Social con que tengan cubierto el periodo mínimo de cotización, inferior a 1.800 días, constituido por los dos sumandos siguientes:

a.- El equivalente a la mitad de los días transcurridos entre la fecha en al que se hubieran cumplido los 14 años de edad y aquella en al que se haya iniciado la situación de incapacidad laboral transitoria.

b.- El correspondiente a la situación de incapacidad laboral transitoria, computado con aplicación en su caso, de lo dispuesto en el artículo anterior.”

(La referencia a los 14 años contenida en el apartado a) hay que entenderla hecha a los 16 años tras la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores; además la referencia hecha en este párrafo a la incapacidad laboral transitoria hay que entenderla hecha a la Incapacidad Temporal.)

- Para el cálculo –complejo en exceso- de este periodo de carencia, aún se deben aplicar las reglas contenidas en el RD 1799/1985⁶⁵⁰ (dictado en desarrollo de la Ley 26/1985 hoy derogada por refundida en esta LGSS).
- Además, para la determinación del periodo de carencia de los trabajadores con contrato a tiempo parcial, contrato de relevo a tiempo parcial y contrato de trabajo fijo-discontinuo, debe tenerse presente las reglas contenidas en al Disposición Adicional séptima, uno, segunda, de la LGSS⁶⁵¹.
- En los supuestos en que se acceda a la pensión de incapacidad permanente desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de los 10 años, dentro de los cuales deba estar comprendido, al menos, una quinta parte del período de cotización exigible, se computará, hacia atrás, desde la fecha en que cesó la obligación de cotizar.

⁶⁵⁰ Para el cálculo del periodo de carencia exigido, ténganse en cuenta el Art. 4 apartados primero y cuarto del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre (nueva redacción dada por RD 4/1998, de 9 de enero), que establece las siguientes reglas:

“1. Para causar derecho a pensión de invalidez permanente derivada de enfermedad común, el periodo mínimo de cotización exigible será:

a) si el sujeto causante tiene menos de veintiséis años de edad, la mitad del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los dieciséis años y la del hecho causante de la pensión. A tales efectos, no se tendrán en consideración, en su caso, las fracciones de edad del beneficiario en la fecha del hecho causante que sean inferiores a medio año, excepto en el caso de beneficiarios con edades comprendidas entre los dieciséis y los dieciséis años y medio. Del mismo modo, cuando tales fracciones sean superiores a seis meses, se consideraran equivalentes a medio año.

b) si el causante tiene cumplidos veintiséis años de edad, un cuarto del tiempo transcurrido entre la fecha en que haya cumplido los veinte años y el día en que se hubiese producido el hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de cinco años. A tales efectos, no se tendrán en consideración, en su caso, las fracciones de edad del beneficiario en la fecha del hecho causante que sean inferiores a medio año. Del mismo modo, cuando tales fracciones sean superiores a seis meses, se consideraran equivalentes a medio año.

Los periodos resultantes por aplicación de las reglas contenidas en los apartados a) y b) del presente número serán objeto de redondeo, despreciándose, en su caso, las fracciones de mes.

(...)”.

⁶⁵¹ El citado precepto establece: “Períodos de cotización.

a.- Para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y maternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientas veintiséis horas anuales.

b.- Para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al número de días teóricos de cotización obtenidos conforme a lo dispuesto en la letra a) de esta regla se le aplicará el coeficiente multiplicador de 1,5, resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados para la determinación de los periodos mínimos de cotización. En ningún caso podrá computarse un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo.”

- Para causar pensión en el Régimen General y en otro u otros del sistema de la Seguridad Social, en los grados de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, derivadas de contingencias comunes desde una situación de no alta, será necesario que las cotizaciones acreditadas en cada uno de ellos se superpongan, al menos, durante quince años⁶⁵².
- Es de aplicación la teoría jurisprudencial de los “días cuota”, por la cual, se computan como cotizadas las pagas extraordinarias que como obligatorias establece el Estatuto de los Trabajadores (60 días).
- Tal y como establece el Art. 4.4 del RD 1799/1985, en el caso de trabajadores que, encontrándose en situación de incapacidad temporal o de prórroga de sus efectos, no hayan llegado a agotar el período máximo de duración de la misma, incluida su prórroga, establecido en el párrafo a), apartado 1, del artículo 128 de la Ley General de la Seguridad Social, los días que falten para agotar dicho período máximo se asimilarán a días cotizados a efectos del cómputo del período mínimo de cotización exigido para causar derecho a la pensión de incapacidad permanente.
- Tal y como establece el Art. 180 de la LGSS (prestación contributiva por hijo a cargo), el primer año de excedencia con reserva de puesto de trabajo del período de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con la legislación aplicable, disfruten en razón del cuidado de cada hijo, natural o adoptado, o de menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo, o por cuidado de otros familiares, tendrá la consideración de período de cotización efectiva, a efectos de la pensión por incapacidad

⁶⁵² Debe tenerse presente lo establecido en el Art. 6. -Reconocimiento del derecho en caso de pluriactividad-, del RD 1799/1985, que establece que: “ Para causar pensión de jubilación o invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez derivada de enfermedad común o accidente no laboral en mas de un régimen de la seguridad social, y cuando el interesado no se encuentre en el momento del hecho causante en alta o en situación asimilada a la de alta en ambos regímenes, será necesario que las cotizaciones acreditadas en cada uno de los regímenes se superpongan, al menos, durante quince años.

En los casos en los que el interesado se encuentre en alta o en situación asimilada a la de alta en uno de los regímenes y reúna en ambos los requisitos para causar derecho a pensión, le serán reconocidas las mismas en los términos y condiciones previstos en las normas aplicables por los respectivos regímenes, siempre que concurra el requisito de cotizaciones superpuestas a que se refiere el párrafo anterior.”

permanente. El periodo considerado como de cotización efectiva a tendrá una duración de 15 meses si la unidad familiar de la que forma parte el menor en razón de cuyo cuidado se solicita la excedencia tiene la consideración de familia numerosa categoría general, o de 18 meses si tiene la de categoría especial.

- Reacuérdesse que durante la percepción de las prestaciones por maternidad, riesgo durante el embarazo y prestación por desempleo se mantiene la obligación de cotizar por esta contingencia.

d) Cuantía de las prestaciones:

Además de las prestaciones sanitarias dirigidas a paliar la alteración de la salud, son determinantes las prestaciones económicas de distinta naturaleza que se conceden, y que vienen a paliar la pérdida o disminución de rentas que se produce con la declaración de incapacidad permanente⁶⁵³.

Para la determinación exacta de las prestaciones, es necesaria la remisión reglamentaria a “multitud” de normas “históricas”. Sería necesario un esfuerzo en la actualización y en la recopilación en un único y actual Reglamento de desarrollo de las prestaciones por incapacidad permanente. Los preceptos de la LGSS a utilizar como criterios de partida para la determinación de la cuantía son el Art. 139, que establece la cuantía (modalidad de prestación sin mayor concreción) y el Art. 140 para determinar la base reguladora (pero sólo cuando la prestación deriva de enfermedad común).

En la **Incapacidad permanente parcial**, la prestación económica consistirá en una cantidad a tanto alzado. Para su determinación, el Art. 9 del Decreto 1646/1972⁶⁵⁴, establece que: *“Los trabajadores declarados en situación de incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, cualquiera que sea la contingencia determinante de la misma y su edad, percibirán una cantidad a tanto alzado equivalente a veinticuatro*

⁶⁵³ Además de estas se preveía las llamadas “prestaciones recuperadoras” hoy derogadas por la Ley 52/2003.

⁶⁵⁴ de 23 junio (BOE 28 junio 1972), para la aplicación de la Ley 24/1972 de 21-6-1972, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social.

mensualidades de la base reguladora que haya servido para determinar la prestación económica por incapacidad laboral transitoria de la que se deriva la invalidez". Es decir, la base de cotización correspondiente al hecho causante, del mes natural inmediatamente anterior.

En la **Incapacidad permanente total**, la prestación económica consistirá en una pensión vitalicia, que podrá excepcionalmente ser sustituida por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario fuese menor de sesenta años. Para la determinación del porcentaje aplicable en el grado de total, es necesaria la aplicación del Art. 12 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, en relación con los Art. 13 y ss. de la Orden de 15 de abril de 1969, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el régimen general de la seguridad social. De ellos se deduce que el porcentaje aplicable a la Base Reguladora es el 55 %.

Los requisitos exigidos para la sustitución de la pensión por una cantidad a tanto alzado, la cuantía y el procedimiento para solicitarla, vienen recogidos en el Art. 5 de la Orden de 31 de julio de 1972 (BOE de 11 de agosto, corrección de errores en el BOE de 16 de septiembre), que establece:

1º.- La cuantía de la indemnización será equivalente al importe de ochenta y cuatro mensualidades de la pensión, siempre que el beneficiario tuviese menos de cincuenta y cuatro años de edad en el momento de formular la petición. En caso de que el beneficiario no fuese menor de la indicada edad, la cuantía de la indemnización se determinará de acuerdo con su edad en el momento antes señalado, conforme a la siguiente escala:

Edad cumplida / Número de mensualidades	
54.....	72
55.....	60
56.....	48
57.....	36
58.....	24
59.....	12

2º.- La petición deberá formularse por el beneficiario dentro de los tres años siguientes a la fecha de la resolución o sentencia firme que le reconociera el derecho a la pensión, o si fuese menor de veintiún años de edad en dicha fecha, dentro de los tres años siguientes al día en que cumpla tal edad.

3º.- Para que pueda accederse a la sustitución será necesario que en el momento de la petición concurren las siguientes circunstancias: a.- que se presuma que las lesiones determinantes de la invalidez no sean susceptibles de modificación que pueda dar lugar en lo sucesivo a una revisión de la incapacidad declarada; b.- que se acredite por el beneficiario que se encuentra realizando trabajos por cuenta ajena o propia, incluidos en el campo de aplicación de alguno de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social o, en otro caso, que el importe de la indemnización se invertirá en la preparación o desarrollo de nuevas fuentes de ingreso como trabajador autónomo; c.- que en el último supuesto previsto en la condición anterior se acredite tener aptitud suficiente para el ejercicio de la actividad de que se trate.

4º.- La solicitud de sustitución, dirigida a la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, se presentará ante la respectiva Dirección Provincial de dicho Instituto o Mutua Patronal a cuyo cargo hubiera sido reconocida la pensión, la que, con su razonado informe, elevará la solicitud. La Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, resolverá previos los informes que estime pertinentes⁶⁵⁵.

En la **incapacidad permanente total cualificada**⁶⁵⁶, los declarados afectos de incapacidad permanente total para la profesión habitual, percibirán la pensión prevista en el párrafo anterior, incrementada en el porcentaje que reglamentariamente se determine, cuando por su edad (como mínimo 55 años), falta de preparación general o especializada y, circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior. En relación

⁶⁵⁵ Contra dicha Resolución cabrán los recursos establecidos en la legislación vigente (En los casos en que se autorice la sustitución, el beneficiario, al cumplir la edad de sesenta años, pasará a percibir la pensión anteriormente reconocida, revalorizada con los incrementos que para las pensiones de igual naturaleza se hayan establecido desde la fecha en que se autorizó la sustitución de la misma por la indemnización).

⁶⁵⁶ En relación con el reconocimiento del incremento de la pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual a los trabajadores por cuenta propia de los Regímenes Especiales prevista en la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, véase el Real Decreto 463/2003, de 25 de abril (BOE de 26 de abril).

con el incremento de la pensión de incapacidad permanente total, el Art. 6 del Decreto 1646/1972, de 23 junio (BOE 28 junio 1972), establece que el incremento consistirá en un 20 por 100 de la base reguladora que se tome para determinar la cuantía de la pensión (el incremento quedará en suspenso durante el período en que el trabajador obtenga un empleo)⁶⁵⁷.

En la **Incapacidad permanente absoluta**, la prestación económica consistirá en una pensión vitalicia. Para la determinación del porcentaje aplicable en el grado de absoluta, es de aplicación el Art. 12 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, en relación con los Art. 13 y ss. de la Orden de 15 de abril de 1969, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el régimen general de la seguridad social. De ellos se deduce que el porcentaje aplicable a la Base Reguladora es el 100 %.

Ante supuestos de **Gran invalidez**, el trabajador tendrá derecho a la pensión a que se refiere el apartado anterior –la correspondiente a la incapacidad permanente absoluta-, incrementándose su cuantía en un 50 por 100, destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda. A petición del gran inválido, o de sus representantes legales, podrá autorizarse, siempre que se considere conveniente en beneficio del mismo, la sustitución del incremento a que se refiere el párrafo anterior por su alojamiento y cuidado en régimen de internado en una institución asistencial pública del Sistema de la Seguridad Social, financiada con cargo a sus presupuestos.

En los casos en que el trabajador, con sesenta y cinco o más años, acceda a la pensión de incapacidad permanente, derivada de contingencias comunes, por no reunir los requisitos exigidos para la pensión de jubilación, la cuantía de la pensión de incapacidad permanente, será equivalente al resultado de aplicar a la correspondiente base reguladora, el porcentaje que corresponda al período mínimo de cotización que

⁶⁵⁷ La Resolución de 11 de abril de 1990 (BOE de 27 de abril), siguiendo una recomendación del Defensor del pueblo, estableció que “en los supuestos en que el derecho al incremento del 20 por 100 para los pensionistas de invalidez permanente total nazca cuando haya transcurrido mas de un año desde la fecha del reconocimiento del derecho a la pensión inicial, a esta, incrementada con el citado 20 por 100, se le aplicaran las revalorizaciones que para las pensiones de la misma naturaleza hubieran tenido lugar desde la expresada fecha”.

esté establecido, en cada momento, para el acceso a la pensión de jubilación (con quince años de carencia el 50 %) ⁶⁵⁸.

e) Determinación de la Base Reguladora:

En este aspecto se manifiestan con mayor claridad las deficiencias de regulación que sobre esta prestación han sido puesta de manifiesto con anterioridad. A ello, hay que añadir que en esta prestación se reproduce e incrementa el tratamiento diferenciado en atención al origen de la situación de necesidad –o riesgo causante-. Es decir, la prestación y en concreto la base reguladora, se determinará de forma diferente si el riesgo causante fue enfermedad común, accidente no laboral o por contingencias profesional (accidente o enfermedad) ⁶⁵⁹.

A.- Base reguladora por enfermedad común ⁶⁶⁰:

La base reguladora de las pensiones de invalidez permanente derivada de enfermedad común será el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los noventa y seis meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante. El cómputo de dichas bases se realizará conforme a las siguientes reglas, de las que es expresión matemática la fórmula que figura al final del presente apartado:

⁶⁵⁸ El artículo 11. del Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, establece: “Cuantía de la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes respecto de quienes no reúnan los requisitos para acceder a la pensión de jubilación.

1. En los casos en que el trabajador, con sesenta y cinco o más años, acceda a la pensión de incapacidad permanente, derivada de contingencias comunes por serle de aplicación lo establecido en el apartado 2 del artículo anterior, la cuantía de la pensión de incapacidad permanente será equivalente al resultado de aplicar a la correspondiente base reguladora el porcentaje que corresponda al período mínimo de cotización que esté establecido, en cada momento, para el acceso a la pensión de jubilación.

2. Si el trabajador fuese calificado como gran inválido, tendrá derecho a la pensión a que se refiere el apartado anterior, incrementándose su cuantía en un 50 por 100.”

⁶⁵⁹ Las bases reguladoras que a continuación se explican son de aplicación a los grados de total, absoluta y gran invalidez –la prestación es una pensión- y no para la Incapacidad Permanente Parcial, al ser la prestación una cantidad a tanto alzado.

⁶⁶⁰ Tal y como establece la Disposición Adicional octava de la LGSS los apartados 1, 2 y 3 de este Art. 140, son de aplicación a todos los Regímenes Especiales que integran el sistema de la Seguridad Social (el apartado 4 será también de aplicación en el Régimen Especial de la Minería del Carbón, y para los trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes Especiales Agrario y Trabajadores del Mar).

1. Las bases correspondientes a los veinticuatro meses anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante se computarán en su valor nominal.

2. Las restantes bases de cotización, se actualizarán de acuerdo con la evolución que haya experimentado el índice de precios al consumo, desde los meses a que aquéllas correspondan hasta el mes inmediato anterior a aquel en que se inicie el período de bases no actualizables a que se refiere la regla anterior⁶⁶¹.

$$Br = \frac{\sum_{i=1}^{24} B_i + \sum_{i=25}^{96} B_i \cdot I_{25} + I_1}{112}$$

Siendo:

B = Base reguladora.

B = Base de cotización del mes i-ésimo anterior al hecho causante.

I = Índice general de precios al consumo del mes i-ésimo anterior al del hecho causante.

Siendo i = 1, 2..., 96.

Otras reglas a tener en cuenta:

- Estas reglas de determinación y cómputo de la base reguladora también serán de aplicación a las pensiones de invalidez absoluta o gran invalidez, derivadas de accidente no laboral derivadas de situación de no alta.
- En los supuestos en que se exija un período mínimo de cotización inferior a ocho años, la base reguladora se obtendrá de forma análoga a la establecida en el párrafo anterior, pero computando bases mensuales de cotización en número igual al de meses de que conste el período mínimo exigible, sin tener en cuenta las fracciones de mes, y excluyendo, en todo caso, de la actualización las bases correspondientes a los veinticuatro meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante.

⁶⁶¹ Téngase presente la Orden de 30 de agosto de 2001 (BOE de 18 de septiembre), por la que se establece el nuevo sistema de Índices de Precios de Consumo base 2001.

- Si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años.

- En los supuestos en que en alguno de los meses a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora, la obligación de cotizar exista sólo durante una parte del mismo, procederá la integración señalada en el párrafo anterior, por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar, siempre que la base de cotización correspondiente al primer período no alcance la cuantía de la base mínima mensual señalada. En tal supuesto, la integración alcanzará hasta esta última cuantía.

- Para la determinación de la Base Reguladora aplicable a los trabajadores contratados a tiempo parcial, se aplicará la regla tercera de la Disposición Adicional séptima de la LGSS, que establece que la base reguladora se calculará conforme a la regla general. Ahora bien, la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término.

B.- Base reguladora por accidente no laboral:

El Art. 5.4 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, establece que el cálculo de la base reguladora de las pensiones de invalidez permanente total, invalidez permanente absoluta y gran invalidez, derivadas de accidente no laboral, en que los beneficiarios se encontrasen en situación de alta o asimilada a la de alta, continuaran rigiéndose por las normas ya en vigor con anterioridad a la ley 26/1985. De esta manera es de aplicación el Art. 7 del Decreto 1646/1972, de 23 junio (BOE 28 junio 1972), que establece (en su nueva redacción dada por el RD 1795/2003, de 26 de diciembre) que :
“la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente, derivadas de accidente no laboral, será el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases

de cotización del interesado durante un período ininterrumpido de 24 meses, elegido por el beneficiario dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión”.

Como vemos, en este caso el legislador guarda silencio sobre la posibilidad de integrar lagunas o meses en los que no haya habido obligación de cotizar, por lo que se computan sólo las cotizaciones efectivamente realizadas en esos 24 meses ininterrumpidos . A nuestro juicio, esta es una cuestión que se debería corregir con carácter urgente.

C.- Base reguladora por accidente de trabajo y enfermedad profesional:

Tal y como establece el Art. 15.2.b) de la Orden de 15 de abril de 1969, cuando la invalidez proceda de accidente de trabajo o enfermedad profesional, para la determinación de la Base Reguladora es de aplicación lo previsto en el Capítulo V del Decreto de 22 de junio de 1956 (BOE de 15 de julio), por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación y del Reglamento del Seguro de Accidentes de trabajo⁶⁶².

El Art. 60.2 de la citada norma establece que:

“Salario base anual –el mensual se obtiene dividiendo por 12- de la pensión o renta por incapacidad permanente o muerte. Se calculará en la forma que a continuación se expresa:

- a) Jornal o sueldo diario. El que por jornada normal de trabajo perciba el trabajador en la fecha del accidente se multiplicará por los trescientos sesenta y cinco días del año.*
- b) Gratificaciones o pagas extraordinarias computables tanto de carácter fijo como voluntario. Serán incluidas por su importe total anual.*
- c) Casa-habitación. Será computada por el precio pactado por escrito y, en su defecto, por el 10 por 100 del salario.*

⁶⁶² Vigente tal y como establece la Disposición Transitoria primera del Decreto 1646/1972, de 23 junio.

- d) *Alimentación. Será computada por el precio pactado por escrito y, en su defecto, por el 20 por 100 del salario.*
- e) *Beneficios o participación en los ingresos computables. Su importe será el percibido por el trabajador en el año anterior al accidente.*
- f) *Pluses y retribuciones complementarias computables. La suma total de las cantidades percibidas se dividirá por el número de días efectivamente trabajados en la Empresa en que se accidentó y el cociente se multiplicará por 290, obteniéndose así el importe total anual computable. A estos efectos, el período realmente trabajado se fijará retroactivamente desde el día inmediato anterior al siniestro, sin que pueda exceder en ningún caso de un año”⁶⁶³.*

f) Gestión y dinámica de la prestación:

Posiblemente, nos encontremos ante la prestación en la que se realiza una actividad administrativa de control más larga y compleja⁶⁶⁴. Sobre esta cuestión, sin ánimo de ser exhaustivos, es de destacar tenemos que comenzar indicando que corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, declarar la situación de invalidez permanente, a los efectos de reconocimiento de las prestaciones económicas.

Las principales fases de este procedimiento, pueden quedar estructuradas en el siguiente esquema:

A.- Iniciación del procedimiento⁶⁶⁵:

⁶⁶³ A efectos de este cálculo de salario real –o de las retribuciones efectivamente percibidas-, debe tenerse presente que el Real Decreto 4/1998, de 9 de enero (BOE de 10 de enero), sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social para 1998, que establece en su Disposición adicional undécima, que la Base reguladora en las prestaciones económicas derivadas de contingencias profesionales, “A efectos de cálculo de la base reguladora de las prestaciones económicas derivadas de contingencias profesionales, el cociente que resulte de dividir la suma de los complementos salariales percibidos por el interesado en el año anterior al hecho causante, entre el número de días realmente trabajados por aquél en el mismo período, se multiplicará por 273, salvo que el número de días laborales efectivos en la actividad de que se trate sea menor, en cuyo caso, se aplicará el multiplicador que corresponda”.

⁶⁶⁴ La regulación, con sucesivas y recientes reformas, se encuentra fundamentalmente en el Art. 143 de la LGSS, y en el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, y la Orden de 18 de enero de 1996, para la aplicación y desarrollo de este Real Decreto (como órgano destacado debe tenerse presente la constitución de los Equipos de Valoración de Incapacidades en las Direcciones provinciales del INSS – sobre estos véanse los Art. 2 y 3 del RD 1300/1995).

⁶⁶⁵ Art. 4 del RD 1300/1995.

1º.- El procedimiento para evaluar la incapacidad en orden al reconocimiento del derecho a las prestaciones económicas por invalidez permanente y a las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, no invalidantes, se iniciará: a) de oficio, por propia iniciativa de la Entidad gestora, o como consecuencia de petición razonada de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o del Servicio de Salud competente para gestionar la asistencia sanitaria de la Seguridad Social; b) a instancia del trabajador o su representante legal; c) a instancia de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o de las empresas colaboradoras, en aquellos asuntos que les afecten directamente⁶⁶⁶.

2º.- A efectos de revisión del grado de incapacidad reconocido estarán legitimados para instarla, además de las personas y entidades referidas en el apartado anterior, los empresarios responsables de las prestaciones y, en su caso, quienes de forma subsidiaria o solidaria sean también responsables de las mismas.

B.- Instrucción del procedimiento⁶⁶⁷:

1º.- La instrucción de los procedimientos para la evaluación de la incapacidad en orden al reconocimiento del derecho a las prestaciones económicas a que se refiere el artículo anterior, requerirá los siguientes actos e informes preceptivos: a) aportación del alta médica de asistencia sanitaria y del historial clínico, previo consentimiento del interesado o de su representante legal, remitido por el Servicio de Salud o, en su caso, por la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o empresa colaboradora, cuando se trate de afiliados que tengan cubierta la incapacidad temporal por dichas entidades o, en su defecto, informe de la Inspección Médica de dicho Servicio de Salud⁶⁶⁸; b) formulación del dictamen-propuesta por el Equipo de Valoración de Incapacidades, que estará acompañado de un informe médico consolidado en forma de síntesis, comprensivo de todo lo referido o acreditado en el expediente, un informe de antecedentes profesionales y los informes de alta y cotización

⁶⁶⁶ El procedimiento será impulsado de oficio y se adecuará a las normas generales del procedimiento común y a las disposiciones de desarrollo de este Real Decreto.

⁶⁶⁷ Art. 5 del RS 1300/1995.

⁶⁶⁸ Los funcionarios o demás personal que, en razón de la tramitación del oportuno expediente de invalidez, conozcan el historial clínico del interesado, están obligados a mantener la confidencialidad del mismo.

que condicionan el acceso al derecho; c) Emitido el dictamen-propuesta se concederá audiencia a los interesados para que aleguen cuanto estimen conveniente.

2º.- Actuará como ponente del dictamen-propuesta previsto en el párrafo b) del apartado anterior, el Facultativo Médico dependiente del Instituto Nacional de la Seguridad Social, a cuyo fin será auxiliado por el personal facultativo y técnico que se precise, perteneciente a la Dirección Provincial de dicho Instituto.

3º.- Cuando las características clínicas del trabajador lo aconsejen, o resulte imposible la aportación de los documentos señalados en el párrafo a) de este artículo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá solicitar la emisión de otros informes y la práctica de pruebas y exploraciones complementarias, previo acuerdo con los centros e instituciones sanitarias de la Seguridad Social u otros centros sanitarios.

C.- Resolución⁶⁶⁹:

Toda resolución, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, o se confirme el grado reconocido previamente, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante profesional, en tanto que el incapacitado no haya cumplido la edad mínima establecida en el artículo 161 de la LGSS, para acceder al derecho a la pensión de jubilación -65 años-. Este plazo será vinculante para todos los sujetos que puedan promover la revisión, excepto que el pensionista por invalidez permanente estuviera ejerciendo cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia, pues en ese caso, el Instituto Nacional de la Seguridad Social podrá, de oficio o a instancia del propio interesado, promover la revisión, con independencia de que haya o no transcurrido el plazo señalado en la resolución⁶⁷⁰.

Para terminar, no podemos dejar de mencionar que las pensiones de incapacidad permanente, cuando sus beneficiarios cumplan la edad de sesenta y cinco años, pasarán a denominarse pensiones de jubilación. La nueva denominación no implicará

⁶⁶⁹ Véase el Art. 6 del RD 1300/1995.

⁶⁷⁰ Ahora bien, las revisiones fundadas en error de diagnóstico podrán llevarse a cabo en cualquier momento, en tanto el interesado no haya cumplido la edad a que se refiere el primer párrafo de este número.

modificación alguna, respecto de las condiciones de la prestación que se viniese percibiendo⁶⁷¹.

3.1.2. La prestación no contributiva por invalidez.-

Esta modalidad se encuentra regulada en los Art. 136.2 y 144 a 149 de la LGSS y por el Real Decreto 357/1991⁶⁷², de 15 de marzo, por el que se desarrolla en materia de pensiones no contributivas la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la seguridad social prestaciones no contributivas. Tal y como establece el Art. 136.2 de la LGSS, la situación protegida se define como *“las deficiencias, previsiblemente permanentes, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las padecen”*.

Como se puede observar, al tratarse de una prestación no contributiva –vía asistencial y universal del sistema de seguridad social-, en la definición no se hace referencia a la incidencia de la invalidez sobre la capacidad de trabajo pues el elemento esencial de esta modalidad es la discapacidad, o más exactamente, el grado de minusvalía –las deficiencias que modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial-.

Además, a diferencia de la modalidad contributiva, a la hora de determinar este grado de minusvalía, el elemento destacable no va a ser los criterios profesionales, sino que por el contrario, aquí sí destacan, además de los criterios biológicos, los factores sociales complementarios. Junto a ello, precisamente por su naturaleza asistencial, en esta prestación no se presume la situación de necesidad, sino que por el contrario, será necesario probarla mediante la acreditación de la carencia de rentas o ingresos suficientes –en un sentido muy amplio-.

El carácter subsidiario de esta modalidad se manifiesta en que *“cuando fuese formulada solicitud de pensión de jubilación o invalidez permanente, en sus modalidades contributivas, y la misma fuera denegada, la correspondiente entidad*

⁶⁷¹ Apartado cuarto del Art. 143 de la LGSS añadido por la Ley 24/1997, de 15 de julio.

⁶⁷² Se modifica el Art. 24, por RD 1734/1994, de 29 de julio; se modifica el Art. 23.1.d) y 2, por RD 118/1998, de 30 de enero; se anula el redondeo de la cuantía prevista en el Art. 14.5, por RD 1464/2001, de 27 de diciembre.

gestora cursara al organismo encargado del reconocimiento del derecho a las pensiones no contributivas de la seguridad social copia de la solicitud y de la resolución denegatoria para que, en su caso, y previa conformidad del interesado, tramite el oportuno expediente en orden al eventual otorgamiento de una pensión no contributiva”⁶⁷³ (D. A. 3.1 del RD 357/1991).

A.- Beneficiarios:

Tendrán derecho a la pensión de invalidez, en su modalidad no contributiva, las personas que cumplan los siguientes requisitos⁶⁷⁴:

- *Edad.* Ser mayor de dieciocho y menor de sesenta y cinco años a la fecha de la solicitud. Estos límites se establecen por su relación con el límite de la prestación familiar por hijo a cargo –también en su modalidad no contributiva-, y con la edad para solicitar la pensión de jubilación en su modalidad no contributiva⁶⁷⁵.
- *Residencia.* Residir legalmente en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la pensión. Como se puede observar no se exige nacionalidad, por lo que beneficiarios pueden ser extranjeros, pero no inmigrantes en situación irregular. El requisito de residencia legal para el reconocimiento y conservación del derecho a la pensión quedara acreditado siempre que teniendo el interesado domicilio en territorio español, resida en el mismo, ostentando la condición de residente. La residencia continuada anterior a la solicitud de la pensión y la

⁶⁷³ De la citada remisión se dará oportuna comunicación al interesado. Además, en tales supuestos, y si se reconociera el derecho a una pensión de seguridad social no contributiva, la fecha de efectos económicos de las mismas será el día 1 del mes siguiente a aquella que hubiera correspondido a la pensión contributiva, siempre que el beneficiario cumpliera en dicha fecha los requisitos que condicionan la pensión no contributiva.

⁶⁷⁴ Como se podrá observar el reconocimiento no se encuentra supeditado a la inclusión previa en un régimen de la seguridad social –afiliación/alta-, ni a la acreditación de periodos de carencia, pues estas son notas propias de la prestación del modelo profesional o contributivo e innecesarias en esta prestación de naturaleza asistencial y de ámbito subjetivo universal, aunque sí será necesario acreditar la situación de necesidad.

⁶⁷⁵ En relación con esta edad se establece (Art. 148.3 LGSS), que las pensiones de invalidez no contributivas, cuando sus beneficiarios cumplan la edad de sesenta y cinco años, pasarán a denominarse pensiones de jubilación –no contributiva-. Ahora bien, la nueva denominación no implicará modificación alguna respecto de las condiciones de la prestación que viniesen percibiendo.

posterior al reconocimiento del derecho no se considerara interrumpida por las ausencias del territorio español inferiores a noventa días a lo largo de cada año natural, así como cuando la ausencia este motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas.

- *Grado de minusvalía.* Estar afectadas por una minusvalía o por una enfermedad crónica, en un grado igual o superior al 65%. Sobre este aspecto se deben realizar las siguientes precisiones:
 - El grado de minusvalía o de la enfermedad crónica padecida, a efectos del reconocimiento de la pensión en su modalidad no contributiva, se determinará mediante la aplicación de un baremo, en el que serán objeto de valoración tanto los factores físicos, psíquicos o sensoriales del presunto minusválido, como los factores sociales complementarios, y que será aprobado por el Gobierno⁶⁷⁶.
 - Con la finalidad de que la valoración y calificación de las situaciones de minusvalía sea uniforme en todo el territorio del Estado, se crea, como instrumento de coordinación y consulta entre las distintas Administraciones Públicas competentes en la materia, la Comisión Estatal de Coordinación y Seguimiento de la Valoración del Grado de Minusvalía⁶⁷⁷.
 - Se reconoce una situación de gran invalidez no contributiva para las personas que, cumpliendo el resto de los requisitos, estén afectadas por una minusvalía o enfermedad crónica en un grado igual o superior al 75% y que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesiten el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida,

⁶⁷⁶ Estos baremos están recogidos en el RD 1971/1999 de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía (BOE de 26 de enero de 2000; corrección de errores en el BOE de 13 de marzo de 2000); hay que señalar que hoy estos baremos (contenidos en los Anexos I, II y III de la norma), se encuentran desfasados, además de ser innecesariamente complejos en su comprensión y aplicación.

⁶⁷⁷ Véase el Art. 5.5 del RD 1971/1999 y la Orden de 12 de junio de 2001 que la crea.

tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (tendrán derecho a un complemento equivalente al 50% del importe de la pensión)⁶⁷⁸.

- A quien le haya sido reconocida, en la modalidad contributiva, una invalidez permanente, en el grado de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, pero la misma fuera denegada por la entidad gestora por no reunir los requisitos, y se tramite subsidiariamente la pensión no contributiva, se presumirá afecto de una minusvalía igual al 65 por 100⁶⁷⁹.

- *Carencia de recursos o carecer de rentas o ingresos suficientes.* Este requisito viene a acreditar la situación de necesidad del sujeto mediante el establecimiento de un umbral de pobreza. Se considerará que existen rentas o ingresos insuficientes cuando la suma, en cómputo anual (de enero a diciembre), de los mismos sea inferior al importe, también en cómputo anual, de las pensiones no contributivas de la seguridad social que se fije en la correspondiente ley de presupuestos generales del estado. Sobre este requisito es necesario realizar varias precisiones:
 - Unidad económica de convivencia y acumulación de recursos: Aunque el solicitante carezca de rentas o ingresos propios, en los términos señalados en el párrafo anterior, si convive con otras personas en una misma unidad económica, únicamente se entenderá cumplido el requisito de carencia de rentas o ingresos suficientes cuando la suma de los ingresos y rentas computables de todos los integrantes de aquélla sea inferior al límite de acumulación de recursos, equivalente a la cuantía, en computo anual, de la pensión mas el resultado de multiplicar el 70 por 100 de dicha cifra por el numero de convivientes, menos uno⁶⁸⁰.

⁶⁷⁸ La situación de dependencia y necesidad del concurso de otra persona se determinara mediante la aplicación de un baremo específico, pero este se aplicara siempre que, cumpliendo los requisitos para ser beneficiario de la pensión de invalidez, el grado de minusvalía o enfermedad crónica del interesado sea igual o superior al 75 por 100 (Art. 145.6 de la LGSS y 2 y 4 del RD 357/1991).

⁶⁷⁹ Cuando la calificación en la modalidad contributiva hubiera sido la de gran invalidez se presumirá, a efectos de la modalidad no contributiva, que el interesado esta afecto de una minusvalía o enfermedad crónica en un grado igual o superior al 75 por 100 y necesitado del concurso de una tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida (D.A. 3 del RD 357/1991).

⁶⁸⁰ Cuando la convivencia, dentro de una misma unidad económica, se produzca entre el solicitante y sus descendientes o ascendientes consanguíneos o por adopción en primer grado, el límite de acumulación de

- Existirá unidad económica en todos los casos de convivencia de un beneficiario con otras personas, sean o no beneficiarias, unidas con aquél por matrimonio o por lazos de parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado.
- A efectos de lo establecido en los apartados anteriores, se considerarán como ingresos o rentas computables, cualesquiera bienes y derechos, de que dispongan anualmente el beneficiario o la unidad económica de convivencia, derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional⁶⁸¹. Si no existen rendimientos efectivos, se valorarán según las normas establecidas para el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con la excepción, en todo caso, de la vivienda habitualmente ocupada por el beneficiario. Tampoco se computarán las asignaciones periódicas por hijos a cargo⁶⁸².
- Los beneficiarios de la pensión de invalidez, en su modalidad no contributiva, que sean contratados por cuenta ajena, que se establezcan por cuenta propia o que se acojan a los programas de renta activa de inserción para trabajadores desempleados de larga duración mayores de 45 años, recuperarán automáticamente, en su caso, el derecho a dicha pensión cuando, respectivamente, se les extinga su contrato, dejen de desarrollar su actividad laboral o cesen en el programa de renta activa de inserción⁶⁸³.

recursos será equivalente a dos veces y media la cuantía que resulte de aplicar lo dispuesto en el párrafo anterior.

⁶⁸¹ Se entenderá por rentas de trabajo las retribuciones, tanto dinerarias como en especie, derivadas del ejercicio de actividades por cuenta propia o ajena. Se equiparan a rentas de trabajo, las prestaciones reconocidas por cualquiera de los regímenes de previsión social, financiados con cargo a recursos públicos o privados. Asimismo, tendrán la consideración de ingresos sustitutivos de las rentas de trabajo, cualesquiera otras percepciones supletorias de estas, a cargo de fondos públicos o privados. Cuando el solicitante o los miembros de la unidad de convivencia en que esté inserto dispongan de bienes muebles o inmuebles, se tendrán en cuenta sus rendimientos efectivos.

⁶⁸² Tenga o no la condición de minusválido, en sus distintas modalidades, otorgadas por el sistema de la seguridad social, los subsidios de movilidad y compensación de gastos de transporte, previstos en la ley de integración social de los minusválidos, así como los premios o recompensas otorgados a personas minusválidas en los centros ocupacionales.

⁶⁸³ A cuyo efecto, no obstante lo previsto en el apartado 5 de este artículo, no se tendrán en cuenta, en el cómputo anual de sus rentas, las que hubieran percibido en virtud de su actividad laboral por cuenta ajena, propia o por su integración en el programa de renta activa de inserción en el ejercicio económico en que se produzca la extinción del contrato, el cese en la actividad laboral o en el citado programa.

Debe tenerse presente que las rentas o ingresos propios, así como los ajenos computables, por razón de convivencia en una misma unidad económica, la residencia en territorio español y el grado de minusvalía o de enfermedad crónica condicionan tanto el derecho a pensión como la conservación de la misma y, en su caso, la cuantía de aquélla.

B.- Cuantía de la pensión:

La cuantía de la pensión de invalidez en su modalidad no contributiva⁶⁸⁴ se fijará, en su importe anual, en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado⁶⁸⁵. Esta cuantía se reducirá en un importe igual al de las rentas o ingresos anuales de que, en su caso, disponga el beneficiario (salvo el supuesto de compatibilidad que se indica más abajo), pero se garantiza un mínimo del 25 % de la cuantía establecida en la LPGE. Su pago se fraccionara en catorce pagas correspondientes a cada uno de los meses del año y dos pagas extraordinarias que se devengarán en los meses de junio y noviembre.

Ahora bien, cuando en una misma unidad económica, concorra más de un beneficiario con derecho a pensión de esta misma naturaleza, la cuantía de cada una de las pensiones vendrá determinada en función de las siguientes reglas: a.- al importe referido anteriormente se le sumará el 70% de esa misma cuantía, tantas veces como número de beneficiarios, menos uno, existan en la unidad económica; b.- la cuantía de la pensión para cada uno de los beneficiarios será igual al cociente de dividir el resultado de la suma prevista en la regla primera por el número de beneficiarios con derecho a pensión; c.- a esta cuantía se reducirán en un importe igual al de las rentas o ingresos anuales de que, en su caso, disponga cada beneficiario (salvo el supuesto de

⁶⁸⁴ Art. 145 de la LGSS y 14 del RD 357/1991.

⁶⁸⁵ Tal y como establece el Art. 52 de la LGSS, las pensiones de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, serán actualizadas en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, al menos, en el mismo porcentaje que dicha Ley establezca como incremento general de las pensiones contributivas de la Seguridad Social. Para el año 2006, la cuantía de las pensiones de jubilación e invalidez de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, se fija en 4.221,70 euros íntegros anuales (Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de PGE para el año 2006). Véase el Art. 17 del Real Decreto 1611/2005, de 30 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2006.

compatibilidad que se indica más abajo);d.- a cada uno de los beneficiarios se les garantiza un mínimo del 25 % de la cuantía establecida en la LPGE.

Además de lo señalado, ha de manejarse una nueva limitación, en los casos de convivencia del beneficiario o beneficiarios con personas no beneficiarias, ya que si la suma de los ingresos o rentas anuales de la unidad económica, más la pensión o pensiones no contributivas, calculadas conforme a lo dispuesto en los dos apartados anteriores, superara el límite de acumulación de recursos al que antes nos referimos, la pensión o pensiones se reducirán, para no sobrepasar el mencionado límite, disminuyendo, en igual cuantía, cada una de las pensiones. No obstante se deberá seguir teniendo presente la garantía de percibir como mínimo, del 25% del importe de la pensión establecida anualmente en la LPGE.

- *Complemento en la Gran Invalidez no contributiva:* Las personas que, cumpliendo todos los requisitos, estén afectadas por una minusvalía o enfermedad crónica en un grado igual o superior al 75% y que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesiten el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos, tendrán derecho a un complemento equivalente al 50% del importe de la pensión a que se refiere el primer párrafo del apartado 1 del presente artículo.

La cuantía de la pensión se verá afectada por la variación de rentas o ingresos. Así, en el supuesto de que el beneficiario viera incrementados o minorados las rentas o ingresos, inicialmente previstos, de los que, por su estimación en computo anual, de enero a diciembre, pudiera derivarse la modificación de la cuantía de la pensión que viniera percibiendo o la extinción del derecho a la misma, el organismo gestor, sin perjuicio de la regularización que proceda una vez concluido el ejercicio económico de que se trate, revisara el importe de la pensión o interrumpirá el pago de esta, con efectos del día primero del mes siguiente a aquel en que se hubiera producido la variación correspondiente.

C.- Reconocimiento, y efectos económicos de las pensiones:

Los efectos económicos del reconocimiento del derecho a las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva⁶⁸⁶, se producirán a partir del día primero del mes siguiente a aquél en que se presente la solicitud. El reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación o invalidez, en sus modalidades no contributivas, dará lugar a la asistencia sanitaria de la seguridad social, previo reconocimiento del derecho a la misma, por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, así como el acceso a los servicios sociales establecidos en el sistema para los pensionistas. A tal efecto, la Tesorería General de la Seguridad Social expedirá, en favor de los beneficiarios de las pensiones no contributivas de la seguridad social, el correspondiente documento que sirva para acreditar, en todo el territorio nacional, su condición de pensionistas de seguridad social.

D.- Obligaciones a los beneficiarios:

Una vez reconocida la pensión se establecen las siguientes obligaciones⁶⁸⁷: a.- vendrán obligados a comunicar al organismo gestor correspondiente la realización de cualquier trabajo, sea por cuenta propia o ajena; b.- los perceptores vendrán obligados a comunicar, en el plazo máximo de treinta días desde la fecha en que se produzca, cualquier variación de su situación de convivencia, estado civil, residencia, recursos económicos propios o ajenos computables por razón de convivencia, y cuantas puedan tener incidencia en la conservación o en la cuantía de aquella⁶⁸⁸; c.- además, los beneficiarios deberán presentar una declaración de los ingresos o rentas computables, de la respectiva unidad económica de convivencia, referidos al año inmediatamente anterior. Esta declaración deberá presentarse en el primer trimestre de cada año⁶⁸⁹; d.- al mismo tiempo, declararan las posibles variaciones en los ingresos o rentas justificados,

⁶⁸⁶ Art. 146 LGSS y 15 del RD 357/1991.

⁶⁸⁷ Art. 149 de la LGSS y 16 del RD 357/1991.

⁶⁸⁸ Cuando del incumplimiento de esta obligación se derive una percepción indebida de prestaciones, el interesado, conforme a lo dispuesto en el artículo 56 de la ley general de la seguridad social, deberá reintegrar las cantidades indebidamente percibidas, desde el primer día del mes siguiente a aquel en que hubiera variado la situación, cualquiera que sea el momento en que se detecte la variación, salvo que la acción para solicitar la devolución hubiera prescrito, por transcurso del plazo de cinco años.

⁶⁸⁹ Incumplida dicha obligación y previo requerimiento del organismo gestor al beneficiario, con la advertencia expresa de las consecuencias del incumplimiento, se procederá, como medida cautelar, a suspender el pago de la pensión.

referidos al año en curso, a efectos de modificar, en su caso, la cuantía a abonar, según el importe vigente de la pensión.

E.- Extinción de la pensión.-

La pensión se extinguirá cuando en el beneficiario concurra alguna de las siguientes circunstancias: a.- pérdida de su condición de residente legal o traslado de su residencia, fuera de territorio español, por tiempo superior al límite establecido en el número 2 del artículo 10 del presente Real decreto; b.- mejoría de la minusvalía o enfermedad crónica padecidas que determine un grado inferior al 65 por 100; c.- disponer de rentas o ingresos suficientes, en los términos que se definen en el artículo 11 de este Real Decreto; d.- fallecimiento del beneficiario.

Los efectos económicos de las pensiones declaradas extinguidas, se entenderán hasta el último día del mes en que se haya producido la causa determinante de su extinción, salvo en los supuestos en que la misma se haya producido por una modificación del grado de minusvalía declarado⁶⁹⁰.

F.- Régimen de compatibilidad e incompatibilidad de estas pensiones:

Como mecanismo para compatibilizar estas pensiones y el trabajo -y con ello favorecer la integración laboral de estos sujetos y también como mecanismo antifraude-, el legislador establece⁶⁹¹ 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.

⁶⁹⁰ En cuyo caso se estará a lo siguiente: - Si como consecuencia de la revisión se reduce el grado inicialmente reconocido, los efectos económicos de la revisión tendrán lugar desde el día 1 del mes siguiente al que se haya dictado la resolución; -Si como consecuencia de la revisión se incrementa el grado de minusvalía inicialmente reconocido y/o se declara la necesidad de concurso de otra persona, a efectos del complemento de gran invalidez no contributiva, los efectos económicos de la revisión tendrán lugar desde el día 1 del mes siguiente al de la solicitud del interesado, salvo que la revisión se hubiera producido de oficio, en cuyo supuesto los efectos económicos serán a partir del día 1 del mes siguiente a aquel en que se haya emitido el oportuno dictamen por el equipo de valoración y orientación.

⁶⁹¹ Art. 147 LGSS.

Ahora bien, en el caso de las personas que con anterioridad al inicio de 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 momento⁶⁹². En caso de exceder de dicha cuantía, se minorará el importe de la pensión en el 50 por 100 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 para la conocida como Gran Invalidez no contributiva.

Junto esta situación de compatibilidad, también se establece un estricto régimen de incompatibilidades⁶⁹³ que pueden concentrarse en cuantas siguen:

- La condición de beneficiario de las modalidades no contributivas de las pensiones de la seguridad social es incompatible con la percepción de las pensiones asistenciales reguladas en la ley 45/1960, de 21 de julio, así como con la de los subsidiarios de garantía de ingresos mínimos y de ayuda por tercera persona establecidos en la ley 13/1982, de 7 de abril, y regulados por real decreto 383/1984, de 1 de febrero. En tal supuesto, deberá ejercitarse opción en favor de alguna de las prestaciones declaradas incompatibles.
- Asimismo, la condición de pensionista de invalidez o jubilación en las modalidades no contributivas por parte del hijo con minusvalía, es incompatible con el derecho de los padres o de aquel, cuando sea huérfano absoluto, a percibir la asignación económica por hijo a cargo regulada por los apartados 3.2 y 3.3 del

⁶⁹² Tal y como establece la Disposición Adicional vigésima segunda de la LPGE para el año 2006 (Ley 30/2005, de 29 de diciembre): De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2 del Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) tendrá las siguientes cuantías durante 2006: a.El IPREM diario, 15,97 euros. b.El IPREM mensual, 479,10 euros. c. El IPREM anual, 5.749,20 euros.

En los supuestos en que la referencia al salario mínimo interprofesional ha sido sustituida por la referencia al IPREM en aplicación de lo establecido en el Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, la cuantía anual del IPREM será de 6.707,40 euros cuando las correspondientes normas se refieran al salario mínimo interprofesional en cómputo anual, salvo que expresamente excluyeran las pagas extraordinarias; en este caso, la cuantía será de 5.749,20 euros.

⁶⁹³ Disposición Transitoria sexta de la LGSS y Art. 18 del Real Decreto 357/1991.

artículo 167 del texto refundido de la ley general de la seguridad social, en la redacción dada por el artículo 3 de la ley 26/1990, de 20 de diciembre. En tales supuestos deberá ejercerse la correspondiente opción que, en el caso de que los beneficiarios sean diferentes, deberá formularse previo acuerdo de ambos⁶⁹⁴. A falta de acuerdo, prevalecerá el derecho a la pensión de la seguridad social de invalidez o jubilación, en su modalidad no contributiva.

G.- Gestión:⁶⁹⁵

Competencia.- Corresponde al Instituto Nacional de Mayores y Servicios Sociales o a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, la gestión de las pensiones de seguridad social por invalidez y jubilación, en sus modalidades no contributivas, así como la determinación del grado de minusvalía o enfermedad crónica, a efecto de la concesión de la pensión de invalidez no contributiva. La determinación del grado de minusvalía o enfermedad crónica se efectuara previo dictamen de los equipos de valoración y orientación de las direcciones provinciales del Instituto Nacional de Servicios Sociales o de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas⁶⁹⁶.

Procedimiento.- El procedimiento para el reconocimiento del derecho a las pensiones no contributivas de la Seguridad Social, por invalidez o jubilación, se iniciara por el interesado, su representante o por quien demuestre un interés legítimo para actuar en favor de personas con capacidad gravemente disminuida, y se ajustara a lo dispuesto en el citado Real Decreto y a la previsto, con carácter general, en la ley de procedimiento administrativo. Las resoluciones denegatorias de pensiones de invalidez, por no cumplir el requisito relativo al grado de minusvalía o enfermedad crónica o no

⁶⁹⁴ En los casos en que se viniese percibiendo una pensión no contributiva y se optase en favor de la asignación económica por hijo minusválido a cargo, los efectos económicos de la pensión no contributiva se extenderán hasta el último día del mes anterior a aquel en que han de surtir efectos económicos las asignaciones por hijo a cargo reconocidas.

⁶⁹⁵ Art. 21 y ss del Rd 357/1991.

⁶⁹⁶ véase la Orden de 2 de noviembre de 2000 (BOE de 17 de noviembre), por la que se determina la composición, organización y funciones de los Equipos de Valoración y Orientación dependientes del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales y se desarrolla el procedimiento de actuación para la valoración del grado de minusvalía dentro del ámbito de la Administración General del Estado. De conformidad con el Art. 5.5 del citado Real Decreto, véase la Orden de 12 de junio de 2001 (BOE de 26 de junio), sobre creación, composición y funciones de la Comisión Estatal de Coordinación y Seguimiento de la Valoración del Grado de Minusvalía.

alcanzar la puntuación mínima del baremo determinante de la situación de dependencia y necesidad del concurso de otra persona, deberán advertir expresamente de la limitación temporal para formular nueva solicitud.

El grado de minusvalía o enfermedad crónica será revisable, en tanto que el beneficiario no haya cumplido los sesenta y cinco años, por alguna de las siguientes causas: a.- agravación o mejoría de la situación de minusvalía o enfermedad crónica; b.- variación de los factores sociales complementarios; c.- error de diagnóstico o en la aplicación del correspondiente baremo.

El organismo gestor podrá revisar el grado de minusvalía o enfermedad crónica reconocido. A tal fin, en la propuesta del órgano de calificación de la minusvalía o enfermedad crónica se establecerá, cuando proceda en atención a las circunstancias concurrentes, el plazo máximo en que deba efectuarse la primera revisión del grado de minusvalía o enfermedad crónica que se declare. Asimismo, en cada una de las revisiones que se efectúen se determinará, en su caso, la fecha de la siguiente revisión. La primera revisión del grado de minusvalía o enfermedad crónica podrá instarse, por parte del interesado, una vez que hayan transcurrido dos años desde la fecha en que se haya reconocido dicho grado. Las posteriores revisiones podrán instarse después de transcurrido un año desde la fecha de la resolución que haya resuelto la petición de revisión anterior. Los plazos precedentes no serán de aplicación cuando se acredite suficientemente la variación de los factores personales o sociales valorados.

Las denegaciones presuntas y las resoluciones de los órganos gestores que recaigan sobre las pensiones a que se refiere este Real Decreto podrán ser objeto de reclamación previa a la vía jurisdiccional del orden social. Dicha reclamación previa se interpondrá ante el órgano que dictó la resolución, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral⁶⁹⁷.

⁶⁹⁷ Nueva regulación dada por el Real Decreto 1734/1994, de 29 de julio (BOE de 2 de agosto), por el que se adecua a la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, las normas reguladoras de los procedimientos relativos a las prestaciones sociales y económicas para la integración social de los minusválidos, las prestaciones no contributivas de la seguridad social y las pensiones asistenciales por ancianidad en favor de los emigrantes españoles.

3.2 La jubilación anticipada por minusvalía.-

El sistema actual de protección de los ciudadanos durante la tercera edad, tiene como principal instrumento (que no el único) el mandato constitucional a los poderes públicos de garantizar su suficiencia económica mediante pensiones adecuadas y periódica actualizadas (Art. 50 CE). Para su análisis debe tener muy presente varios aspectos que van a condicionar su régimen jurídico protector y el planteamiento de las recientes reformas (en el marco de la llamada jubilación gradual y flexible) y, sobre de todo, de las que están por llegar. Que la “*vejez*” es una realidad cambiante y dinámica, que se encuentra marcada por el conocido “*envejecimiento*” progresivo de la población. En consecuencia, nos encontramos con un colectivo que va a estar íntimamente relacionado con el nuevo sistema protector de la “*dependencia*”.

Esta pensión de jubilación se encuentra regulada –sólo parcialmente- en el Título II de la LGSS, en sus dos modalidades: modalidad contributiva (Art. 160 a 166⁶⁹⁸), y no contributiva (Art. 167 a 170⁶⁹⁹).

⁶⁹⁸ Véase la Orden de 18 enero de 1967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de Vejez en el Régimen General de la Seguridad Social (se derogan los Art. 4, 5.3, 7, 8 y 11, por RD 1647/1997, de 31 de octubre); además deben consultarse las siguientes disposiciones:

- Real Decreto 2366/1984, de 26 de diciembre, sobre reducción de la edad de jubilación de determinados grupos profesionales incluidos en el ámbito del estatuto del minero, aprobado por real decreto 3255/1983, de 21 de diciembre
- Jubilación especial a los 64 años. Real Decreto 1194/1985, de 17 de julio, por el que se acomodan, al amparo de lo establecido en la disposición adicional séptima de la ley 8/1980, de 10 de marzo, modificada por la ley 32/1984, de 2 de agosto, las normas sobre anticipación de la edad de jubilación como medida de fomento del empleo.
- Real Decreto 1559/1986, de 28 de junio, por el que se reduce la edad de jubilación del personal de vuelo de trabajos aéreos.
- Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que se integran los regimenes especiales de la seguridad social de trabajadores ferroviarios, jugadores de fútbol, representantes de comercio, toreros y artistas en el régimen general, así como se procede a la integración de régimen de escritores de libros en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos (artículos 3, 11 y 18, -se modifica el Art. 3.1, por RD 863/1990, de 6 de julio-).
- Orden de 30 de noviembre de 1987, para la aplicación y desarrollo, en materia de acción protectora, del real decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que se integran los regimenes especiales de la seguridad social de trabajadores ferroviarios, jugadores de fútbol, representantes de comercio, toreros y artistas en el régimen general, así como de escritores de libros en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos.
- Real decreto 480/1993, de 2 de abril, por el que se integra en el régimen general de la seguridad social el régimen especial de la seguridad social de los funcionarios de la administración local (Artículo 8).
- Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la seguridad social (artículos 2 a 5).

El concepto de esta contingencia –en su modalidad contributiva- viene recogido en el Art. 160 de la LGSS, y del mismo se desprende que la jubilación es el derecho a percibir una pensión pública dirigida a sustituir el defecto de ingresos que se produce con cese en el trabajo al alcanzar una determinada edad (función de sustitución típica de una prestación de la modalidad contributiva).

Pese a que la noción moderna de la jubilación se encuentra situada sobre el derecho subjetivo del trabajador al descanso tras una prolongada vida laboral, y que se encuentra desvinculada de la situación de incapacidad para el trabajo (aunque sigue estando presente el riesgo biológico de la vejez y el deterioro general y progresivo que ello produce), recientemente, el legislador ha considerado la minusvalía como aspecto a tener presente su protección y en concreto en la “rebaja” de la edad ordinaria de jubilación .

En efecto, aunque la edad ordinaria común –o tope inicial- como requisito condicionante del derecho a la pensión es de sesenta y cinco años (Art. 161 de la LGSS), el legislador prevé el adelanto de la misma a través de dos grandes bloques de

-
- Real Decreto 487/1998, de 27 de marzo, sobre reconocimiento, como cotizados a la seguridad social, de periodos de actividad sacerdotal o religiosa de los sacerdotes y religiosos o religiosas de la iglesia católica secularizados (se añade el Art. 5 por RD 1335/2005 de 11 de noviembre).
 - Real Decreto 2665/1998, de 11 de diciembre, por el que se completa el Real Decreto 487/1998, de 27 de marzo, sobre reconocimiento, como cotizados a la Seguridad Social, de los períodos de actividad sacerdotal o religiosa a los sacerdotes y religiosos o religiosas de la Iglesia Católica secularizados (se deroga la Disposición Adicional segunda por RD 432/2000, de 31 de marzo).
 - Real Decreto 432/2000, de 31 de marzo, por el que se regula el cómputo en el Régimen de Clases Pasivas del Estado de los períodos reconocidos como cotizados a la Seguridad Social, en favor de los sacerdotes y religiosos o religiosas de la Iglesia Católica, secularizados.
 - Ley 47/1998, de 23 de diciembre, por la que se dictan las reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del sistema de la Seguridad Social, en determinados casos especiales.
 - Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial.
 - Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados aspectos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible (se da nueva redacción al Art. 3.5, por RD 1425/2002, de 27 de diciembre, y al Art. 1.4 y la disposición transitoria 1.2, por RD 1795/2003, de 26 de diciembre).
 - Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía.

⁶⁹⁹ Véanse los Art. 8 y ss. del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla en materia de pensiones no contributivas la ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la seguridad social prestaciones no contributivas (se modifica el Art. 24, por RD 1734/1994, de 29 de julio; se modifica el Art. 23.1.d) y 2, por RD 118/1998, de 30 de enero; se anula el redondeo de la cuantía prevista en el Art. 14.5, por RD 1464/2001, de 27 de diciembre).

supuestos (siempre que el trabajador esté en situación de alta o asimilada al alta): la rebaja de la edad para colectivos concretos (Art. 161.2), y las llamadas jubilaciones anticipadas (Art. 161.3). A los que habría que añadir los diversos supuestos de compatibilidad entre trabajo y pensión (jubilación parcial y flexible).

Dentro del régimen de rebaja de la edad se aprecian dos grupos de supuestos: a.- cuando la edad mínima es rebajada por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca⁷⁰⁰; b.- y, el supuesto que ahora nos interesa, en el que la edad podrá ser reducida en el caso de personas minusválidas en un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100 en los términos contenidos en el correspondiente Real Decreto acordado a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales⁷⁰¹.

La existencia de la minusvalía, así como del grado del 65 % (que se debe acreditar en el momento del cese en el trabajo), se obtiene por aplicación del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, y se acreditarán mediante certificación del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o del órgano correspondiente de la respectiva Comunidad Autónoma que haya recibido la transferencia de las funciones y servicios de aquél.

⁷⁰⁰ Sobre este aspecto véase: el Real Decreto 2366/1984, de 26 de diciembre, sobre reducción de la edad de jubilación de determinados grupos profesionales incluidos en el ámbito del estatuto del minero, aprobado por Real Decreto 3255/1983, de 21 de diciembre; el Real Decreto 1559/1986, de 28 de junio (BOE de 31 de julio), por el que se reduce la edad de jubilación del personal de vuelo de trabajos aéreos; el Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que se integran los regímenes especiales de la seguridad social de trabajadores ferroviarios, jugadores de fútbol, representantes de comercio, toreros y artistas en el régimen general, así como se procede a la integración de régimen de escritores de libros en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos (véanse los artículos 11 y 18; el Art. 6 fue derogado por el RD 2064/1995, de 22 de diciembre).

⁷⁰¹ Este supuesto se encuentra desarrollado por el Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen coeficientes reductores de la edad de jubilación a favor de los trabajadores que acreditan un grado importante de minusvalía (de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General, y de los regímenes especiales Agrario, del Mar y Minería del Carbón).

El coeficiente reductor de la edad aplicable depende del grado de minusvalía acreditado durante el periodo efectivo de trabajo⁷⁰². En este sentido, nos encontramos con el coeficiente del 0,25, en los casos en que el trabajador tenga acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento; y, con el coeficiente del 0,50, en los casos en que el trabajador tenga acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento, y acredite la necesidad del concurso de otra persona para la realización de los actos esenciales de la vida ordinaria.

Para el cómputo del tiempo efectivamente trabajado, a efectos de la aplicación de los coeficientes establecidos en el párrafo anterior, se descontarán todas las faltas al trabajo, salvo las siguientes⁷⁰³: a.- las que tengan por motivo la baja médica por enfermedad común o profesional, o accidente, sea o no de trabajo; b.- las que tengan por motivo la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción, acogimiento o riesgo durante el embarazo; c.- las autorizadas en las correspondientes disposiciones laborales con derecho a retribución.

A efectos del cálculo de la pensión de jubilación por esta vía, la reducción de la edad, no produce ningún perjuicio económico, pues no sólo no se aplica coeficiente reductor en la cuantía de la pensión por anticipación de la edad, sino que además el período de tiempo en que resulte reducida la edad de jubilación del trabajador, de acuerdo con lo establecido en los párrafos anteriores, se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable para calcular el importe de la pensión de jubilación⁷⁰⁴.

Junto a lo anterior, se ha de precisar que esta reducción de la edad de jubilación por minusvalía, se conecta con las jubilaciones anticipadas previstas en la LGSS por la vía de la Disposición Transitoria 3.1.2^a *-jubilación anticipada a partir de los sesenta años por haber tenido la condición de mutualista-*, y la prevista en el Art. 161.3 *-jubilación anticipada ordinaria a partir de los sesenta y uno-*, a los que les serán de aplicación los coeficientes de reducción de la edad de jubilación por minusválido, a los efectos de determinar el coeficiente reductor de la cuantía de la pensión de jubilación

⁷⁰² Art. 3 del RD 1539/2003.

⁷⁰³ Art. 4 del RD 1539/2003.

⁷⁰⁴ Art. 5 del RD 1539/2003.

que corresponda en cada caso, y se tendrá en cuenta, a todos los demás efectos, la edad real del trabajador⁷⁰⁵.

3.3 Desempleo y discapacidad.-

3.3.1 Incompatibilidad entre invalidez y desempleo.-

Como regla general –hoy con numerosas excepciones incluso en la LGSS⁷⁰⁶-, en la regulación de la protección por desempleo se establece la incompatibilidad de las prestaciones por desempleo con la realización de trabajo y con la percepción de prestaciones de la Seguridad Social –y el consiguiente derecho de opción- (Art. 221 de la LGSS)⁷⁰⁷. De esta manera se establece:

⁷⁰⁵ Disposición Adicional única del RD 1539/2003. Es decir, un trabajador con una minusvalía igual o superior al 65 % que además hubiera sido mutualista antes de 1967, tiene acceso a la pensión desde los 60 años, pero a efectos de -edad real-, pero a efectos de calcular la cuantía de la pensión se le aplica los coeficientes de reducción de edad señalados para los minusválidos –el 0'25 o el 0'50-, lo que le permite tener una cuantía de la pensión mayor al suavizarse los efectos económicos que produce la aplicación de los coeficientes reductores por jubilación anticipada (en iguales términos en la jubilación anticipada a los 61 años).

⁷⁰⁶ Existen supuestos de compatibilidad en la propia LGSS (Art. 228.4 y 5):

- Cuando así lo establezca algún programa de fomento al empleo destinado a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo.
- Cuando se establezcan programas que permitan a las empresas sustituir a los trabajadores en formación por otros trabajadores desempleados beneficiarios de prestaciones por desempleo. En este caso, los trabajadores podrán compatibilizar las prestaciones con el trabajo a que se refiere este apartado.
- Cuando así lo establezca algún programa de fomento de empleo para facilitar la movilidad geográfica, la Entidad Gestora podrá abonar el importe de un mes de la duración de las prestaciones por desempleo o de tres meses de la duración del subsidio por desempleo, pendientes por percibir, a los beneficiarios de las mismas para ocupar un empleo que implique cambio de la localidad de residencia.

⁷⁰⁷ La relación de casos de compatibilidad e incompatibilidad están recogidos en el Art. 15.1 del RD 625/1985, en su redacción dada por el Real Decreto 200/2006, de 17 de febrero, y en concreto:

a) La prestación y el subsidio por desempleo serán compatibles:

- 1.º Con el trabajo retribuido por cuenta ajena a tiempo parcial.
- 2.º Con la indemnización que proceda por extinción del contrato de trabajo.
- 3.º Con la pensión de jubilación parcial, conforme a lo previsto en el artículo 14.1.b) del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial y con las pensiones o las prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social que hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación o el subsidio por desempleo.
- 4.º Con las becas y ayudas que se obtengan por asistencia a acciones de formación ocupacional o para realizar prácticas en entidades públicas o privadas que formen parte del plan de estudios y se produzcan en el marco de colaboración entre dichas entidades y el centro docente de que se trate.
- 5.º Con la realización de trabajos de colaboración social.
- 6.º Con las prestaciones de la Seguridad Social por hijo a cargo.
- 7.º Con el ejercicio por elección o designación de cargos públicos o sindicales retribuidos que supongan dedicación parcial.

- Que la prestación o el subsidio por desempleo, serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando éste se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado.
- Ambas prestaciones serán, asimismo, incompatibles con la obtención de pensiones o prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social, salvo que éstas hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación por desempleo.

Siguiendo este criterio general de incompatibilidad de las prestaciones por desempleo y otras prestaciones económicas de la seguridad social, el Real Decreto 625/1985, de 2 de abril⁷⁰⁸, en su artículo 16, común a las prestaciones del nivel

b) La prestación y el subsidio por desempleo serán incompatibles:

1.º Con el trabajo retribuido por cuenta ajena a tiempo completo, en régimen laboral o administrativo, o con situaciones asimiladas, que supongan la inclusión en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social aunque no esté previsto cotizar por la contingencia de desempleo, salvo cuando esté establecida la compatibilidad en algún programa de fomento de empleo.

2.º Con el trabajo por cuenta propia, con independencia del número de horas que se dediquen a la actividad y de los resultados económicos obtenidos, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de Seguridad Social.

3.º Con actividades de investigación o cooperación retribuidas, que supongan dedicación exclusiva.

4.º Con el ejercicio por elección o designación de cargos públicos o sindicales o altos cargos de la Administración, retribuidos, que supongan dedicación exclusiva.

5.º Con las pensiones o prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social, tanto de nivel contributivo como no contributivo, salvo que estén incluidas en los números 3.º y 6.º del apartado a).

6.º Con la activación de la reserva retribuida, a la que se refiere el Real Decreto 1691/2003, de 12 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de acceso y régimen de los reservistas voluntarios.

7.º Con cualquier otra situación que implique el derecho a percepciones económicas de carácter público como sustitutivas de las retribuciones dejadas de percibir por el cese en la actividad, manteniéndose un vínculo administrativo o laboral.

c) La compatibilidad a la que se refieren los números 1.º, 2.º, 3.º, 4.º y 7.º del apartado a), se entenderá sin perjuicio de su cómputo como renta a efectos del subsidio por desempleo en los términos indicados en el artículo 215.3.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

d) La compatibilidad a la que se refieren los números 1.º y 7.º del apartado a) se entenderá sin perjuicio del descuento a que se refiere el artículo 221.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto

Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y los apartados siguientes de este artículo.

e) La incompatibilidad con el trabajo a que se refiere el número 1.º del apartado b), se entenderá referida tanto al trabajo efectivo como a los períodos de vacaciones y de descanso retribuido.

⁷⁰⁸ Que se dictó en desarrollo de la hoy derogada Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo (derogada la Ley 31/1984 por la Disposición Derogatoria de la LGSS, este Real Decreto se encuentra en vigor en lo que no se oponga al contenido del Título III de la de la LGSS).

contributivo y asistencial, establece una serie de criterios de relación entre las prestación de invalidez y las de desempleo –y el derecho de opción-, y en concreto:

- Cuando el trabajador este percibiendo la prestación o subsidio por desempleo y pase a ser pensionista de invalidez, podrá optar entre seguir percibiendo aquellos hasta su agotamiento o la pensión que le corresponda por invalidez.
- Cuando el trabajador pierda su trabajo como consecuencia de haber sido declarado invalido permanente total, podrá optar, si reúne los requisitos para causar prestación por desempleo, entre percibir la prestación por desempleo que le corresponda hasta su agotamiento o la pensión de invalidez.
- Se entenderá que el trabajador ha optado por la pensión de invalidez cuando la haya sustituido por una indemnización a tanto alzado.

Pero también se establece un supuesto de compatibilidad entre prestaciones por desempleo y prestación por incapacidad y en concreto: Cuando un invalido permanente total, pierda o se le suspenda un trabajo compatible con su situación de pensionista por invalidez, tendrá derecho a percibir la prestación o subsidio por desempleo que le corresponda además de la pensión de invalidez (pues la pensión por incapacidad permanente total era compatible con el trabajo que originó la prestación por desempleo). Aunque, como precisa la jurisprudencia del Supremo, sólo se tendrá en cuenta para determinar el derecho, la cuantía y la duración de la protección por desempleo, aquellas cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de la declaración de la incapacidad, pues en otro caso se computarían doblemente (STS de 26 de febrero de 1997)⁷⁰⁹.

3.3.2 El subsidio por desempleo para trabajadores declarados capaces.-

El Art. 41 de la CE, cita expresamente al desempleo como prestación del régimen público de Seguridad Social, con lo que parece reconocer que esta prestación,

⁷⁰⁹ Nótese que en cada supuesto hace referencia diferenciada a la prestación o al subsidio por desempleo o a ambos, por lo que habrá que estar a cada caso.

por sus repercusiones políticas, económicas y sociales, no ocupa un papel marginal, sino que al contrario, se sitúa como una de las prioridades del sistema de Seguridad Social (quizás uno de los mecanismo básicos para corregir y luchar contra la desigualdad y la exclusión social).

De esta manera, la LGSS incluye a las prestaciones por desempleo dentro de su acción protectora (Art. 38.1), y desarrolla su contenido, rompiendo la lógica de la Ley, en un Título específico, el III (Art. 203 a 233). El Art. 203 de la LGSS define esta contingencia de forma restrictiva, como la situación en que se encuentran quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean reducida su jornada de trabajo –excluyendo por tanto a quienes buscan su primer empleo-. El modelo de protección es mixto, pues se estructura en dos niveles, contributivo y asistencial (este integra con singularidades la renta activa de inserción).

Tal y como establece el Art. 204 de la LGSS, la protección por desempleo se estructura en un nivel contributivo y en un nivel asistencial, ambos de carácter público y obligatorio: - El nivel contributivo tiene como objeto proporcionar prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir como consecuencia de la pérdida de un empleo anterior o de la reducción de la jornada; - El nivel asistencial, complementario del anterior, garantiza la protección a los trabajadores desempleados que se encuentren en alguno de los supuestos incluidos en el artículo 215 de la LGSS.

El contenido del nivel asistencial, comprende el llamado subsidio por desempleo, como prestación económica, y como prestación económica indirecta, el abono de las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes a las prestaciones de asistencia sanitaria, protección a la familia y, en su caso, jubilación, durante la percepción del subsidio por desempleo⁷¹⁰.

El nivel asistencial (Art. 215 a 219), que es el que en este momento nos interesa, se articula mediante la técnica de ayuda, es decir, tiene por objeto atender a situaciones

⁷¹⁰ Como prestación complementaria la acción protectora comprenderá, además, acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional en favor de los trabajadores desempleados, y aquellas otras que tengan por objeto el fomento del empleo estable. Todo ello sin perjuicio, en su caso, de las competencias de gestión de las políticas activas de empleo que se desarrollarán por la Administración General del Estado o por la Administración Autonómica correspondiente, de acuerdo con la normativa de aplicación.

reales de necesidad y este aspecto marca el resto de su régimen jurídico (supuestos protegidos, requisitos, cuantía de la prestación económica, etc.). No obstante, pese a esta nota, se pueden apreciar ciertos rasgos contributivos en alguno de los supuestos objeto de protección⁷¹¹. Junto a lo anterior, se ha de poner de manifiesto que, en la mayoría de los supuestos, nos encontramos con subsidios que vienen a complementar la prestación contributiva.

En el nivel asistencial se distinguen, no uno, sino varios subsidios –en atención a situaciones o colectivos-, que el legislador los llama “subsidios especiales”, para diferenciarlos de los comunes (los que nacen tras el agotamiento de la prestación por desempleo).

Entre los subsidios especiales, por pertenecer a colectivos con especiales dificultades de inserción se encuentra (Art. 215.1.1.e de la LGSS), el *“haber sido declarado plenamente capaz o inválido en el grado de incapacidad permanente parcial para la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrada, como consecuencia de un expediente de revisión por mejoría de una situación de invalidez en los grados de incapacidad permanente total para la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrada, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez”*.

La situación de necesidad se encuentra, en la pérdida de la pensión por incapacidad permanente que se produce con la declaración administrativa de plenamente capaz. Para tener derecho a este subsidio especial, y como requisitos comunes a todos ellos, además del requisito inicial de encontrarse incluido en el supuesto expuesto, podemos citar cuantos siguen: a.- hallarse en situación de desempleo⁷¹²; b.- carecer de rentas suficientes (rentas de cualquier naturaleza)⁷¹³

⁷¹¹ Específicamente hay un subsidio llamado contributivo dirigido a aquellos que “simplemente” no han alcanzado la cotización suficiente que exige el nivel contributivo.

⁷¹² Es preciso que exista una situación legal de desempleo, en los mismos términos que para la prestación por desempleo (Art. 207.c y 208 de la LGSS), y además que se trate de parados que, figurando inscritos como demandantes de empleo durante el plazo de un mes, sin haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales.

⁷¹³ Tal y como establece el Art. 215.3.2, se considerarán como rentas o ingresos computables cualesquiera bienes, derechos o rendimientos de que disponga o pueda disponer el desempleado derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario, de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional, salvo las asignaciones de la Seguridad Social por hijos a cargo y salvo el importe de las cuotas destinadas a la

superiores, en cómputo mensual, al 75% del salario mínimo interprofesional⁷¹⁴, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, se encuentren en alguna de las siguientes situaciones); c.- suscribir un compromiso de actividad⁷¹⁵.

Como requisito adicional de este subsidio especial, el de inválidos recuperados que se encuentran sin trabajo –sin necesidad de que tengan cargas familiares–, se encuentra la existencia de una previa resolución administrativa que acuerde la revisión de su incapacidad permanente previamente declarada, en los grados de incapacidad permanente total, para la profesión que ejercía el interesado o incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez⁷¹⁶.

El supuesto de hecho protegido se actualiza con independencia de que la resolución administrativa –que es ejecutiva– se haya recurrido. La cuantía de la prestación será la común prevista en el Art. 217.1 (es decir sin atender a la existencia de cargas familiares), y en concreto, igual al 80 por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples mensual vigente en cada momento. El derecho al subsidio por desempleo, nace a partir del día siguiente a aquel en que se cumpla el plazo de espera de un mes (periodo que en este subsidio especial no se alcanza a entender el sentido), y, su duración, será igualmente la común, es decir, de seis meses prorrogables, por períodos semestrales, hasta un máximo de dieciocho meses (Art. 216 y 219 de la LGSS).

financiación del convenio especial con la Administración de la Seguridad Social. También se considerarán rentas las plusvalías o ganancias patrimoniales, así como los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor el 50 por 100 del tipo de interés legal del dinero vigente, con la excepción de la vivienda habitualmente ocupada por el trabajador y de los bienes cuyas rentas hayan sido computadas, todo ello en los términos que se establezcan reglamentariamente.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, el importe correspondiente a la indemnización legal que en cada caso proceda por la extinción del contrato de trabajo no tendrá la consideración de renta. Ello con independencia de que el pago de la misma se efectúe de una sola vez o de forma periódica.

⁷¹⁴ Tal y como establece el Art. 3 del Real Decreto-Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, se mantiene la vinculación con el salario mínimo interprofesional a efectos de los requisitos de rentas, y en su caso responsabilidades familiares para el acceso y mantenimiento del subsidio por desempleo.

⁷¹⁵ El que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, así como de cumplir las restantes obligaciones previstas en la LGSS.

⁷¹⁶ El afectado tienen que ser declarado plenamente capaz, es decir, no se actualiza por el cambio de grado, salvo que sea declarado por revisión, incapaz permanente en el grado de parcial, en el que sí tendría derecho a este subsidio, pues en ese grado la prestación no es una pensión vitalicia.

3.3.3 La Renta Activa de Inserción.-

La Disposición Final 5ª de la LGSS, habilita al Gobierno en materia de protección por desempleo, a establecer, dentro del régimen financiero y de gestión establecido con carácter general para la protección por desempleo (contenido en el Título III de la LGSS), la denominada Renta Activa de Inserción. De este precepto se deduce que esta es una ayuda específica, dirigida a los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, que adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral⁷¹⁷.

La regulación de esta Renta se encuentra en el Real Decreto Real Decreto 205/2005, de 25 de febrero (BOE 26 de febrero), por el que se regula para el año 2005, el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo. Este Real Decreto se encuentra prorrogado para el año 2006, por el Real Decreto 393/2006, de 31 de marzo (BOE de 20 de abril).

De su análisis podemos concluir que nos encontramos ante *“un subsidio asistencial para colectivos específicos y de estructura prestacional compleja que pretende asumir, acumulativamente, funciones de compensación –garantía de rentas mínimas de subsistencia mediante una prestación económica-, y de reinserción al empleo –garantía de una oportunidad de empleo mediante prestaciones técnicas o en especie típicas de la política de empleo-, para aquellas personas que, con especiales*

⁷¹⁷ Sobre esta cuestión hay que poner de manifiesto que es una exigencia ya reiterada, pues la LGSS en su Art. 207, cuando establece los requisitos para el nacimiento del derecho a las prestaciones que los trabajadores deberán “encontrarse en situación legal de desempleo, acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad, al que se refiere el artículo 231 de esta Ley”. Además, cuando el Art. 231 de la LGSS, establece las obligaciones de los trabajadores, establece entre otras que estos deberán “suscribir y cumplir las exigencias del compromiso de actividad”. Este Art. en su apartado segundo establece que “a los efectos previstos en este título, se entenderá por compromiso de actividad el que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, así como de cumplir las restantes obligaciones previstas en este artículo. Para la aplicación de lo establecido en el párrafo anterior el Servicio Público de Empleo competente tendrá en cuenta la condición de víctima de violencia de género, a efectos de atemperar, en caso necesario, el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del compromiso suscrito.” Teniendo en cuenta que el objetivo es que se busque “activamente empleo, participar en acciones de mejora de la ocupabilidad, que se determinen por los Servicios Públicos de Empleo competentes, en su caso, dentro de un itinerario de inserción”.

dificultades para encontrar empleo –colectivos en riesgo de exclusión no sólo ocupacional, sino social-, no tengan derecho a la prestación o a los subsidios típicos – carácter subsidiario-. Es pues una última red de protección por desempleo interna al sistema de seguridad social”⁷¹⁸.

Entre estos colectivos, con especiales dificultados para encontrar empleo, como no podía ser de otra manera, vamos a encontrar a los minusválidos –aunque hay que advertir del carácter temporal del programa (anual, aunque hoy prorrogado), por lo que su contenido y los colectivos a los que va dirigido puede variar anualmente-. Sobre este aspecto, sería necesaria, según pensamos, una mayor vocación de permanencia sobre estos beneficiarios, e incluso sería deseable su incorporación directa a un nuevo bloque o nivel de protección por desempleo, o modalización del nivel asistencial, que se incluyera en la regulación actual del Título III de la LGSS, escapando de esta manera del criterio oportunista que supone su regulación reglamentaria.

Son beneficiarios de esta Renta Activa de Inserción, dos colectivos de minusválidos (Art. 2 del RD 205/2005):

- a) Los desempleados menores de 65 años que acrediten una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento, o tener reconocida una incapacidad que suponga una disminución en su capacidad laboral del porcentaje anteriormente indicado, siempre que se reúnan los siguientes requisitos: 1.- ser demandante de empleo inscrito ininterrumpidamente como desempleado en la oficina de empleo durante 12 o más meses⁷¹⁹; 2.- no tener derecho a las prestaciones o subsidios por desempleo, o a la renta agraria; 3.- carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias⁷²⁰.

⁷¹⁸ Vida Soria y AA VV, Manual de Seguridad Social, Ed. Comares, 2ª edición, pg. 394.

⁷¹⁹ A estos efectos, se considerará interrumpida la demanda de empleo por haber trabajado un período acumulado de 90 o más días en los 365 anteriores a la fecha de solicitud de incorporación al programa.

⁷²⁰ Tal y como establece el mismo precepto: “A estos efectos, aunque el solicitante carezca de rentas, en los términos anteriormente establecidos, si tiene cónyuge y/o hijos menores de 26 años, o mayores incapacitados o menores acogidos, únicamente se entenderá cumplido el requisito de carencia de rentas cuando la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias.

Se computará como renta el importe de los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las comunidades autónomas.

- b) También los mayores de 45 años, beneficiarios de pensiones de invalidez no contributiva, podrán ser incorporados al programa si reúnen, en el momento de la solicitud, los requisitos exigidos anteriormente, excepto el establecido en el apartado tercero por la percepción de la pensión, siempre que se acredite que dejarán de percibirla, a través de una certificación de la Administración competente sobre la suspensión de la pensión a partir de la fecha en que se inicie el devengo de la renta activa de inserción.

Sobre el contenido vigente de la Renta –reacuérdesse su carácter no permanente o de vigencia anual -, podemos señalar como más relevante el siguiente:

a.- La cuantía de la renta, será igual al 80 por ciento del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) mensual vigente en cada momento. Durante la percepción de la renta activa de inserción no existirá obligación por parte del Servicio Público de Empleo Estatal de cotizar a la Seguridad Social por ninguna contingencia.

b.- La renta activa de inserción se mantendrá hasta agotar su duración mientras el trabajador continúe en el programa, si bien su duración máxima será de 11 meses.

c.- Los trabajadores admitidos al programa, que realicen trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena a tiempo completo, percibirán una ayuda equivalente al 25 por ciento de la cuantía de la renta durante un máximo de 180 días a partir del primer día de trabajo tras la solicitud de admisión al programa, con independencia del número de contratos de trabajo o actividades por cuenta propia realizadas. La percepción de la ayuda no minorará la duración de la renta activa antes señalada. La ayuda no se aplicará a los contratos de inserción u otros contratos subvencionados por el Servicio Público de Empleo Estatal.

d.- El programa de renta activa de inserción comprende, además, las siguientes acciones de inserción laboral, que se mantendrán, complementándose entre sí, mientras

Se considerarán rentas las recogidas en el artículo 215.3.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.”

el trabajador permanezca en este: Asesoramiento individualizado; Itinerario de inserción laboral⁷²¹; Gestión de ofertas de colocación; Incorporación a planes de empleo o formación.

3.4 La pensión de invalidez del SOVI.-

La Disposición Transitoria 7ª de la LGSS, prevé la conservación del derecho a causar prestaciones del extinto SOVI a quienes acrediten ciertos requisitos⁷²². De esta manera, nos encontramos con una prestación de carácter residual, que se aplica a aquellos trabajadores y sus derechohabientes que, reuniendo los requisitos exigidos por la legislación del extinguido régimen, no tengan derecho a pensión del actual sistema de la Seguridad Social, y que además y como regla general es incompatible con otras pensiones del sistema, aunque recientemente, se ha promulgado la Ley 9/2005, de 6 de junio, (BOE 07/06/05), para compatibilizar las pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) con las pensiones de viudedad del Sistema de la Seguridad Social.

De esta manera, quienes el 1 de enero de 1967, cualquiera que fuese su edad, en dicha fecha, tuvieran cubierto el periodo de cotización exigido por el extinguido Seguro de Vejez e Invalidez, o que en su defecto, hubiesen figurado afiliados al extinguido Régimen del Retiro Obrero Obligatorio, conservarán el derecho a causar las prestaciones del SOVI –las de vejez, invalidez y viudedad-, con arreglo a las condiciones exigidas por la legislación del mismo⁷²³.

El campo de aplicación de la prestación por invalidez del SOVI queda limitado en el ámbito subjetivo a los trabajadores por cuenta ajena (dejando excluidos a los

⁷²¹ A partir de la admisión al programa y en el plazo máximo de 15 días, se establecerá el desarrollo del itinerario de inserción laboral del trabajador a través de varias acciones (entrevista profesional, elaboración o actualización de una plan personal de inserción laboral).

⁷²² Es este un régimen jurídico residual (aunque en la actualidad son beneficiarios de estas pensiones más de trescientas cincuenta mil personas) y que tiene carácter subsidiario, pues está condicionado a que el beneficiario carezca de protección al amparo del vigente sistema de Seguridad Social, o como se precisa, que no tenga derecho a otra pensión a cargo de los regímenes que integran el Sistema de Seguridad Social.

⁷²³ El SOVI se crea por Decreto de 18 de abril de 1947, y su marco normativo se completa con la Orden de 18 de junio de 1947, y con la Orden de 10 de agosto de 1957. Además debe tenerse presente la aplicación de las previsiones contenidas anualmente en la LPGE y en el correspondiente y anual Real Decreto de revalorización de las pensiones públicas.

trabajadores por cuenta propia y a los trabajadores de las Administraciones Públicas). Para tener derecho a la pensión de Invalidez de este régimen es necesario reunir una serie de requisitos⁷²⁴, que brevemente pasamos a exponer:

- *Grado de incapacidad:* debe ser absoluta y permanente para todo trabajo de su profesión habitual, siempre que produzca determinados efectos económicos (que le imposibilite ganar en un trabajo adecuado a sus fuerzas, al menos un tercio de lo que ganaba habitualmente). Además, esta invalidez, no puede serlo por causa imputable al propio trabajador, ni tampoco derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional.
- *Edad:* Que el beneficiario tenga cumplidos los 50 años, salvo supuestos excepcionales en los que la edad se reduce a los 30 (pérdida total de extremidades superiores o inferiores, o pérdida total de la visión o la enajenación mental incurable). Se puede deducir de esta descripción que a los mayores de 50 años se les exige la conocida hoy como incapacidad permanente total para su profesión habitual, y a los menores de dicha edad y mayores de 30 años, una incapacidad permanente absoluta para todo trabajo (quedan sin protección los menores de 30 años).
- *Carencia:* Como carencia se exige que el beneficiario acredite un periodo de cotización de al menos 1800 días al Régimen del SOVI –antes del 1 de enero de 1967- (sin que en este caso sea subsanable tal carencia por la mera afiliación al Retiro Obrero Obligatorio). Ha de tenerse presente que la legislación SOVI no contempla la responsabilidad empresarial por incumplimiento de la obligación de afiliación y alta y cotización, ni se puede aplicar el principio de automaticidad de las prestaciones ni el de responsabilidad subsidiaria de la Seguridad Social.

Con respecto a la cuantía de la pensión SOVI, la Disposición Adicional Decimotercera de la LGSS, establece que la misma, concurrentes o no con otras pensiones públicas, será la que se establezca en la correspondiente Ley de Presupuestos

⁷²⁴ Además del criterio general de no tener derecho a ninguna otra pensión a cargo de los regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social o a sectores laborales pendientes de integración en el mismo, con excepción de las pensiones de viudedad de las que puedan ser beneficiarios

Generales del Estado. En todo caso dicha pensión es imprescriptible, vitalicia y de cuantía fija –anualmente señalada-.

Pues bien, tal y como establece el Art. 45 de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de presupuestos generales para el 2006, a partir del 1 de enero del año 2006, la cuantía de las pensiones del extinguido seguro obligatorio de vejez e invalidez, no concurrentes con otras pensiones públicas, queda fijada, en cómputo anual, en 4.516,54 euros (se abonan 14 mensualidades al año)⁷²⁵.

No obstante, cuando la suma de todas las pensiones concurrentes (una vez revalorizadas y calculadas en cómputo anual) más la pensión del SOVI, sea inferior a la cuantía fija de ésta (calculada en cómputo anual), la pensión del SOVI se revalorizará en un importe igual a la diferencia resultante. Esta diferencia no tiene carácter consolidable. Si existe concurrencia con una pensión de viudedad, la suma de la pensión o pensiones de viudedad y la del SOVI no podrá ser superior al doble de la pensión mínima de viudedad correspondiente a beneficiarios con 65 o más años vigente en cada momento, en cómputo anual. De superarse el límite indicado, se minorará la cuantía de la pensión SOVI en el importe necesario.

3.5 Las prestaciones de la LISMI.-

Como respuesta al mandato del Art. 49 de la CE y dentro de la Seguridad Social Asistencial (que no debe confundirse con la Asistencia Social heredera de la antigua Beneficencia pública y hoy competencia de las Comunidades Autónomas), no sólo encontramos las hoy más conocidas como pensiones no contributivas, sino también la prestaciones de naturaleza asistencia (técnicas de asistencia social y de servicios sociales), tal y como establece el Art. 38.1.e y 38.2 de la LGSS.

Esta prestación asistencial a los minusválidos se instrumenta en la actualidad – fundamentalmente- a través de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de

⁷²⁵ En concreto:- Si no existe concurrencia con otras pensiones, el importe está constituido por la pensión básica más las mejoras. A partir de 1-1-2006, dicho importe es de 327,04 euros mensuales; -Si existe concurrencia con otras pensiones, el importe está constituido por la pensión básica más la mejora del año 1979, es decir, 1.140 pesetas (6,85 euros) mensuales.

los minusválidos⁷²⁶. A efectos de estas prestaciones, se entenderá por minusválido toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales⁷²⁷.

La acción protectora de dicho sistema, comprenderá, además de prestaciones técnicas y de servicios (asistencia sanitaria y prestación farmacéutica, recuperación profesional y rehabilitación medico-funcional), prestaciones económicas, y en concreto (Art. 12 de la LISMI): a) el subsidio de garantía de ingresos mínimo; b) el subsidio por ayuda de tercera persona; c) el subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte⁷²⁸.

Es también posible, la opción entre ser titular de estos subsidios o perceptor de una Pensión no Contributiva de Invalidez, Jubilación o Hijo a Cargo Minusválido, siempre que se reúnan las condiciones exigidas para acceder a estas pensiones. Es decir, quienes a la entrada en vigor de la Ley 26/1990, de 20 de noviembre, de pensiones no contributivas, tuvieron reconocido el derecho a el Subsidio de garantía de ingresos mínimos o a el Subsidio por ayuda de tercera persona, continuarán en el percibo de los mismos en los términos y condiciones que se prevén en la LISMI y normativa de desarrollo, salvo que los interesados pasen a percibir una pensión no contributiva.

⁷²⁶ Su regulación debe completarse con:

- Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, por el que se establece y regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas previsto en la Ley 13/1982, de Integración Social de los Minusválidos (BOE del 27 de febrero).
- Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que aprueba el texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE del 29 de junio), que derogó (refundiendo) la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas.
- Ley 3/1997, de 24 de marzo, sobre recuperación automática del Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos (BOE del 25 de marzo).

Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía (BOE del 26 de enero de 2000).

⁷²⁷ Art. 7 de la LISMI, para la determinación del grado de minusvalía véase el RD 1971/1999, de 23 de diciembre.

⁷²⁸ Ahora bien, los Subsidios de Garantía de Ingresos Mínimos y por Ayuda de Tercera Persona ,quedaron suprimidos por la Disposición Transitoria Undécima del Real Decreto Legislativo 1/1994, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, manteniendo el derecho los beneficiarios que los tenían reconocidos, en los términos y condiciones previstos en la legislación específica que los regula.

Teniendo presente lo indicado, pueden ser beneficiarios de estas prestaciones⁷²⁹, los que reúnan los siguientes requisitos:

A.- Para el subsidio de garantía de ingresos mínimos: a.- Ser mayor de edad; b.- tener una Minusvalía / Discapacidad de Grado igual o superior al 65% y verse imposibilitado de obtener empleo adecuado por esta causa; c.- no superar el nivel de recursos económicos personales del 70% , en cómputo anual del salario mínimo interprofesional, vigente en cada momento. En el supuesto de que el beneficiario tenga personas a su cargo dicho importe se incrementará en un 10%, por cada miembro distinto del beneficiario hasta el tope máximo del 100% del citado salario; d.- no ser beneficiario o no tener derecho, por edad o por cualesquiera otras circunstancias, a prestación o ayuda de análoga naturaleza y finalidad y, en su caso, de igual o superior cuantía otorgada por otro organismo público. En caso de menor importe se abonará la diferencia entre ésta y el subsidio; e.- no estar comprendido en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social por no desarrollar actividad laboral. En el supuesto de que teniendo reconocido el derecho, se comience a trabajar por cuenta propia o ajena, se suspenderá el pago del subsidio, recuperándose automáticamente cuando finalice dicha actividad⁷³⁰.

B.- Para el subsidio por ayuda de tercera persona: a.- ser mayor de edad; b.- tener una Minusvalía/Discapacidad: Grado igual o superior al 75%; c.- necesidad de

⁷²⁹ (estos Subsidios son compatibles entre sí e incompatibles con otras prestaciones públicas, siempre que sean de igual naturaleza y finalidad, y superior cuantía, cuando ésta sea inferior se abona la diferencia),

⁷³⁰ En relación con este apartado el apartado tercero de la Dip. Tran. 11ª de la LGSS establece:

- En los supuestos de contratación por cuenta ajena o establecimiento por cuenta propia de los beneficiarios del subsidio de garantía de ingresos mínimos, será de aplicación a los mismos, en cuanto a recuperación automática del derecho al subsidio, lo dispuesto al efecto para los beneficiarios de la pensión de invalidez en su modalidad no contributiva en el artículo 144 de la LGSS.

- Es decir, que cuando, sean contratados por cuenta ajena, se establezcan por cuenta propia o se acojan a los programas de renta activa de inserción para trabajadores desempleados de larga duración mayores de 45 años, recuperarán automáticamente, en su caso, el derecho a dicha pensión cuando, respectivamente, se les extinga su contrato, dejen de desarrollar su actividad laboral o cesen en el programa de renta activa de inserción, a cuyo efecto, no obstante lo previsto en el apartado 5 de este artículo, no se tendrán en cuenta, en el cómputo anual de sus rentas, las que hubieran percibido en virtud de su actividad laboral por cuenta ajena, propia o por su integración en el programa de renta activa de inserción en el ejercicio económico en que se produzca la extinción del contrato, el cese en la actividad laboral o en el citado programa.

Asimismo, no se tendrán en cuenta para el cómputo anual de sus rentas, a los efectos previstos en su legislación específica aplicable, las que hubieran percibido en virtud de su actividad laboral por cuenta ajena o propia en el ejercicio económico en que se produzca la extinción del contrato o el cese de la actividad laboral.

asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida; d.-no hallarse internado en centro; e.-no superar el nivel de recursos económicos personales del 70%, en cómputo anual del salario mínimo interprofesional, vigente en cada momento. En el supuesto de que el beneficiario tenga personas a su cargo, dicho importe se incrementará en un 10%, por cada miembro distinto del beneficiario hasta el tope máximo del 100% del citado salario; f.- no ser beneficiario o no tener derecho, por edad o por cualesquiera otras circunstancias a prestación o ayuda de análoga naturaleza y finalidad y, en su caso, de igual o superior cuantía otorgada por otro organismo público; g.- no estar comprendido en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social por no desarrollar actividad laboral.

C.- Para el subsidio de Movilidad y Compensación por Gastos de Transporte:

a.- tener tres o más años; b.- tener una Minusvalía / Discapacidad de Grado igual o superior al 33%; c.- presentar una grave dificultad para utilizar transportes colectivos; d.- no encontrarse imposibilitado para desplazarse fuera de casa. Si está interno en centro, salir al menos diez fines de semana al año; e.- no superar el nivel de recursos económicos personales y/o familiares del 70%, en cómputo anual del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), vigente en cada momento⁷³¹; f.- no ser beneficiario o no tener derecho, por edad o por cualesquiera otras circunstancias a prestación o ayuda de análoga naturaleza y finalidad y, en su caso, de igual o superior cuantía otorgada por otro organismo público; g.- no estar comprendido en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social por no desarrollar actividad laboral.

La cuantía de estas prestaciones no viene establecida en la LISMI, sino que esta se remite a su desarrollo reglamentario⁷³². Pueden ser presentadas en el siguiente cuadro:

⁷³¹ En el supuesto de que el beneficiario tenga personas a su cargo o dependa de una unidad familiar dicho importe se incrementará en un 10%, por cada miembro distinto del beneficiario hasta el tope máximo del 100% del citado salario.

⁷³² En la actualidad, al estar suprimidas las dos primeras –son prestaciones a extinguir- las Leyes de Presupuestos suelen establecer su cuantía si bien es cierto que en los últimos se observa una congelación de la misma –no hay garantía de revalorización-; y esto es lo que hace para el año 2006, La Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006. Por el contrario, el Subsidio de Movilidad y Compensación para Gastos de Transporte (la única prestación económica aún vigente), de conformidad con la Ley 30/2005 y el Real Decreto 1611/2005, de 30 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2006, sí es objeto de revalorización, experimentando un incremento del 4,4% que incluye el 1,4% de desviación del Índice de Precios al Consumo en el período noviembre/2004 a noviembre/2005.

<i>Subsidio</i>	<i>Cuantía anual</i>	<i>Cuantía mensual</i>
<i>SGIM</i>	<i>2.098,04 €</i>	<i>149,86 €</i>
<i>SATP</i>	<i>818,30 €</i>	<i>58,45 €</i>
<i>SMGT</i>	<i>573,60 €</i>	<i>47,80 €</i>

4. Beneficios fiscales.-

El ordenamiento tributario recoge una serie de incentivos fiscales, tendentes a favorecer la contratación y el autoempleo de trabajadores minusválidos. Veamos los más representativos:

4.1. Contratación de personas con discapacidad.-

4.1.1. Estimación objetiva del rendimiento de actividades económicas en el IRPF.-

Para aquellos sujetos pasivos del impuesto que desarrollen actividades económicas acogidas al régimen de determinación de rendimientos mediante el método de estimación objetiva en el IRPF, se establece una medida para favorecer de manera indirecta la contratación de trabajadores con discapacidad con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, consistente en, computarlo, a efectos de cuantificar el número de unidades del personal asalariado, un 60 por 100⁷³³.

⁷³³ Medida establecida por primera vez en la Orden de 7 de febrero de 2000, por la que se desarrollan para el año 2000 el régimen estimación objetiva del IRPF y el régimen especial simplificado del IVA, (BOE núm.35, de 10 de febrero de 2000), y que en las sucesivas Ordenes aprobadas para los años posteriores se sigue incluyendo, como ha ocurrido en la Orden HAC/3313/2003, de 28 de noviembre, por la que se desarrollan para el año 2004 el régimen de estimación objetiva y para el año 2005, en la Orden EHA/3902/2004, de 29 de noviembre.

4.1.2- Deducción por creación de empleo para trabajadores minusválidos.-

Debemos recordar que los contribuyentes del IRPF que desarrollen actividades económicas y determinen su rendimiento a través del régimen de estimación directa en cualquiera de sus modalidades, normal o simplificada, podrán aplicar los incentivos y estímulos a la inversión empresarial establecidos o que se establezcan en la normativa del Impuesto sobre Sociedades, con igualdad de porcentajes y límites de deducción, tal y como dispone el art. 69.2 TRLIRPF y el art. 68.2 de la nueva ley del IRPF.

Partiendo de lo anterior, la indicada deducción está prevista en el art.41 del TRLIS y se practica en la cuota íntegra del Impuesto cuando el sujeto pasivo incrementa su plantilla por la contratación de nuevos trabajadores con discapacidad. El importe de la deducción será de 6.000 euros por cada persona/año de incremento del promedio de la plantilla de trabajadores minusválidos, experimentando durante el período impositivo, respecto a la plantilla media de trabajadores minusválidos con dicho tipo de contrato del período inmediatamente anterior. Dichos trabajadores deben ser contratados, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos, es decir, el empleador debe solicitar a las Oficinas de Empleo los trabajadores con discapacidad que necesiten. El tipo de contrato debe ser indefinido y por jornada completa⁷³⁴.

Los trabajadores contratados que dieran derecho a la deducción prevista en este precepto, no se computarán a efectos de la libertad de amortización por creación de empleo regulada en el Real Decreto-ley 7/1994, de 20 de junio, en el Real Decreto-ley 2/1995, de 17 de febrero, y en el artículo 109 de esta TRLIS.

⁷³⁴ Vid. nuestro trabajo, «Incentivos ficales para la creación de empleo. (Libertad de amortización para inversiones generadoras de empleo y deducción por creación de empleo para trabajadores minusválidos), *Rev. Trabajo, (Revista andaluza de Relaciones Laborales)*, núm.11, junio 2002, págs.220 a 229.

4.2. Empresas cuya finalidad constitutiva sea la contratación trabajadores discapacitados: Centros especiales de empleo y Centros ocupacionales.-

En los epígrafes anteriores, acabamos de ver, cómo la contratación de trabajadores discapacitados es incentivada mediante una deducción en la cuota del IS. Esta medida de fomento está destinada a favorecer la incorporación de este tipo de trabajadores en empresas cuyo único objetivo es la obtención del mayor lucro posible. Finalidad lógica y plausible para una entidad con ánimo de lucro.

No obstante, existen otras empresas que, junto a esa finalidad lucrativa de obtener beneficios en el desarrollo de sus actividades, también persiguen finalidades de interés general. Este tipo de organizaciones empresariales podríamos encuadrarlas dentro de lo que en los últimos años se ha denominado *tercer sector o economía social*.

En estas empresas, la contratación de los trabajadores minusválidos no obedece exclusivamente a un deseo comprensible de obtener una ventaja fiscal, sino que es intrínseca a su finalidad social. Nos estamos refiriendo con ello a los denominados Centros especiales de empleo y a los Centros ocupacionales.

En efecto, con el objetivo de favorecer la integración social y laboral de los minusválidos los Art. 42 y 53 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), han previsto la figura de los Centros Especiales de Empleo y de los Centros Ocupacionales⁷³⁵. Estos centros pretenden conseguir la integración del minusválido en el mundo ordinario del trabajo cuando por sus circunstancias de orden personal, consecuentes con su minusvalía, no puedan ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales. Veamos, a continuación, cuáles son las características de cada uno de ellos y el régimen tributario que se les aplica en el Impuesto sobre Sociedades.

⁷³⁵ Estas normas han sido desarrolladas por el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de los centros especiales de empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social del minusválido y por Real Decreto 2274/1985, de 4 de diciembre, por el que se regulan los centros ocupacionales para minusválidos (ambos en BOE de 9-12-1985).

4.2.1. Centros especiales de empleo y centros ocupacionales.-

Los Centros Especiales de Empleo tienen como objetivo principal, realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones del mercado, y teniendo como finalidad el asegurar un empleo remunerado y la prestación de servicios de ajuste personal y social⁷³⁶ que requieran sus trabajadores minusválidos. A la vez que se configuran como un medio de integración del mayor número de minusválidos al régimen de trabajo normal.

Estamos, por tanto, ante empresas cuya plantilla está formada en gran parte por trabajadores minusválidos, que desarrollan una explotación económica como cualquier otra empresa convencional, en la que no exista esa especialidad referida a sus trabajadores. En este sentido, conviene reiterar que junto a la finalidad terapéutica y de asistencia social que cumplen, los Centros Especiales Empleo tienen como objetivo principal desarrollar un trabajo productivo como la empresa que son. Por este motivo, están obligados a realizar una gestión sujeta a las mismas normas y requisitos que los que afectan a cualquier empresa del sector al que pertenezcan.

Los Centros Especiales Empleo puede ser creados por las Administraciones Públicas, por personas físicas, jurídicas, Comunidades de bienes u otros entes sin personalidad jurídica que tengan, sin embargo, capacidad jurídica y de obrar para ser empresarios. De acuerdo con esto, según su titularidad, los Centros Especiales Empleo, podrán tener carácter público o privado. Por otra parte, atendiendo a la aplicación de sus posibles beneficios, los Centros Especiales Empleo pueden tener o no ánimo de lucro en función de si los beneficios obtenidos pueden ser distribuidos entre los titulares de la entidad o necesariamente han de ser reinvertidos en la misma.

Partiendo de esta doble división (públicos o privados, y con o sin ánimo de lucro) creemos que la tributación de estos centros puede sistematizarse en función del titular o promotor del Centros Especiales Empleo:

⁷³⁶ Por servicios de ajuste personal y social, se entenderán los de rehabilitación, terapéuticos, de integración social, culturales y deportivos que procuren al trabajador minusválido del centro especial de empleo, una mayor rehabilitación personal y una mejor adaptación en su relación social.

Entidad pública: Si una entidad pública constituye un Centro Especial de Empleo, sin dotarle de personalidad jurídica, tributará conforme el régimen de la propia entidad pública que, según el art. 9 del TRLIS, es el de la exención plena. Es decir, ninguna de las rentas que obtiene la entidad en el ejercicio de la explotación económica que se realiza en el Centro Especial de Empleo está sometida a gravamen. Si, por el contrario, la entidad pública dota al Centro Especial de Empleo de personalidad jurídica, tributará según el tipo de persona privada que haya sido constituida.

Entidad privada: Las personas físicas (normalmente los familiares de los discapacitados o los propios discapacitados), las jurídicas y los entes sin personalidad, pueden constituir también este tipo de entidades. La forma jurídica que los promotores dan a este tipo de organizaciones empresariales generalmente es la de fundación, asociación sin ánimo de lucro o, incluso, cooperativas. No obstante, también es posible que el promotor de un Centros Especiales Empleo sea una asociación con ánimo de lucro en cualquiera de sus formas, en cuyo caso el régimen fiscal aplicable a la misma, será el que hemos visto en el Capítulo anterior, sin perjuicio de algunas particularidades que se verán más adelante, en relación con el ITPAJD, respecto de las sociedades laborales.

Por otro lado, los centros ocupacionales son establecimientos cuya finalidad es la de asegurar los servicios de terapia ocupacional y de ajuste personal y social a los discapacitados, cuando por el mayor grado de su minusvalía no puedan integrarse en una Empresa o en un Centros Especiales Empleo. Se entiende por terapia ocupacional aquellas actividades o labores, no productivas, realizadas por minusválidos, de acuerdo con sus condiciones individuales, bajo la orientación del personal técnico del Centro encaminadas a la obtención de objetos, productos o servicios que no sean, regularmente, objeto de operaciones de mercado. Por servicios de ajuste personal y social se entenderán aquéllos que procuran a los minusválidos en los Centros Ocupacionales una mayor habilitación personal y una mejor adaptación en su relación social.

De acuerdo con esta definición normativa, los Centros Ocupacionales se caracterizan por tener una finalidad esencialmente terapéutica o de asistencia social, y no productiva, como ocurre en los Centros Especiales Empleo. De ello deriva que los Centros Ocupacionales no tendrán, en ningún caso, carácter de centros de trabajo para

los minusválidos sujetos de este servicio social. No obstante, se podrán establecer sistemas de premios o recompensas en orden a fomentar la más adecuada integración del minusválido en las actividades del Centro. Tales sistemas deberán ser supervisados por los Equipos Multiprofesionales a que hace referencia el artículo 10 de la LISMI.

Los Centros Ocupacionales promovidos por las Administraciones Públicas serán financiados con cargo a sus propios presupuestos. Las Instituciones o personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro titulares de estos Centros podrán obtener las subvenciones de sostenimiento que tengan establecidas para este fin las Administraciones Públicas en sus presupuestos, en cumplimiento de lo previsto en el Real Decreto 620/1981, de 5 de febrero, sobre régimen unificado de ayudas públicas a disminuidos y disposiciones de aplicación del mismo o las ayudas económicas que las sustituyan en desarrollo del artículo 4.º de la LISMI.

Como hemos visto los Centros Ocupacionales sólo podrán ser creados por las Administraciones Públicas y por entidades sin ánimo de lucro. De igual modo, lo normal es que el Centro Especial de Empleo esté configurado a través de entidades sin ánimo de lucro (fundaciones y asociaciones, en las que está prohibida la distribución de beneficios) por lo que vamos a señalar las especialidades del régimen tributario aplicable a estas entidades en el IS.

4.2.2. Beneficios fiscales de los Centros Especiales de Empleo y de los Centros Ocupacionales: Remisión al régimen fiscal aplicable a las entidades sin ánimo de lucro.-

Desde el punto de vista de la tributación de las entidades no lucrativas en este impuesto, existen dos grupos de fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro:

El primero está constituido por las fundaciones y asociaciones declaradas de utilidad pública (sólo lo son las asociaciones no lucrativas que hayan obtenido esta calificación administrativa⁷³⁷) que cumplen con los requisitos previstos en la Ley

⁷³⁷ Los artículos 32 a 35 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación están dedicados a las asociaciones de utilidad pública. En el ello se prevé el desarrollo

49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo. El cumplimiento de estos requisitos les permite disfrutar del régimen fiscal de esa Ley que contiene beneficios fiscales en el IS y en impuestos locales (IBI, IAE, e IIVTNU, como se verá más adelante), además de diversos incentivos al mecenazgo⁷³⁸.

El segundo grupo lo forman las fundaciones y asociaciones de utilidad pública que no cumplan con los requisitos de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre y el resto de asociaciones no lucrativas (las que no tengan la declaración de utilidad pública). Este tipo de entidades tributa de acuerdo con el régimen general de cada impuesto, salvo en el IS, en el que existe un régimen especial que se aplica a las mismas.

a) Fundaciones y asociaciones declaradas de utilidad pública.-

a.1. Rentas Exentas en el impuesto sobre sociedades.-

1º.- Los donativos y donaciones, incluidas las aportaciones o donaciones en concepto de dotación patrimonial, en el momento de su constitución o en un momento posterior, y las ayudas económicas recibidas en virtud de los convenios de colaboración empresarial regulados en el artículo 25 de esta Ley y en virtud de los contratos de patrocinio publicitario a que se refiere la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

2º.- Las cuotas satisfechas por los asociados, colaboradores o benefactores, siempre que no se correspondan con el derecho a percibir una prestación derivada de una explotación económica no exenta.

reglamentario del procedimiento para obtener esta declaración pero todavía no se ha producido. Antes de esta norma dicho procedimiento estaba contemplado en el Real Decreto 1786/1996, de 19 de julio sobre procedimientos relativos a asociaciones de utilidad pública.

⁷³⁸ Estos incentivos son la deducción de los donativos y donaciones en el IRPF, IS e IRNR del Art.19 a 21; los gastos en actividades y programas prioritarios de mecenazgo del Art.22 (la Ley de Presupuestos cada año incrementa los porcentajes de deducción para determinadas actividades); los Convenios de colaboración empresarial en actividades de interés general del Art.25 (las entidades beneficiarias, a cambio de una ayuda económica para la realización de sus actividades, se comprometen difundir la participación del colaborador en dichas actividades); y los gastos en actividades de interés general y de fomento y desarrollo de algunas artes (es la propia empresa la que realiza las actividades de interés general y no la entidad sin ánimo de lucro).

3°.- Las subvenciones, salvo las destinadas a financiar la realización de explotaciones económicas no exentas.

4°.- Las procedentes del patrimonio mobiliario (dividendos, participaciones en beneficios de sociedades, intereses, cánones) e inmobiliario (alquileres) de la entidad. El arrendamiento del patrimonio inmobiliario de la entidad no constituye, a estos efectos, explotación económica en ningún caso.

5°.- Las derivadas de adquisiciones o de transmisiones, por cualquier título, de bienes o derechos, incluidas las obtenidas con ocasión de la disolución y liquidación de la entidad.

6°.- Las que, de acuerdo con la normativa tributaria, deban ser atribuidas o imputadas a las entidades sin fines lucrativos (régimen de atribución de rentas o transparencia fiscal internacional) y que procedan de rentas exentas incluidas en alguno de los apartados anteriores de este artículo.

7°.- Las que deriven de determinadas explotaciones económicas desarrolladas en cumplimiento de su objeto o finalidad específica. Entre las explotaciones exentas que contiene el artículo 7 hay algunas que están directamente relacionadas con los discapacitados, como son: a.- las explotaciones económicas de prestación de servicios de promoción y gestión de la acción social, así como los de asistencia social e inclusión social de personas con discapacidad⁷³⁹; b.- las explotaciones económicas de prestación de servicios de hospitalización o asistencia sanitaria y sus actividades auxiliares y complementarias; c.- las explotaciones económicas de enseñanza y de formación profesional, en todos los niveles y grados del sistema educativo, así como las de educación infantil hasta los tres años, incluida la guarda y custodia de niños hasta esa edad, las de educación especial, las de educación compensatoria y las de educación permanente y de adultos, cuando estén exentas del IVA, así como las explotaciones

⁷³⁹ Entre estas actividades se incluyen las de formación ocupacional, la inserción laboral y la explotación de granjas, talleres y centros especiales en los que desarrollen su trabajo. La exención de estas explotaciones también alcanza a las actividades auxiliares o complementarias de las mismas, como son los servicios accesorios de alimentación, alojamiento o transporte.

económicas de alimentación, alojamiento o transporte realizadas por centros docentes y colegios mayores pertenecientes a entidades sin fines lucrativos⁷⁴⁰.

8º.- Las explotaciones económicas que tengan un carácter meramente auxiliar o complementario de las explotaciones económicas exentas o de las actividades encaminadas a cumplir los fines estatutarios o el objeto de la entidad sin fines lucrativos. En el caso de las explotaciones económicas principales que hemos visto en el apartado anterior, la propia Ley 49/2002 ya contempla expresamente la exención de unas determinadas actividades complementarias o auxiliares (alimentación, alojamiento o transporte). Por este motivo, a este tipo de actividades complementarias o auxiliares no les afecta la posible pérdida de la exención porque los ingresos obtenidos en ellas excedan del 20 % de los ingresos totales de la entidad. Esta limitación legal sólo afecta a las actividades complementarias o auxiliares cuya exención no está expresamente contemplada junto con la de la actividad principal.

9º.- Las explotaciones económicas de escasa relevancia. Se consideran como tales aquellas cuyo importe neto de la cifra de negocios del ejercicio no supere en conjunto 20.000 euros.

a.2. Tipo de gravamen reducido.-

Finalmente, respecto del tipo de gravamen reducido, que se aplica a las rentas no exentas (las explotaciones económicas no contempladas en el artículo 7), el artículo 10 de la Ley 49/2002 establece que será del 10 por 100.

b) Fundaciones y asociaciones de utilidad pública que no cumplan con los requisitos de la Ley 49/2002 y resto de asociaciones no lucrativas que no tengan la declaración de utilidad pública:

Las entidades no lucrativas que no cumplan con los requisitos de la Ley 49/2002, o que cumpliéndolos no quieran optar por ese régimen fiscal, tributarán en el

⁷⁴⁰ En relación con este tipo de explotaciones exentas es necesario tener presente que las mismas no pueden dar lugar a la aplicación de los incentivos fiscales generales para la contratación de trabajadores minusválidos. Estos incentivos sólo se podrán aplicar en las explotaciones económicas no exentas, es decir, en las ajenas a su finalidad u objeto social.

IS según lo dispuesto para las *Entidades parcialmente exentas* por el Capítulo XV del Título VIII (arts. 120 a 122) del TRLIS.

b.1. Rentas exentas en el impuesto sobre sociedades.-

El artículo 122 TRLIS reconoce la exención de las siguientes rentas: a.- las que procedan de la realización de actividades que constituyan su objeto social o finalidad específica; b.- las derivadas de adquisiciones y de transmisiones a título lucrativo, siempre que unas y otras se obtengan o realicen en cumplimiento de su objeto o finalidad específica; c.- las que se pongan de manifiesto en la transmisión onerosa de bienes afectos a la realización del objeto o finalidad específica cuando el total producto obtenido se destine a nuevas inversiones relacionadas con dicho objeto o finalidad específica.

La exención a que se refiere este artículo no alcanzará a los rendimientos de explotaciones económicas, ni a las rentas derivadas del patrimonio, ni a las rentas obtenidas en transmisiones, distintas de las señaladas en él. Si se realizaran explotaciones económicas, al no estar contemplada su exención, no habría inconveniente en que se aplicaran las deducciones para incentivar determinadas actividades del Capítulo IV del Título VI del TRLIS que hemos visto anteriormente (creación de empleo para trabajadores minusválidos).

b.2. Tipo de gravamen reducido.-

Por su parte el artículo 28 del TRLIS establece que su tipo de gravamen será del 25 por 100.

4.3. Incentivos fiscales destinados al desarrollo de actividades empresariales por discapacitados.-

4.3.1. Cooperativas de trabajo asociado.-

La disposición adicional tercera de la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre régimen fiscal de las cooperativas, recoge una bonificación del 90 por 100 de la cuota íntegra del Impuesto sobre Sociedades para las cooperativas de trabajo asociado, fiscalmente protegidas, cuando integren, al menos, un 50 % de socios minusválidos y que acrediten que, en el momento de constituirse la cooperativa, dichos socios se hallaban en situación de desempleo. Esta bonificación se podrá aplicar durante los cinco primeros años de actividad social, en tanto se mantenga el referido porcentaje de socios.

4.3.2. Prestación por desempleo en la modalidad de pago único.-

En el Capítulo segundo comentamos la existencia de una medida fiscal contenida en el IRPF que pretendía incentivar el autoempleo de trabajadores desempleados. Nos referimos a la exención contenida en el art.7 n) del TRLIRPF y de la nueva Ley del IRPF, de *"Las prestaciones por desempleo reconocidas por la respectiva entidad gestora cuando se perciban en la modalidad de pago único (...) con el límite de 12.020,24 euros, siempre que las cantidades percibidas se destinen a las finalidades y en los casos previstos en la citada norma"*.

Esos fines son esencialmente la constitución de una empresa. Utilizar el dinero recibido vía prestación por desempleo para financiar el desarrollo de una actividad empresarial. Pues bien como también indicamos, *"el límite establecido en el párrafo anterior no se aplicará en el caso de prestaciones por desempleo percibidas por trabajadores discapacitados que se conviertan en trabajadores autónomos, en los términos del artículo 31 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social"*.

Además, el precepto también señala que *"La exención (...) estará condicionada al mantenimiento de la acción o participación durante el plazo de cinco años, en el supuesto de que el contribuyente se hubiera integrado en sociedades laborales o cooperativas de trabajo asociado, o al mantenimiento, durante idéntico plazo, de la actividad, en el caso del trabajador autónomo"*.

Tanto el límite máximo exento de los 12.020,24 euros como el mantenimiento de los 5 años como requisito para que la exención se convierta en definitiva no será exigible para trabajadores discapacitados que se conviertan en autónomos.

En todo caso, recordemos, que cuando se perciba las prestaciones ordinarias de desempleo a cargo de la Seguridad Social, tanto el subsidio como el seguro de desempleo, se integrarán en su totalidad como rendimiento íntegros del trabajo, sin que les corresponda exención o reducción específica.

4.3.3. Exención en el Impuesto sobre Actividades Económicas.-

Con la reforma operada por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, que afectó de manera importante a este impuesto, en el sentido que declaro exentas del mismo a todos los contribuyentes personas físicas, por tanto, entre ellos las personas con discapacidad que desarrollen alguna actividad empresarial o profesional. Además, mantiene la exención⁷⁴¹, de carácter rogado, en el actual artículo 82.1.f) del TRLRHL referente a las asociaciones y fundaciones de disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales, sin ánimo de lucro, por las actividades de carácter pedagógico, científico, asistenciales y de empleo que para la enseñanza, educación, rehabilitación y tutela de minusválidos realicen, aunque vendan los productos de los talleres dedicados a dichos fines, siempre que el importe de dicha venta, sin utilidad para ningún particular o tercera persona, se destine exclusivamente a la adquisición de materias primas o al sostenimiento del establecimiento.

⁷⁴¹ Originariamente en el artículo 83.1.f) de la LRHL.