GOBIERNO DE ESPAÑA | MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN | SECRETARÍA DE ESTADO DE SEGURIDAD SOCIAL

LAS VÍAS DE INTEGRACIÓN Y RACIONALIZACIÓN DE LOS REGÍMENES ESPECIALES

RESPONSABLE: D.JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ Y Dª Mª DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO

Investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TIN/1902/2009, de 10 de julio (premios 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.

GOBIERNO DE ESPAÑA | MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN | SECRETARÍA DE ESTADO DE SEGURIDAD SOCIAL

Segundo premio del Fondo para el Fomento de la Investigación de la Protección Social (FIPROS) 2009. Investigación financiada al amparo de lo previsto en la Orden TIN/1902/2009, de 10 de julio

LAS VÍAS DE INTEGRACIÓN Y RACIONALIZACIÓN DE LOS REGÍMENES ESPECIALES

Directores: Juan José Fernández Domínguez y María de los Reyes Martínez Barroso
Coordinadora: Henar Álvarez Cuesta

Autores:

Juan José Fernández Domínguez
Germán Barreiro González
Henar Álvarez Cuesta
Susana Rodríguez Escanciano
Roberto Fernández Fernández
José Gustavo Quirós Hidalgo
María de los Reyes Martínez Barroso
Javier Fernández-Costales Muñiz
Rodrigo Tascón López
Beatriz Agra Viforcos
Diego Megino Fernández
María Purificación García Miguélez

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

AA.VV.	Autores varios
AL	Revista Actualidad Laboral
AS	Repertorio Aranzadi de Tribunales Superiores de Justicia (Sala Social)
art./arts.	artículo/artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC. AA.	Comunidades Autónomas
CC.OO.	Comisiones Obreras
CE	Constitución Española
CEOE	Confederación Española de Organizaciones Empresariales
CEPYME	Confederación Española de Pequeña y Mediana Empresa
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
cit.	obra citada
Coord.	Coordinador
Cont.-Admtivo.	Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo
DGSS	Dirección General de la Seguridad Social
Dir.	Director
DL	Revista de Documentación Laboral
DMC	Decreto 384/1969, de 17 de marzo, sobre actualización del Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, de acuerdo con la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento del Régimen General de la Seguridad Social
EBEP	Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público
Ed.	Editor
ed.	Edición
ET	Estatuto de los Trabajadores
IAE	Impuesto sobre Actividades Económicas
INSS	Instituto Nacional de Seguridad Social
ILT	Incapacidad Laboral Transitoria
IP	Incapacidad Permanente
IRPF	Impuesto de la Renta de las Personas Físicas
ISFAS	Instituto Social de las Fuerzas Armadas
IT	Incapacidad Temporal
IVA	Impuesto sobre el Valor Añadido
LCPE	Real Decreto 172/1988, de 22 de Febrero, sobre Procedimientos de Jubilación y Concesión de Pensión de Jubilación de Funcionarios civiles del Estado
LETA	Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo
LFCE	Ley de Funcionarios Civiles del Estado
LGSS	RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LISOS	RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en materia laboral
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LO	Ley Orgánica

LPL	RD Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral
LPRL	Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales
LRJAP	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
MAP	Ministerio de Administraciones Públicas
MTIN	Ministerio de Trabajo e Inmigración
MTAS	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
MTSS	Ministerio de Trabajo y Seguridad Social
MUFACE	Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado
MUGEJU	Mutualidad General Judicial
MUNPAL	Mutualidad Nacional de la Administración Local
núm.	número
OC 2010	Orden TIN/25/2010, de 12 de enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Orden del Ministerio de Trabajo de 3 de abril de 1973, dictada para la aplicación y desarrollo del Decreto 298/1973
pág./págs.	página/páginas
PEE	Papeles de Economía Española
RD	Real Decreto
RD Ley	Real Decreto Ley
RD Legislativo	Real Decreto Legislativo
RDT	Revista de Derecho del Trabajo
REA	Régimen Especial de Agrarios
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo
RETA	Régimen Especial de Trabajadores Autónomos
RG	Régimen General de Seguridad Social
RISS	Revista Internacional de Seguridad Social
RIT	Revista Internacional de Trabajo
RJ	Repertorio Aranzadi del Tribunal Supremo
RJCA	Repertorio Aranzadi de Tribunales Superiores de Justicia (Sala Contencioso-Administrativa)
RMC	Régimen Especial de la Minería del Carbón
RMTAS	Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
RPS	Revista de Política Social
RT	Revista de Trabajo
RTC	Repertorio de Sentencias del Tribunal Constitucional
RTCT	Repertorio de Sentencias del Tribunal Central de Trabajo
RTL	Revista Técnico Laboral
RTSS	Revista de Trabajo y Seguridad Social
RTSS (CEF)	Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)
RSS	Revista de Seguridad Social
SOVI	Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez

STCo	Sentencia del Tribunal Constitucional
STCT	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo
STS	Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Social
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala Social
T.	Tomo
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TL	Revista de Temas Laborales
TRADE	Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente
TS	Revista de Tribuna Social
ss.	siguientes
UGT	Unión General de Trabajadores
Vol.	Volumen

ÍNDICE

PRESENTACIÓN (Juan José Fernández Domínguez y María de los Reyes Martínez Barroso)

METODOLOGÍA

CAPÍTULO I.- EL PROCESO DE INTEGRACIÓN DE LOS REGÍMENES ESPECIALES: MARCO CONCEPTUAL Y FINALISTA (Juan José Fernández Domínguez y Germán Barreiro González
I.- El origen y evolución de los Regímenes Especiales. Su sentido en el pasado y en la actualidad
II.- El proceso histórico de integración de los Regímenes Especiales
III.- De hoy hacia el futuro: planteamiento general sobre la estructura del Sistema español en el horizonte
IV.- Bibliografía

CAPÍTULO II.- EL RETA COMO RÉGIMEN GENERAL DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS (Henar Álvarez Cuesta)
I.- Introducción
II.- Campo de aplicación del RETA
    1.- Sujetos encuadrados en el Régimen de Autónomos
    2.- La incorporación de nuevos colectivos
III.- Afiliación y alta
IV.- La obligación de cotizar
V.- Contingencias protegidas
VI.- Acción protectora
    1.- Incapacidad temporal
    2.- Incapacidad permanente
    3.- Prestaciones por maternidad y paternidad
        3.1.- Prestación por maternidad
        3.2.- Prestación por maternidad no contributiva
        3.3.- Prestación por paternidad
    4.- Riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural
    5.- Muerte y supervivencia
    6.- La desesperante espera por una reforma en la jubilación
    7.- Cese de actividad o desempleo de los autónomos
VII.- Bibliografía

CAPÍTULO III.- REFLEXIONES SOBRE EL MUTUALISMO ADMINISTRATIVO EN UN CONTEXTO DE SIMPLIFICACIÓN DE LOS REGÍMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL (Susana Rodríguez Escanciano)
I.- Consideraciones sobre la pluralidad de regímenes de Seguridad Social. Particular referencia a la protección social de los funcionarios
II.- Justificación histórica
III.- El Mutualismo como sistema complementario de tutela
IV.- Dispersión normativa
V.- Diversidad subjetiva crónica
    1.- Funcionarios civiles del Estado

2.- Fuerzas Armadas
3.- Administración de Justicia
VI.- Estructura y gestión
1.- Organización administrativa
2.- Actos de encuadramiento
3.- Cotización
VII.- Contingencias protegidas
1.- Ausencia de protección por desempleo
2.- Asistencia sanitaria
3.- Prestación farmacéutica
4.- Incapacidad temporal para el servicio
5.- Incapacidad permanente
6.- Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural
6.1.- Maternidad y paternidad
6.2.- Riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural
7.- Auxilio por defunción y ayuda al sepelio
8.- Prestaciones "singulares"
VIII.- Orden jurisdiccional competente
IX.- Bibliografía

CAPÍTULO IV.- RACIONALIZACIÓN Y SIMPLIFICACIÓN DE LOS REGÍMENES ESPECIALES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. CLASES PASIVAS DEL ESTADO (Roberto Fernández Fernández)
I.- Contexto normativo de las Clases Pasivas del Estado
II.- Ámbito personal de aplicación
III.- Constitución de la relación jurídica
IV.- Aportaciones al Régimen de Clases Pasivas del Estado
V.- Gestión del Régimen
VI.- Características de las prestaciones
VII.- Principios comunes a los auxilios garantizados
VIII.- Pensiones de jubilación o retiro
1.- Hecho causante
2.- Período de carencia
3.- Cuantía de la pensión
IX.- Muerte y supervivencia
1.- Viudedad
2.- Orfandad
3.- En favor de los padres
X.- Pensiones extraordinarias
XI.- Conclusiones: hacia una progresiva simplificación e integración de los Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos
XII.- Bibliografía

CAPÍTULO V.- LA INTEGRACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL AGRARIO EN LOS REGÍMENES DE AUTÓNOMOS Y GENERAL (José Gustavo Quirós Hidalgo)
I.- Introducción
II.- Integración de los trabajadores agrarios por cuenta propia en el RETA
1.- Ámbito de aplicación del Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agrarios

1.1.- Requisitos subjetivos
1.2.- Requisitos objetivos
1.3.- Inscripción, afiliación, altas y bajas en el Sistema Especial
2.- Cotización
3.- Acción protectora
III.- Integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el RG
1.- Actual ámbito de aplicación del REA
1.1.- Ámbito objetivo
1.1.1 Actividades incluidas
A) Delimitación positiva
B) Delimitación negativa
1.1.2.- Ejercicio de la actividad agraria de forma habitual y como medio fundamental de vida
1.2.- Ámbito subjetivo
1.2.1.- Inclusiones expresas
1.2.2.- Exclusiones expresas
1.3.- Posible ámbito de aplicación del futuro Sistema Especial de Trabajadores por cuenta ajena agrario" del RG
2.- Actos de encuadramiento. El censo
2.1.- Inscripción
2.2.- Exclusión
3.- Cotización
3.1.- Por contingencias comunes
3.2.- Por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales
3.3.- Fondo de Garantía Salarial
3.4.- Cotización conjunta para la cobertura por desempleo
3.5.- Cotizaciones del Servicio Público de Empleo
3.6.- Reglas particulares sobre incapacidad temporal y vacaciones.
4.- Acción protectora
4.1.- Asistencia sanitaria
4.2.- Incapacidad temporal
4.3.- Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural
4.4.- Incapacidad permanente
4.5.- Lesiones permanentes no invalidantes
4.6.- Jubilación
4.7.- Muerte y supervivencia
4.8.- Prestaciones familiares
4.9.- Desempleo
4.9.1.- Desempleo de trabajadores fijos
4.9.2.- Subsidio de trabajadores eventuales de Andalucía y Extremadura
4.9.3.- Renta activa de inserción y renta agraria para eventuales de Andalucía y Extremadura excluidos del subsidio
4.9.4.- Prestación contributiva de trabajadores eventuales
4.9.5.- Protección por desempleo en el Sistema Especial
IV.- Bibliografía

CAPÍTULO VI.- RÉGIMEN ESPECIAL DE LA MINERÍA DEL CARBÓN. PECULIARIDADES Y POSIBILIDADES DE INTEGRACIÓN (Mª de los Reyes Martínez Barroso)

I.- Las nefastas consecuencias derivadas de la fragmentación del Sistema como punto de partida

II.- Justificación histórica del Régimen Especial de la Minería del Carbón

III.- La equidad social, la utilidad económica y las razones de orden político como sustento

IV.- Justificación legal

V.- Principales peculiaridades del Régimen Especial de la Minería del Carbón

- 1.- Ámbito de aplicación
- 2.- Actos de encuadramiento
- 3.- Riesgos protegidos
  - 3.1.- El accidente de trabajo minero y las normas específicas para su prevención
  - 3.2.- La enfermedad profesional. En especial la silicosis
    - 3.2.1.- Regulación jurídica de la silicosis
    - 3.2.2.- Concepto y grados de silicosis
      - A) Silicosis de primer grado
      - B) Silicosis de segundo grado
      - C) Silicosis de tercer grado
    - 3.2.3.- Valoración de la incapacidad en supuestos de neumoconiosis
- 4.- Peculiaridades en materia de acción protector
  - 4.1.- La incapacidad permanente
    - 4.1.1.- Valoración conjunta de lesiones incapacitantes
    - 4.1.2.- Incapacidad permanente total cualificada
    - 4.1.3.- Declaración y revisión del grado de incapacidad permanente una vez cumplida la edad de jubilación
    - 4.1.4.- Base reguladora de la pensión de incapacidad permanente derivada de silicosis diagnosticada con posterioridad al cese en la actividad con riesgo pulvígeno
  - 4.1.5.- Nueva cuantía de la pensión de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez al cumplir la edad de jubilación
- 5.- La jubilación en el Régimen Especial Minero
  - 5.1.- Coeficientes reductores de la edad de jubilación
  - 5.2.- Jubilación de los inválidos totales
- 6.- Prestaciones de muerte y supervivencia
- 7.- La financiación de las contingencias comunes a partir de bases de cotización normalizadas
  - 7.1.- Normalización de las bases de cotización
  - 7.2.- Bases normalizadas correspondientes al presente ejercicio
  - 7.3.- Topes máximo y mínimo
  - 7.4.- Cotización de trabajadores pertenecientes a categorías de nueva creación y que hayan suscrito convenio especial en dicho Régimen
  - 7.5.- Cotización por contingencias profesionales
  - 7.6.- Cotización durante la percepción de la prestación por desempleo

VI.- Ayudas a la producción de carbón y política de prejubilaciones

VII.- Un interrogante abierto: sobre las posibilidades de integración futura en el Régimen General
VIII.- Bibliografía

CAPÍTULO VII.- ANÁLISIS DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DEL MAR. EN TORNO A LA POSIBILIDAD DE SU RACIONALIZACIÓN E INTEGRACIÓN (Javier Fernández-Costales Muñiz)

I.- Campo de aplicación
- 1.- Trabajadores por cuenta propia
- 2.- Trabajadores por cuenta ajena
- 3.- Asimilación de armadores a trabajadores por cuenta ajena
- 4.- La nacionalidad del buque como circunstancia específica
- 5.- El convenio especial

II.- Actos de encuadramiento: inscripción de empresas, embarcaciones, afiliación de trabajadores, altas y bajas
- 1.- Inscripción de empresas
- 2.- Afiliación, altas, bajas y variaciones de datos

III.- Cotización y recaudación
- 1.- Sujetos obligados
- 2.- Sujetos responsables
- 3.- Nacimiento, duración y extinción de la obligación
- 4.- Clasificación de los trabajadores en grupos de cotización
- 5.- Bases y tipos de cotización
- 6.- Recaudación

IV.- Acción protectora
- 1.- Concepto de accidente de trabajo
- 2.- Asistencia sanitaria
  - 2.1.- Reconocimiento previo al embarque
  - 2.2.- Trabajadores por cuenta propia
  - 2.3.- Trabajadores embarcados
- 3.- Incapacidad temporal
- 4.- Incapacidad permanente
- 5.- Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia
- 6.- Muerte y supervivencia
- 7.- Protección a la familia
- 8.- Desempleo
  - 8.1.- La protección por desempleo en caso de naufragio
  - 8.2.- Normativa coyuntural en materia de desempleo
  - 8.3.- Prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos
- 9.- Jubilación
- 10.- Protección asistencial

V.- Gestión
- 1.- El Instituto Social de la Marina
- 2.- Otras entidades colaboradoras

VI.- A modo de conclusión

CAPÍTULO VIII.- SOBRE LA SITUACIÓN ACTUAL DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS EMPLEADOS DE HOGAR Y LA NECESIDAD DE SU HOMOGENEIZACIÓN CON EL RÉGIMEN GENERAL (Rodrigo Tascón López)
I.- Introducción
II.- Sujetos incluidos en su campo de aplicación
III.- Las obligaciones formales: inscripción, afiliación, alta y baja en el Régimen Especial de empleados de hogar
IV.- Cotización
V.- Acción protectora
1.- Incapacidad temporal
2.- Incapacidad permanente
3.- Jubilación
4.- Prestación económica por profesión religiosa
5.- Muerte y supervivencia
6.- Prestaciones familiares de maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural
VI.- Incompatibilidades
VII.- Conclusiones
VIII- Bibliografía

CAPÍTULO IX.- RÉGIMEN ESPECIAL DE ESTUDIANTES: EL SEGURO ESCOLAR (Beatriz Agra Viforcos)
I.- Introducción. Caracterización general del Seguro Escolar
II.- Ámbito de aplicación y requisitos
III.- Actos de encuadramiento, cotización y recaudación
IV.- Riesgos cubiertos y prestaciones
1.- Accidente escolar
1.1.- Asistencia médica y farmacéutica
1.2.- Indemnizaciones y pensiones por incapacidad
1.3.- Indemnizaciones por fallecimiento
2.- Infortunio familiar
3.- Enfermedad
3.1.- Asistencia médica
3.2.- Prestaciones farmacéuticas
3.3.- Indemnización por gastos de sepelio
4.- Prestaciones complementarias
V.- Incompatibilidades
VI.- Gestión, solicitudes, reconocimiento y pago
VII.- Propuestas de mejora
VIII.- Bibliografía

CAPÍTULO X.- ALGUNAS INCORPORACIONES EXPRESAS AL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. VENTURAS Y DESVENTURAS DE LOS DEPORTISTAS POR CUENTA AJENA, LOS PROFESIONALES TAURINOS Y EL PERSONAL FUNCIONARIAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL (Diego Megino Fernández)
I.- Introducción
II.- El heterogéneo colectivo de los deportistas profesionales

1.- Historia de un torpe y prolongado peregrinaje para lograr la plena y efectiva incorporación en el Sistema de la Seguridad Social

2.- El concepto de deportista profesional como piedra angular en orden a la incorporación en el Sistema

3.- Su contribución a la caja única del Sistema

4.- El grado de tutela otorgada al deportista profesional dentro del Sistema de la Seguridad Social

5.- El peculiar y diferenciado tratamiento establecido para los deportistas de alto nivel

III.- Las circunstancias distintivas que describen la situación de los diestros y de otros sujetos asociados a la lidia

1.- La exacta delimitación de la noción de profesional taurino como punto de partida.

2.- Elementos definitorios en materia de actos de encuadramiento

2.1.- La inscripción de quien contrata los servicios del profesional taurino

2.2.- Diligencias a observar en orden a la incorporación al Sistema del profesional taurino

3.- Condiciones definitorias en las contribuciones a satisfacer al Sistema

4.- Cuestiones relevantes en materia de acción protectora

IV.- Los funcionarios de la Administración local. Una reseña

V.- Conclusiones

VI.- Bibliografía

CAPÍTULO XI.- TRABAJADORES FERROVIARIOS, REPRESENTANTES DE COMERCIO Y ARTISTAS EN ESPECTÁCULOS PÚBLICOS (María Purificación García Miguélez)

I.- Introducción o planteamiento general

II.- Particularidades del Sistema Especial de Seguridad Social de los trabajadores ferroviarios integrados en el Régimen General de Seguridad Social

III.- Particularidades del Sistema Especial de Seguridad Social de los representantes de comercio integrados en el Régimen General de Seguridad Social

1.- Inscripción en el Sistema protector de la Seguridad Social de empresas con representantes de comercio en su plantilla

2.- Afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los representantes de comercio

3.- La cotización de los representantes de comercio

IV.- Particularidades del Sistema Especial de Seguridad Social de los artistas en espectáculos públicos integrados en el Régimen General de Seguridad Social

V.- Posibilidades de integración absoluta de los colectivos existentes. Ventajas, inconvenientes y dificultades para un proceso integral de inclusión

VI.- Bibliografía

PRESENTACIÓN

Empleando una rigurosa metodología científica los autores parten del planteamiento de las peculiaridades de cada uno de los Regímenes Especiales existentes y de los colectivos integrados en el General tratando de destacar las carencias actuales derivadas de la falta de homogeneidad del sistema, con la aportación de posibles soluciones al respecto, utilizando para ello cuantos argumentos normativos y jurisprudenciales han sido necesarios, acudiendo, cuando ha sido preciso, al Derecho Comparado, el cual, en alguna ocasión, ha servido como elemento de contraste o como modo de aportar soluciones alternativas a determinados problemas.

Las diversas materias a estudiar en la Memoria que se presenta se han asignado al equipo investigador (formado por los miembros del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León, todos ellos Doctores y funcionarios docentes e investigadores de dicha institución más dos profesores contratados, uno de ellos prestando servicios actualmente en la Universidad privada, lo cual da buena muestra de su cualificación) de acuerdo con el siguiente esquema.

Juan José Fernández Domínguez, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León, con una dilatada experiencia en la gestión de proyectos de investigación, ha asumido la función de coinvestigador principal y junto con **Germán Barreiro González**, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León desde junio de 1986, "maestro" de todos los integrantes del equipo, se han encargado de elaborar un "*PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA ESPAÑOL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DE LOS INCONVENIENTES QUE PRESENTA*" a día de hoy la falta de homogeneidad entre los diversos Regímenes de Seguridad Social apuntando diversas opciones "racionalizadoras" de futuro.

Henar Álvarez Cuesta, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León, se ha ocupado de realizar la importante labor de coordinación de un equipo de investigación tan extenso, a la vez que es autora del Capítulo dedicado al estudio de "*EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS: AUTONOMÍA, PERVIVENCIA Y CONVERGENCIA CON EL GENERAL*". Dicho apartado tiene como objetivo analizar la cobertura de este Régimen, en particular los colectivos que deberían estar integrados en el mismo, los problemas que actualmente padece y, sobre todo, las diferencias en cuanto a prestaciones y cobertura respecto al Régimen General. En este caso en concreto no se defiende la integración de éste en el General, antes bien, se defiende su pervivencia como el único "otro" Régimen, paralelo a aquél y que agrupe a todos los trabajadores por cuenta propia, sin importar la actividad a la que se dediquen. Asimismo, pese a conservar su independencia, el RETA ha de ser un fiel reflejo del General en cuanto a nivel de protección alcanzada. El estudio maneja la bibliografía más importante sobre el tema tanto nacional como aquélla proveniente de países de nuestro entorno, prestando especial atención a aquélla elaborada a partir de la Ley 20/2007. Punto fundamental en el análisis es la exégesis realizada sobre los pronunciamientos judiciales recaídas en los últimos años, las cuales proporcionan una buena muestra de cuáles son los puntos conflictivos para quienes están protegidos por este Régimen y también sirven para realizar una comparación con los mecanismos previstos para los mismos casos en el General. Por último se abordan en profundidad cada uno de los puntos cruciales y

característicos de este Régimen, destacando aquellas deficiencias en comparación con el General y proponiendo modificaciones que conlleven una igualdad en las prestaciones a lucrar pero respetando siempre las peculiaridades de este Régimen, dedicando una atención especial a la reciente por "cese de actividad".

Susana Rodríguez Escanciano, que ocupa el puesto de Profesora Titular de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León, acreditada para el acceso al cuerpo de Catedráticos de Universidad, ha sido la encargada de realizar unas "*REFLEXIONES SOBRE EL MUTUALISMO ADMINISTRATIVO EN UN CONTEXTO DE SIMPLIFICACIÓN DE LOS REGÍMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL*"**.** No cabe pasar por alto cómo el diseño inicial de los Regímenes Especiales de funcionarios públicos vino a constituir una expresión más de la denominada situación de privilegio de éstos en relación con el trabajador privado, disfrutando mucho antes que nadie de una serie de derechos muy estimables: permisos de enfermedad con todo o parte del sueldo, descanso retribuido por maternidad, jubilación anticipada (de nuevo con la integridad de sus retribuciones), pensión extraordinaria en caso de fallecimiento cuando la invalidez o la muerte sobrevenían en acto de servicio, utilización gratuita (para las Fuerzas Armadas y otros sectores burocráticos) de servicios médicos y farmacéuticos, y, sobre todo, pensiones de retiro o jubilación y de viudedad y orfandad. Al examinar en el momento actual la situación respectiva de los funcionarios públicos y de los trabajadores por cuenta ajena desde el punto de vista de la protección social llama extraordinariamente la atención que ahora --y ya desde principios del siglo pasado-- sea el empleado del sector privado quien está "más protegido contra los riesgos o peligros de inseguridad, y el funcionario el que se encuentra más desamparado o insuficientemente cubierto". En la práctica, se ha eternizado esa primigenia etapa evolutiva, manteniendo sin apenas alteraciones sus peculiaridades, inercias y desigualdades a través de las distintas reformas legislativas habidas tras la Ley de Bases de 1963, perpetuándose *sine die* la existencia de un sistema propio de protección social de los funcionarios públicos. Es más, la excusa de las peculiaridades inherentes a la prestación de los servidores públicos ha llevado a la legislación vigente en la actualidad a seguir considerando como Régimen Especial de Seguridad Social a aquel que encuadra a los funcionarios, ya sean civiles o militares [art. 10.2 d) RD Legislativo 1/1994, de 20 junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social --LGSS--]. Una interpretación literal del precepto podría dar lugar a entender, en una primera aproximación, que existe un Régimen único de Seguridad Social para todo aquél que presta servicios a favor de la Administración en calidad de funcionario. Sin embargo, semejante conclusión no puede estar más distante de la realidad por dos razones fundamentales: de un lado, muchos funcionarios públicos van a tener cubiertos sus riesgos y contingencias a través del Régimen General; de otro, lejos de establecer una ordenación unitaria en la materia, el legislador español ha establecido hasta tres Regímenes Especiales distintos, el de los Funcionarios Civiles del Estado (regulado por el RD Legislativo 4/2000, de 23 de junio, desarrollado por RD 375/2003, de 28 de marzo), el de los miembros de las Fuerzas Armadas (regulado por RD Legislativo 1/2000, de 9 de junio, desarrollado por RD 1762/2007, de 21 de diciembre) y el de los Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia (regulado por el RD 3283/1978, de 3 de noviembre). No hay que olvidar tampoco que el otorgamiento, como primer mecanismo de protección, de pensiones por jubilación e incapacidad permanente y por viudedad, orfandad y a favor de padres, de conformidad con lo dispuesto en el Régimen de Clases Pasivas para todos los funcionarios incluidos en su ámbito de aplicación (texto refundido aprobado por RD Legislativo 670/1987, de 30 de abril, desarrollado por RD 172/1998, de 22 de febrero), ha

condicionado las líneas básicas del complementario Mutualismo Administrativo civil, militar y judicial, hasta el extremo de que, al promulgarse su anunciada regulación, los servicios de las respectivas entidades gestoras quedaron en buena medida reducidos a un papel secundario del primero, a no ser en el Capítulo de la asistencia sanitaria, de la prestación económica por incapacidad temporal o de las denominadas "prestaciones singulares". Sin apartar la vista de tal certera afirmación, es obligado detectar las diferencias existentes entre la protección otorgada por el sistema mutualista y el Régimen General con el fin de diseñar una posible secuencia de integración en este último, marcada por los siguientes pasos sucesivos: en primer lugar, establecer un único sistema de protección social mutualista para los funcionarios capaz de incorporar los tres existentes, terminando con la dispersión normativa y la complejidad subjetiva obrante en la actualidad; en segundo término, mantener el Régimen Especial de Clases Pasivas como régimen a extinguir respecto a los derechos adquiridos, lo cual implicaría para las nuevas generaciones de funcionarios la plena integración en el Régimen General, así como la posibilidad de retener los beneficios colectivos adicionales, pero a través de un régimen de protección complementaria financiado tomando en consideración exclusivamente las cotizaciones de los propios interesados. Con el mismo objetivo de coadyuvar a la pretendida integración sería aconsejable, por último, adecuar o flexibilizar la ordenación jurídica del Régimen General (permitiendo, en paradigmático ejemplo, la exclusión de la cotización por desempleo habida cuenta la estabilidad propia del empleo público) para atender con el rigor que merecen las peculiaridades de los nuevos funcionarios incorporados. Es imprescindible, por tanto, una evolución tanto de los regímenes de Seguridad Social de funcionarios, cuanto del propio Régimen General, capaz de permitir la integración definitiva de los primeros en el segundo como elemento indispensable para posibilitar la coordinación interna y su deseable armonización a un nivel superior, pero respetando las peculiaridades de los funcionarios incorporados y garantizando los derechos adquiridos o en curso de adquisición.

Roberto Fernández Fernández, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León, ha sido el autor del Capítulo titulado**:** "*RACIONALIZACIÓN Y SIMPLIFICACIÓN DE LOS REGÍMENES ESPECIALES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. CLASES PASIVAS DEL ESTADO*". En él ha realizado un estudio exhaustivo del Régimen de Clases Pasivas del Estado, analizando de manera amplia todas y cada una de las instituciones que lo conforman, desde su ámbito subjetivo, pasando por su gestión y financiación hasta llegar a las distintas prestaciones que dicho instrumento de protección social proporciona a los funcionarios públicos, esto es, jubilación, viudedad, orfandad, en favor de familiares y pensiones extraordinarias, procurando destacar las semejanzas y divergencias que le unen y le separan del Régimen General. A tal fin, se ha partido de la normativa actualmente en vigor, la cual se encuentra sumamente dispersa con numerosas e importantes modificaciones desde su redacción primigenia y, en una buena panoplia de aspectos, obsoleta para hacer frente a las necesidades de este colectivo de empleados. Su estudio ha sido rematado con la lectura de la jurisprudencia existente al respecto, en especial en los últimos dos años, así como de las aportaciones que la doctrina científica ha realizado al respecto. Con estos mimbres, se ha completado la investigación con el análisis de algunos trabajos doctrinales y determinadas resoluciones judiciales en puntos concretos, que han servido para reflexionar, con una perspectiva global, sobre la posibilidad de la integración y racionalización del régimen, alcanzando las oportunas conclusiones. Eso sí, es posible adelantar que la integración en el Régimen General parece, en estos momentos, no realizable al menos a corto plazo habida cuenta de las diferencias entre el

Especial y este último, pero sí es cierto que es necesaria una racionalización del Régimen de Clases Pasivas que permita simplificarlo a nivel interno para, en un segundo paso, intentar una mejor coordinación con el otro instrumento de protección de los empleados públicos, el mutualismo administrativo, con el que a medio plazo debe procederse a su integración. Por todo ello, y a pesar de que ambos instrumentos han recibido un tratamiento en Capítulos separados, las conclusiones sobre su integración y racionalización serán presentadas en la versión final del trabajo de manera conjunta.

José Gustavo Quirós Hidalgo, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León es el encargado de analizar la "*INTEGRACIÓN Y RACIONALIZACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL AGRARIO*"**.** El trabajo realizado pone de manifiesto un detenido y pormenorizado estudio del completo acervo jurídico de este Régimen Especial de la Seguridad Social. En segundo término, aborda su comparación con el Régimen General y con el Régimen de Autónomos para analizar su posible integración en uno, en otro o en ambos, dada la existencia en el Régimen comentado tanto de trabajadores por cuenta propia como por cuenta ajena. Conforme a un esquema inicialmente pergeñado, el autor analiza con rigor la ordenación del sistema agrario y su muy factible desaparición en un proceso general de racionalización de la Seguridad Social. No en vano, la Ley 18/2007, de 4 de julio, determinó la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. En definitiva, y como sumaria conclusión de cuanto se plasma en el trabajo final, tal vez sea éste uno de los Regímenes Especiales en los que las posibilidades de integración resulten mayores, pues en parte (para los trabajadores por cuenta propia) ya ha sido efectuada y, para el resto (empleados por cuenta ajena), su integración en el Régimen General no ofrecería grandes dificultades en cuanto hace a su ámbito subjetivo, cotización y prestaciones.

María de los Reyes Martínez Barroso, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León y actualmente acreditada para el acceso al cuerpo de catedráticos de Universidad, además de realizar tareas de coinvestigadora principal del proyecto, se ha encargado de estudiar un tema muy conocido por ella, pues en su día constituyó el objeto de su Tesis Doctoral, en concreto "*EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA MINERÍA DEL CARBÓN. PECULIARIDADES Y POSIBILIDADES DE INTEGRACIÓN*", llegando a la conclusión de que pese a sus fuertes condicionantes históricos y políticos, incluso económicos al representar la minería del carbón, en su día, fuente energética de primer orden, nada impide hoy día la integración del Régimen Especial Minero en el Régimen General (sobre todo si se tiene en cuenta que existen otras actividades laborales sometidas al mismo o similar grado de dureza o peligrosidad y cuyos artífices quedan excluidos de este Régimen Especial, como pudiera ser la minería de mercurio o caolín), si bien las posibles ventajas que se garantizan para sus asegurados podrían mantenerse con carácter transitorio hasta su extinción o hasta su confirmación --si objetivas y justificadas-- a través de un sistema especial. En cualquier caso, conocidas de antemano las dificultades del proyecto por las presiones que en sentido contrario pudieran ejercer los grupos sociales afectados (apenas 6.841 afiliados en junio de 2010), para que este objetivo no resulte utópico debe concebirse a largo plazo, de forma que su puesta en práctica se produzca de forma lenta y progresiva pudiendo una primera vía de actuación consistir en mantenerlo como Régimen a extinguir, en lo que hace a los derechos adquiridos, lo cual implicaría para las nuevas generaciones de esos colectivos la plena integración en el Régimen General.

Javier Fernández-Costales Muñiz, Catedrático de Escuela Universitaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León, actualmente en comisión de servicios en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, es el encargado del "*ANÁLISIS DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DEL MAR Y LA POSIBILIDAD DE SU RACIONALIZACIÓN E INTEGRACIÓN*". Este Capítulo realiza un análisis completo del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, partiendo de su campo de aplicación tanto a trabajadores por cuenta propia como por cuenta ajena, la asimilación de los armadores a éstos últimos y el convenio especial. Los actos de encuadramiento, como inscripción de empresas, embarcaciones, afiliación de trabajadores, altas y bajas dan paso a todo lo referente a cotización y recaudación, analizando los sujetos obligados y responsables, el nacimiento, la duración y la extinción de la obligación, la clasificación de los trabajadores en grupos de cotización, las bases y tipos de cotización así como la recaudación a través de los sistemas de pólizas colectivas, de cuotas fijas, de concierto con entidades sindicales o de descuento sobre el producto obtenido de la venta de la pesca. Partiendo del concepto de accidente de trabajo, se analiza la acción protectora ofrecida por este Régimen: asistencia sanitaria; incapacidad temporal y permanente; maternidad; paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, muerte y supervivencia; protección a la familia; desempleo y jubilación. En fin, la gestión realizada por el Instituto Social de la Marina y otras Entidades colaboradoras cierran el Capítulo. La especial protección y la justificación de un Régimen Especial de Seguridad Social para los trabajadores del mar aparece sostenida por razones diversas: las especiales circunstancias que hacen acto de presencia en el trabajo marítimo y pesquero; su dureza y peligrosidad; la obligación --por razón de la actividad-- de permanecer alejado del hogar, e incluso del país, durante largas temporadas; su carácter tradicional; la dispersión de la población pesquera a lo largo del litoral o la naturaleza intermitente de la actividad, vinculad~~a~~ a ciertas zonas costeras y dependiente de las fluctuaciones de las capturas en virtud de las temporadas de abundancia y escasez de pesca. Una de las singularidades más relevantes de tal Régimen viene constituida por el hecho de comprender en su ámbito de aplicación tanto a trabajadores por cuenta propia o asimilados como a quienes prestan servicios por cuenta ajena, de forma tal que su inclusión no aparece determinada por la relación de dependencia, sino por la realización de una específica actividad profesional. A pesar de las peculiaridades, este colectivo podría probablemente llegar a ser integrado sin excesivos problemas, bien en el Régimen General cuando de trabajadores por cuenta ajena se habla, bien en el RETA cuando se haga referencia a los autónomos del sector. Todo ello, eso sí, con una concepción a medio y largo plazo y el mantenimiento de una serie de especialidades o beneficios específicos, que en el trabajo se desarrollan con más precisión.

Rodrigo Tascón López, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León ha sido el encargado de hacer una análisis "*SOBRE LA SITUACIÓN ACTUAL DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS EMPLEADOS DE HOGAR Y LA NECESIDAD DE SU HOMOGENEIZACIÓN CON EL RÉGIMEN GENERAL*", llegando a la conclusión de que la protección social proporcionada por el Régimen Especial de Seguridad Social de los Empleados de Hogar necesita una profunda revisión, habida cuenta su regulación se encuentra en muchos puntos obsoleta (no en vano su Decreto regulador, en muchos puntos aún vigente, es de ¡1969!) y no responde a las finalidades tuitivas que se derivan de las nuevas realidades vividas en España. En particular, cabe dar cuenta de cómo este

Régimen no cumple con su finalidad protectora y se muestra insuficiente para afrontar las nuevas circunstancias, ahondando las diferencias con el General. *Item* más, las deficiencias en la cobertura social recaen, como no podía ser de otra manera, sobre quienes componen su ámbito personal, en su inmensa mayoría mujeres, y desde épocas recientes, inmigrantes, lo cual puede llegar a implicar una discriminación indirecta que perjudica, como casi siempre, a los más débiles. Especialmente escabroso resulta el sistema de afiliación que permite el legislador, distinguiendo entre empleados de hogar a tiempo completo (verdaderos trabajadores por cuenta ajena) y a tiempo parcial, convertidos por mor de una legislación que busca más la comodidad de la Administración de la Seguridad Social que la realidad de las cosas, en pseudo-autónomos y, dicho sea de paso, propiciando el caldo de cultivo apropiado para que éste sea un sector con uno de los mayores niveles de economía sumergida. Urgente resulta también abordar el problema derivado de que para el legislador no exista contingencia profesional cuando de empleados de hogar se trata; nuevamente la comodidad administrativa se impone sobre la razón, haciendo de peor derecho a quienes quedan dentro del ámbito de aplicación de este Régimen Especial, al privarles de la mejor y mayor cobertura que nuestro ordenamiento jurídico proporciona a quienes sufren un menoscabo en su salud derivado de la prestación laboral. Una vez analizadas las distintas prestaciones (o su ausencia), parece necesario reformar el Régimen Especial existente, bien integrándolo en el General (manteniendo transitoriamente alguna peculiaridad que pueda resultar necesaria: v. gr., un sistema más sencillo de afiliación a la Seguridad Social, aunque, desde luego, no el existente en estos momentos), bien abordando una reforma profunda que trate de eliminar sus principales defectos con el fin de hacer el camino hacia la unificación más sosegado, sin privar a los trabajadores afiliados de la protección adecuada y necesaria.

Beatriz Agra Viforcos, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León ha estudiado el "*RÉGIMEN ESPECIAL DE ESTUDIANTES: EL SEGURO ESCOLAR*". Los arts. 7 y 10 LGSS incluyen en el campo de protección de la Seguridad Social a los estudiantes, arbitrando a tal fin un Régimen Especial. Se trata de un seguro obligatorio cuyo bajo importe es abonado con la matrícula, pero en concepto separado para que el centro educativo transfiera a la Seguridad Social la cantidad global ingresada junto con la lista nominal de los alumnos que han satisfecho el importe. Protege a los estudiantes menores de 28 años, desde 3º de la ESO hasta el tercer ciclo universitario, contra el accidente escolar, la enfermedad o el infortunio familiar, otorgando prestaciones médicas, farmacéuticas y económicas. Cuando el Seguro Escolar surgió en España (1953) subsanó la ausencia de cobertura de los estudiantes ante la falta de universalidad del sistema; sin embargo, con el tiempo ha quedado convertido en un reducto altamente desfasado: sus indemnizaciones resultan ridículas; existe gran confusión entre las prestaciones de la sanidad universal y las del Seguro Escolar; muchas prestaciones son graciables y, de *facto*, no son solicitadas… Tres son los rasgos característicos de este peculiar Régimen Especial: a nivel conceptual, destaca el singular criterio determinante de su especialidad (protege a quienes no ejercen trabajo en sentido económico); en una perspectiva cuantitativa o de cobertura, procede apuntar su carácter abiertamente residual; por último, en el plano de técnica normativa, destaca lo obsoleto de una regulación que surge cuando el sistema de Seguridad Social era embrionario y la legislación educativa muy diferente de la actual. Por cuanto hace a su integración y racionalización, los cambios en el sistema de Seguridad Social y la escasa cobertura económica proporcionada por el Seguro Escolar exigen replantearse su necesidad o, al menos, lo adecuado de su regulación. Las

alternativas básicas son su eliminación (opción inadecuada pues al menos la protección frente al infortunio familiar y eventuales discapacidades deberían persistir), su mantenimiento dentro del Sistema (articulado en torno a tres Regímenes: General, Autónomos y Estudiantes, respecto a quienes la falta de actividad económica impide la homogeneización) o su rediseño al margen de la Seguridad Social. Para quienes admiten la conveniencia de su subsistencia (dentro o fuera del sistema) no cabe duda de la necesidad de una actualización; de hecho, ya se han vertido algunas propuestas que giran en torno a cuatro grandes puntos: 1) Conviene mejorar la información a los estudiantes. 2) En tanto no se justifica que un ciudadano esté cubierto y pague por una asistencia sanitaria que ya recibe merced al derecho universal a su disfrute, el Seguro Escolar debería redefinirse como sistema que contemple sólo coberturas no exigibles en la Seguridad Social y prestaciones económicas (en cuantía adecuada) que no se solapen con las procedentes de otros sistemas públicos de protección. Al tiempo, debiera fijarse un precio adecuado a pagar por los estudiantes; con todo, debe tenerse presente, al cuantificar su aportación, que el sujeto protegido no realiza una actividad remunerada. 3) Es imprescindible mejorar las prestaciones: deberían permitirse excepciones o matices al límite de edad, el Seguro debería cubrir a los estudiantes con independencia del lugar de aprendizaje (ello supone extenderlo expresamente a prácticas de campo o en empresas, actividades en el extranjero, programas de intercambio…), sería deseable suprimir el año de carencia para recibir ciertas prestaciones, resultaría adecuado subsanar los problemas derivados de la incompatibilidad entre las prestaciones el Seguro Escolar y las del resto de Regímenes, deberían asimilarse a los españoles los extranjeros que participan en programas de intercambio aprobados por centros españoles pero que no gozan de un sistema equivalente en sus países de origen… 4) Es importante garantizar que una eventual transferencia de la gestión del Seguro a las Comunidades Autónomas no menoscabe las prestaciones ni el principio de igualdad de derechos de todos los beneficiarios. En particular, en ningún caso sería admisible constreñir la recepción de tratamientos sanitarios a la Comunidad Autónoma de origen.

Diego Megino Fernández, que actualmente presta servicios como Profesor en la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA) se ha ocupado de "*OTROS COLECTIVOS INTEGRADOS (FUNCIONARIOS DE LA ADMNISTRACIÓN LOCAL, DEPORTISTAS Y PROFESIONALES TAURINOS*"**,** pues si bien el Régimen General de la Seguridad Social ha alcanzado en la actualidad todavía mayor protagonismo en el papel de servir como pauta referencial a efectos de aproximación, quizás en algunos supuestos las circunstancias concurrentes puedan seguir justificando una separación formal expresa, en la cual dispongan de un peso específico efectivas razones de fondo. Centrando la vista en ciertos procesos de asimilación llevados a cabo durante los últimos años, aun cuando existen casos en los que la integración plena estaría más que justificada (así ocurre, por ejemplo, con los empleados, laborales y funcionariales, al servicio de la Administración Local), en otros sigue pareciendo preciso conservar las particularidades características (deportistas profesionales) o, inclusive, aceptar que los rasgos distintivos tan marcados podrían llevar fácilmente a justificar su salida del Régimen General (profesionales taurinos). Seguramente, la figura del empleado público, laboral y funcionarial, al servicio de la Administración Local es la que menos interrogantes suscite. Aun cuando en el pasado contaba con un régimen especial, con la resulta más inmediata de una acción protectora dispensada a través de una Mutualidad Nacional de Previsión, superados los problemas derivados del período transitorio de adaptación y las dudas hermenéuticas sobre determinadas cuestiones vinculadas a antiguos privilegios, la integración plena resultaría sencilla de defender. En segundo lugar, los deportistas

profesionales generan mayores dudas. Los problemas derivados, por ejemplo, de ciertas prácticas deportivas, o de carreras abocadas a una conclusión en cierta manera prematura, dificultan el propósito de facilitar una respuesta concluyente. No obstante, sí cabe afirmar que no existen argumentos tan incontrovertibles como los que sí concurren para los otros dos supuestos objeto de estudio, que, al final, determinan dos propuestas en extremo diferentes. En fin, resta referirse a los profesionales taurinos, colectivo peculiar, respecto del cual el modo de llevar a cabo la prestación efectiva de servicios acarrea no pocas especialidades a efectos de actos de encuadramiento o de acción protectora. Y de ahí deriva el principal escollo a sortear: a pesar de la asimilación un tanto artificiosa de que fueron objeto, conservan demasiados aspectos distintivos, de forma tal que ni tan siquiera con la aplicación supletoria de la normativa común encuentran fácil acomodo en el Régimen General. ¿La solución más lógica? Está abierta a la discusión, pero son varias las alternativas que se presentan: valorar las posibilidad de reconducirlos al RETA (al menos por lo que a la figura del matador de toros hace); ponderar la oportunidad de recuperar, aun en contra de la tendencia actual hacia la simplificación, el antiguo Régimen Especial...".

Por último, **María Purificación García Miguélez**, Profesora Contratada de la Universidad de León ha sido la encargada de estudiar "*LOS SISTEMAS ESPECIALES DE TRABAJADORES FERROVIARIOS, REPRESENTANTES DE COMERCIO Y ARTISTAS EN ESPECTÁCULOS PÚBLICOS*", integrados en el Régimen General por el RD 2621/1986, de 24 de diciembre. El análisis ha hecho particular hincapié en los aspectos más relevantes de cada uno de dichos colectivos, entendiendo por tales aquellas peculiaridades aún persistentes a día de hoy e impidiendo su total integración, tales como la inscripción de empresas, el sistema de afiliación, altas, bajas y variación de datos de los sujetos protegidos, la cotización y, por supuesto, las prestaciones derivadas de la acción protectora. Entre estas últimas, en particular la de jubilación y, más concretamente, los sistemas de prejubilación a los cuales pueden acogerse los diferentes colectivos de trabajadores enmarcados en los sistemas especiales objeto de estudio; también, y en algunos supuestos, la prestación por desempleo. De lo anterior han derivado las correspondientes conclusiones, siendo lo realmente deseable una total integración en el Régimen General de Seguridad Social, y ello aunque tal opción no esté exenta de dificultades, presentando ventajas e inconvenientes. Entre las primeras, cabe señalar una previsible mejora de la estructura, simplificándose y tendiendo a una mayor racionalización, pues el acercamiento de posturas permitiría un equilibrio sostenible entre las aportaciones al Sistema y las prestaciones de él generadas para los trabajadores protegidos, evitando a un tiempo la duplicidad de trámites. Sirva de ejemplo el sistema de afiliación, altas y bajas, particularmente en los sistemas de representantes de comercio y artistas en espectáculos públicos, donde procedería una unificación de los documentos de cotización. Del mismo modo, la acción protectora en materia de jubilación aparece muy dispersa, debiendo revisarse con urgencia las condiciones y circunstancias de la anticipación de la edad de jubilación en los tres colectivos, pues dicha posibilidad sobrecarga en exceso el ya de por si débil sistema de financiación de la Seguridad Social. En tal sentido, la urgencia de la cuestión planteada es obvia, pues muy posiblemente antes de proceder a la puesta en práctica con carácter general del retraso de la edad de jubilación del conjunto de trabajadores del Sistema, antes debiera acometerse la racionalización de un relativamente amplio espectro de supuestos excepcionales, tanto en relación con los colectivos de trabajadores objeto de análisis, como con otros, y asimismo evitar la posibilidad de duplicidad en la percepción de prestaciones por parte de un solo beneficiario. Siendo, pues, evidente la situación de

dispersión generada por la existencia de especialidades, así como la merma de efectividad del conjunto del sistema, deben recalcarse las potenciales ventajas de una total integración y homogeneización en términos de simplificación normativa una vez unificadas las respectivas normas reguladoras, lo cual facilitaría las labores de tramitación e interpretación tanto para empresarios como para trabajadores, viéndose asimismo también simplificada y, a la par, facilitada, la labor fiscalizadora del sistema. Desde un punto de vista práctico, un proceso unificador de tales características implicaría regular las diferentes situaciones, realizando asimilaciones entre cuestiones actualmente caracterizadas por un amplio abanico de particularidades. Por su parte, y como inconvenientes de la propuesta integradora, cabe hacer referencia a lo farragoso de las tareas de unificación de criterios en cuanto al establecimiento de situaciones de asimilación a las mismas situaciones previstas para el Régimen General en toda su amplitud (afiliación, alta, baja, cotización, liquidación de cuotas y acción protectora), viéndose sometidas a la presión añadida de las hipotéticas opiniones discordantes y opuestas a la unificación, si bien todo ello en cierta medida solventable mediante la instrumentación de períodos transitorios de adaptación a la norma única.

A nadie debe sorprender, en todo caso, la dificultad intrínseca a un proceso unificador de las características del descrito, el cual deberá hacerse siempre sin menoscabo de los derechos de los trabajadores afectados.

Juan José Fernández Domínguez Mª de los Reyes Martínez Barroso

León, 22 de octubre de 2010

METODOLOGÍA

Se ha seguido un método de investigación científico-jurídico, lo cual, en el presente supuesto, implica el seguimiento de una serie de estadios de evolución del mismo que a continuación se detallan.

Primero. Recopilación de materiales entre los cuales, además de los instrumentos normativos necesarios, se prestó especial atención, tanto a la doctrina científica laboral existente, como a los pronunciamientos de los Tribunales de Justicia que han abordado las peculiaridades de los Regímenes Especiales, así como a aquellos elementos informativos complementarios (estadísticas, informes técnicos) que han contribuido a dotar al trabajo de una visión más práctica, completa y acabada. La bibliografía necesaria para la elaboración del trabajo que no se hallaba en los fondos de la Universidad de León se solicitó mediante préstamo interbibliotecario a otras Universidades o bien se adquirió si se trataba de monografías o artículos de reciente aparición. Además, dado que las actualizaciones producidas en las fuentes de conocimiento ya habían sido previstas por el equipo investigador, los diversos miembros del equipo se han encargado de estar al día en las sentencias dictadas por los distintos tribunales y de las publicaciones editadas referidas al tema de investigación objeto de subvención. De este modo, durante todas las fases de elaboración del estudio los datos utilizados han sido siempre los vigentes en ese momento.

Segundo. Reunión inicial de todos los investigadores, coordinada por los investigadores principales (JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ Y MARIA DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO), para, a la vista del material recopilado, proceder a la elaboración de un esquema definitivo del trabajo de investigación, así como a la distribución de los distintos contenidos del mismo entre los diferentes investigadores, poniendo especial atención a los problemas de coordinación e integración que se detectaron.

Tercero. Desarrollo del trabajo, para lo cual cada investigador ha ido elaborando las partes que le han sido asignadas, celebrándose reuniones de puesta en común una vez al mes, debidamente encauzadas por los investigadores principales, con el objeto de evitar reiteraciones o tratamientos disímiles.

Entrando más a fondo en la descripción del desarrollo del trabajo de investigación premiado procede mencionar que ya desde su inicio el equipo de investigación fue consciente de que los pasos a seguir para analizar como conviene la impronta jurídica y social de la estructura del sistema no puede limitarse a una mera elaboración dogmática, repleta de teorías, pero desprovista, sin embargo, de aplicación práctica. Por ello, el estudio realizado está orientado a su puesta en funcionamiento en el ámbito de la Seguridad Social.

Bajo tal premisa, la metodología científica empleada parte del riguroso planteamiento de las peculiaridades de cada uno de los Regímenes Especiales existentes y de los colectivos integrados en el General tratando de destacar las carencias actuales derivadas de la falta de homogeneidad del sistema, con la aportación de posibles soluciones al respecto, utilizando para ello cuantos argumentos normativos y jurisprudenciales han sido necesarios, acudiendo, cuando ha sido preciso, al Derecho Comparado, el cual, en alguna ocasión, ha servido como elemento de contraste o como modo de aportar soluciones alternativas a determinados problemas.

La forma de trabajar de este equipo, ya consolidado, ha continuado, según sus usos, un esquema de trabajo para abordar la materialización de este proyecto que, en síntesis, podría resumirse en tres fases:

1) Cuando el grupo ha trabajado de manera conjunta, cada lunes se han fijado objetivos parciales a conseguir durante la semana, procediéndose los viernes a su valoración que, en caso de no ser positiva, daba origen a una modificación o a la prolongación de la labor.

2) En los momentos de trabajo individual, han sido los investigadores principales quienes han supervisado la evolución en las tareas encomendadas, a través de la presentación a los mismos un informe mensual que, en esta ocasión, dada la empatía de los miembros del equipo y del gran esfuerzo e interés mostrado por todos y cada uno de ellos siempre ha resultado satisfactorio.

3) Los últimos meses se han dedicado al estadio final de puesta en común y redacción definitiva de la Memoria, con la incorporación de la última jurisprudencia, para lo cual todos los integrantes del equipo han estado trabajando bajo la dirección de los investigadores principales y coordinadora, sopesando los resultados parciales obtenidos y solventando las menores discrepancias (en su mayor parte formales) surgidas.

Por último, para concretar aun más el desarrollo del trabajo de investigación premiado, procede mencionar que éste se ha desarrollado básicamente utilizando las instalaciones de que el Área de Derecho del Trabajo dispone en las Facultades de Derecho y de Ciencias del Trabajo de la Universidad de León (si bien hay compañeros que se han nutrido sobre todo de las fuentes existentes en otras Universidades, fundamentalmente Rey Juan Carlos y UDIMA de Madrid), así como en las distintas bibliotecas y organismos oficiales que se han visitado para poder llevarla a cabo, las cuales siempre han puesto a disposición del equipo importantes recursos bibliográficos. Asimismo conviene destacar el acceso a bases de datos legales y jurisprudenciales proporcionadas por las editoriales jurídicas más importantes en el ámbito nacional, imprescindibles para afrontar un proyecto de estas características (www.boe.es, www.westlaw.es, www.laley.es, www.Lexnova.es, www.juridicas.com).

CAPÍTULO I.- EL PROCESO DE INTEGRACIÓN DE LOS REGÍMENES ESPECIALES: MARCO CONCEPTUAL Y FINALISTA

Juan José Fernández Domínguez
Germán Barreiro González
Catedráticos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

SUMARIO: I.- El origen y evolución de los Regímenes Especiales. Su sentido en el pasado y en la actualidad. II.- El proceso histórico de integración de los Regímenes Especiales. III.- De hoy hacia el futuro: planteamiento general sobre la estructura del Sistema español en el horizonte. IV.- Bibliografía.

I.- El origen y evolución de los Regímenes Especiales. Su sentido en el pasado y en la actualidad

En la estructura de la Seguridad Social, que alude, en lo básico, a la forma de distribuir y ordenar la acción protectora del Sistema, el Título I del RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en particular su art. 9) mantiene uno de sus elementos característicos y tradicionales: la distinción entre diferentes Regímenes de Seguridad o, más en concreto, la dicotomía entre dos grandes núcleos de imputación, dados por el Régimen General y los Regímenes Especiales; siempre sin olvidar cómo en el interior de cada uno de ellos --en particular en el Régimen General-- pervive un cúmulo de colectivos con peculiaridades que siguen haciendo que sea menester hacer referencia a distintos grupos de población cualificados en función de su actividad profesional.

Por razones históricas sobre las que no procede aquí y ahora profundizar[1], lo cierto es que la Seguridad Social surgió, y en sus primeras épocas se consolidó, a favor de los trabajadores por cuenta ajena de la industria y los servicios (incluidos, al menos al principio, los obreros o personal menos cualificado), a través de un esquema de seguro privado ciertamente alterado, al introducirse la colaboración obligatoria de los empresarios en las actos de encuadramiento y cotización.

Al menos hasta 1959, en España cada rama de seguro presentaba un campo subjetivo propio y exclusivo de aplicación. De estos seguros quedaron excluidos --casi siempre-- los trabajadores agrarios, quienes no ostentaran la condición de asalariados y, por supuesto, los autónomos, a todos los efectos considerados empresarios aun cuando no tuvieran empleados a su servicio. También, pero por otros motivos, los funcionarios, bajo un régimen privilegiado que les llevó a obtener, con décadas de anticipación, determinadas ventajas sólo tras largo tiempo extendidas a todos o algunos de los incorporados al Sistema.

La efectividad que demostró el modelo instaurado llevó, en su evolución, a un proceso de expansión continua obediente a un doble origen: de un lado, la demanda de ciertos colectivos de acceder a tal protección, aun cuando fuera bajo condiciones inferiores a las previstas dentro del modelo en vigor; de otro, quienes pretendían una

[1] Baste remitir a MARTÍN VALVERDE, A.: "El ordenamiento de la Seguridad: evolución histórica y situación actual", en AA.VV.: *Jornadas técnicas sobre Seguridad Social*, Madrid (IELSS), 1984, págs. 50 y ss.

Seguridad Social fragmentada para mantener sus privilegios al margen de cuanto ofrecía el creado como Régimen General.

Cabe así asistir a un período de florecimiento de Regímenes Especiales que, salvo por la necesaria adaptación de unas reglas pensadas para el trabajo por cuenta ajena, y pocas razones más, distaban de justificar su mantenimiento y rebajaban el nivel de acción protectora, o mantenían determinadas ventajas por motivos del pasado[2], a partir de un triple criterio:

1º.- Un ámbito subjetivo de aplicación específico, a identificar con sectores económicos que, en atención a las peculiaridades de actividad, condiciones laborales o procesos productivos, parecían requerir una protección singular frente a riesgos sociales y/o situaciones de necesidad.

2.- Un modelo particular en las relaciones de encuadramiento, organización, gestión y financiación.

3.- Una diferencia en la cobertura a suministrar, en atención a los riesgos o contingencias, a traducir en un plus o un déficit respecto de la proporcionada por el Régimen General.

El modelo contó, en su día, con el aval del propio Tribunal Constitucional (incluso después de la experiencia derivada de integrar en el RG o en el RETA -- Escritores de Libros--, distintos Sistemas Especiales que ninguna razón tenían para mantenerse como referentes estructuralmente autónomos), considerando que "el art. 14 CE, en principio, no alcanza a corregir las desigualdades existentes entre los distintos Regímenes que integran la Seguridad Social. La articulación del sistema en un Régimen General y diversos Regímenes Especiales se justifica por las peculiaridades socioeconómicas, laborales, productivas o de otra índole que concurren"[3].

No obstante lo cual, rectifica parcialmente al cabo de los años sentando cómo "esta doctrina no puede aplicarse de manera automática a todos los supuestos de confluencia o concurrencia de regímenes jurídicos dispares, porque ello equivaldría a dejar al arbitrio del legislador o del Gobierno la eficacia del principio de igualdad […]; debe irse más allá del dato puramente formal de la diversidad de ordenamientos jurídicos y comprobar si desde una perspectiva material esa diversidad responde a diferencias reales que, por ser objetivas, razonables y congruentes, constituyen suficiente justificación del tratamiento desigual"[4].

---

[2] GARCÍA MURCIA, J.; CASTRO ARGÜELLES, Mª. A. y RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: "La estructura del sistema de Seguridad Social y su proyectada reforma", *Foro de Seguridad Social*, núms. 17 y 18, 2007, pág. 7.

[3] STCo 173/1988, de 3 de octubre (RTC 1988, 173). También, AATCo 78, 112, 123 y 460/1984, de 8, 22 y 29 de febrero y 18 julio (RTC 1984, 78, 112, 123 y 460); 94, 552 y 590/1985, de 13 de febrero, 24 de julio y 18 de septiembre (RTC 1985, 94, 552 y 590); 987/1986, de 19 de noviembre (RTC 1986, 987); 1379/1987, de 9 de diciembre (RTC 1987, 1379); 1015/1988, de 12 septiembre (RTC 1988, 1015) o 241 y 341/ 1989, de 8 de mayo y 19 junio (RTC 1989, 241 y 341).

[4] Sobre el fundamento sentado por las SSTCo 39/1992, de 30 de marzo (RTC 1992, 39) y 184/1993, de 20 septiembre (RTC 1993, 184), la STCo 268/1993, de 20 de septiembre (RTC 1993, 341).

Quedaba abierta la espita a cambios sustanciales en este elemento estructural del modelo dado, obrando en su favor varios datos significativos[5]:

A.- La pujante revalorización del principio de igualdad y no discriminación, que demanda, cada vez más, diferencias razonables y objetivamente fundadas, pero no sólo en términos inmediatos, sino también finalistas, en atención a los estados de necesidad[6].

B.- El reparto de financiación entre el conjunto del Sistema, que lleva a apreciar cómo muchos Regímenes Especiales eran deficitarios y resultaban inviables a partir de cualquier análisis actuarial mínimamente serio; generando una insolidaridad que forzaba, bien a transferencias desde el Régimen General, bien a la participación --creciente pero insuficiente-- de los Presupuestos Generales de Estado. En todo caso, contrariando aquel axioma a partir del cual "a igual cotización, igual protección".

C.- La diferencia de Regímenes se traducía en una extremada dispersión normativa, con la consiguiente quiebra o erosión de la seguridad y coherencia jurídica, incitando a seguir anclados en una técnica legislativa por aluvión y puntual de todo punto repudiable[7].

D.- La rigidez de que dotaba el modelo de relaciones laborales, en tanto podía acabar dificultando la movilidad intersectorial o favoreciendo conductas estratégicas, no siempre sencillas de distinguir de los comportamientos fraudulentos que buscan salir del Régimen que naturalmente le corresponde para ubicarse en otro más ventajoso.

E.- En fin, la reseñada dispersión normativa provoca, por una parte, que la vocación de aplicación común del Título II de la LGSS, del Régimen General, a los Especiales, recogido en la disposición adicional 8ª de aquella norma, fuera ciertamente difícil en la operación concreta de su necesaria individualización y adaptación a los referentes normativos específicos; por otra, y como resultas de lo anterior, surgía la eterna cuestión de compatibilidades o incompatibilidades entre prestaciones conferidas por distintos Regímenes, así como --aun cuando parcialmente abordado, pero nunca resuelto-- el problema de las cotizaciones realizadas a varios de ellos.

A partir de tales parámetros, a los cuales procede unir una crisis del Sistema que incita a la gestión con igualación de los sujetos protegidos dentro del referente dado por el RG (manteniendo únicamente la particularidad del creciente RETA), cabía presumir una clara regresión de los Regímenes Especiales, un cambio en la estructura que acertadamente fue calificada como "discriminatoria, excesivamente fragmentada, inadaptada a la realidad económica actual, confusa y de complicada gestión"[8].

---

[5] VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, 5ª ed., Madrid (Tecnos), 2009, págs. 67 y 69 y 70.

[6] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social*, Cizur Menor (Aranzadi/Thomson), 2006, pág. 275.

[7] MARTÍN VALVERDE, A.: "La estructura del ordenamiento de la Seguridad Social", en AA.VV.: *Pensiones sociales. Problemas y alternativas sociales. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (MTSS), 1999, pág. 360.

[8] Según la calificaron (con firmes apoyos doctrinales y judiciales) DESDENTADO BONETE, A.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, B. y GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E.: *La reforma de las pensiones de la Seguridad Social*, Madrid (Civitas), 1986, págs.147 y 148.

Pero en tan delicado proceso no cabía hacer recaer todo el esfuerzo e impulso sobre el legislador, sino que era preciso implicar a partidos políticos, interlocutores sociales y grupos de afectados[9]; de modo tal que, al menos desde la década de los ochenta, la referencia al asunto analizado constituye una constante común en todos los documentos de análisis, estudios de prospectiva y programas de reforma gubernamentales: evolucionar hacia la unión o, por lo menos, hacia un modelo bipolar referido a trabajadores por cuenta ajena y a autónomos o trabajadores por cuenta propia[10].

Los primeros pasos estaban dados, pero "balbuceantes y poco comprometidos", aventurando "un presente inquieto y un futuro abierto"[11] a la racionalidad.

II.- El proceso histórico de integración de los Regímenes Especiales

A partir del acervo reseñado, cabe destacar, como primer hito en el intento de homogeneidad y equivalencia protectora (verdadera antesala de cuanto se proponía como un objetivo a largo plazo), la disposición transitoria 8ª LGSS/1974 que, a partir de 1984 y culminada en 1985, decidió integrar cuantos fueron denominados "Regímenes Especiales encubiertos", en referencia a las llamadas "Entidades Sustitutorias" o Mutualidades Caja y Empresa (por ejemplo, Institución Telefónica de Previsión, Caja de Previsión de la ONCE, Mutualidades de la Banca Pública, etc.). Era un primer avance significativo, aun cuando no obedecía, en realidad, al fin de homogeneizar o unificar Regímenes, sino a superar la quiebra técnica de aquellas entidades, por lo cual resulta reseñable, pero en modo alguno elemento portador de una nueva filosofía[12].

Ésta habría de esperar a la disposición adicional 2ª de la Ley 26/1985, de 31 de julio, sobre Medidas Urgentes de Racionalización de la Estructura en el Régimen General, destinada a evitar excesos o desmanes evidentes y proceder a la oportuna reordenación. El tránsito tuvo lugar a partir del RD 2621/1986, de 24 de diciembre, completado por las OO.MM. de 20 de julio y 30 de noviembre de 1997, afectando a determinados Regímenes Especiales creados por Decreto (con excepción del reconocido a la Minería del Carbón, por lo que, no sólo en alusión a éste último, sino a otros de distinto origen, "son todos los que están", pero "no están todos los que son"[13]), los cuales pasan a integrarse en el RG (Ferroviarios, Artistas, Profesionales Taurinos,

---

[9] FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y MARTÍNEZ BARROSO, Mª, R.: "De las oportunidades perdidas en Seguridad Social por la ambigüedad y las urgencias políticas", *REDT*, núm. 81, 1997, pág. 27.

[10] Basta remitir a los siguientes documentos: MTSS: *Libro Blanco de la Seguridad Social*, Madrid (MTSS), 1977, págs. 171, 175-176, 206-207, 209 y 211-213; MTSS: *Criterios para la normalización y mejora de la Seguridad Social*, T. III, Madrid (MTSS), 1981, págs. 674 y 675; MTSS: *Propuesta de medidas de formalización y mejora de la Seguridad Social*, Madrid (MTSS), 1981, puntos 5 y 6; MTSS: *Programa de mejora y racionalización de la Seguridad Social*, Madrid (MTSS), 1982 o MTSS: *Documento Base sobre la reforma de la Seguridad Social para la Comisión Tripartita del Acuerdo Económico y Social (AES)*, Madrid (MTSS), 1985, pág. 23.

[11] Según los describe BORRAJO DACRUZ, E.: "El sistema público de Seguridad Social. Presente inquieto y futuro abierto", *AL*, núm. 1, 1999, págs. 13 y 14.

[12] DESDENTADO BONETE, A.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, B. y GONZÁLEZ-LOPEZ SANCHO, E.: *La reforma de las pensiones de la Seguridad Social*, cit., págs. 148 y 149.

[13] El razonamiento, impecable, en TEJERINA ALONSO, J. I.: "La racionalización de la estructura de la Seguridad Social: la integración de Regímenes Especiales de Ferroviarios, de Artistas, de Toreros, de Representantes de Comercio, de Escritores de Libros y de Futbolistas", *RSS*, núm. 31, 1986, págs. 66 y 67.

Representantes de Comercio y Futbolistas Profesionales) o en el RETA (Escritores de Libros).

El proceso, sin embargo, distó de constituir "un borrón y cuenta nueva"[14]; antes bien, supuso que tales colectivos pasaran de constituir "Regímenes Especiales" a, *de facto*, "Sistemas Especiales", para así unirse, a partir de sus peculiaridades, a otros específicamente reconocidos como tales; a saber: industria resinera (Orden de 3 de agosto de 1973), servicios extraordinarios de hostelería, cafés, bares y similares (Orden de 19 de agosto de 1973); manipulado y empaquetado del tomate fresco con destino a la exportación (Orden de 24 de julio de 1986); trabajadores fijos discontinuos que prestan servicios en las empresas de exhibición cinematográficas, salas de baile, discotecas y salas de fiestas (Orden de 17 de junio de 1980); trabajadores fijos discontinuos que prestan servicios en empresas de estudios de mercado y opinión pública (Orden de 6 de noviembre de 1980); o, por último, frutas y hortalizas e industria de conservas vegetales (Orden de 30 de mayo de 1991).

Tendencia al reagrupamiento [proseguida por el RD 480/1993, de 2 de abril, en virtud del cual se procederá a integrar en el RG el personal laboral --activo y pasivo-- incluido en el Régimen Especial de los Funcionarios de la Administración local; el RD 1820/1991, de 27 de diciembre que incorporó a los ciclistas; RD 766/1993, de 21 de mayo, a los jugadores de baloncesto y RD 1708/1997, de 14 de noviembre, a los jugadores de balonmano], que enerva el ideal de la igualdad y llama a la aproximación (algo parecido a la relación entre armonización y homogeneización en el ordenamiento europeo), pero manteniendo elementos colectivos adicionales o carencias significativas, los cuales nunca podrán encontrar un factor de corrección postrero en el hecho de que la protección complementaria en su caso obtenida sea financiada tomando en consideración exclusivamente las cotizaciones de los propios interesados (disposición final 1ª RD 480/1993, de 2 de abril)[15].

Mucho más incisivo fue el camino que se inició, en paralelo, introduciendo reformas en las prestaciones y otras cuestiones sustanciales del ordenamiento de la Seguridad Social, que de manera deliberada han quedado referidas, no al Régimen General, sino al propio Sistema, creando un espacio común a todos los ciudadanos en los aspectos recogidos en la disposición adicional 8ª LGSS; en concreto[16]:

A.- Regulación uniforme de la protección por maternidad.

B.- Beneficiarios de las prestaciones de incapacidad permanente (salvo la parcial), así como cálculo de su base reguladora (excepto en cuanto atañe a la cobertura de lagunas de cotización), calificación (incluida la entrada en vigor del nuevo Sistema) y revisión de tal contingencia.

C.- Beneficiarios de la pensión de jubilación (sin perjuicio de diferencias en cuanto a la edad y jubilaciones anticipadas derivadas de la realización de actividades

[14] AA.VV.: *Diccionario de Seguridad Social*, Cizur Menor (Aranzadi/Thomson), 2006, pág. 651.
[15] FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: "La necesaria reforma estructural del sistema de la Seguridad Social", *TS*, núms. 116 y 117, 2002, pág. 14.
[16] VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, cit., págs. 72 y 73.

peligrosas[17]), base reguladora de la prestación (dejando al margen la cobertura de lagunas y reglas para el pluriempleo, pero admitiendo una aplicación paulatina de la establecida con carácter general y extendiendo la pauta al Régimen Especial de la Minería del Carbón, Régimen Especial Agrario y Régimen Especial de los Trabajadores del Mar), cuantía e incompatibilidades y aplicación de las reglas para jubilación parcial, si bien todavía sin desarrollar, al menos para el RETA.

D.- Pensión de viudedad cuando el causante no esté en situación de alta o asimilada y en los casos de separación, divorcio y nulidad, así como en la cuantía mínima a percibir.

E.- Ampliación de la edad en la pensión de orfandad (incluyendo su elevación progresiva) y cobertura de los supuestos en los cuales el causante no se encuentra en alta o situación asimilada.

F.- Situación de separación legal respecto a las prestaciones a favor de familiares.

G.- Normas sobre las prestaciones por hijo a cargo en su modalidad contributiva.

Conforme sabe apreciar --se insiste--, el esfuerzo consistía, no en alcanzar un tratamiento estrictamente uniforme, sino en "lograr la mayor coherencia y racionalidad posible en el Sistema de Seguridad Social, sin perjuicio de que las peculiaridades y diversidades estrictamente necesarias reciban adecuada respuesta por la vía del establecimiento de Sistemas Especiales dentro del Régimen General en materia de encuadramiento, afiliación, cotización, recaudación, etc."[18].

Una idea parecía asentada: el mantenimiento de situaciones privilegiadas en la protección --en principio--, o de déficits patentes --procedería añadir--, no pueden justificar la existencia de ningún Régimen Especial, por cuanto, y en último extremo, aquellos privilegios o peculiaridades podrían integrarse sin problemas, como situaciones transitorias (para evitar, a través de la gradualidad, el traumatismo que un cambio repentino podría ocasionar, por dañar muchas expectativas de derechos en curso de adquisición) en el RG[19].

En este intento destaca el tan estudiado Pacto de Toledo, en su versión originaria de 1996, insistiendo en la homogeneidad financiera (Recomendación 3ª) e integración de Regímenes (Recomendación 6ª). Compromiso social en la cumbre que apunta hacia una definitiva superación de la estructura del modelo en presencia y la implantación de una nueva y distinta arquitectura, en la cual la idea misma de una estructura fraccionada en un Régimen General y diversos Regímenes Especiales aparece sustituida por dos ordinarios o comunes para trabajadores por cuenta ajena y autónomos, cuyos

[17] O de otras, conforme estableció el RD Ley 5/1998, de 29 de mayo, superando la interpretación contenida en la STS 23 noviembre 1993 (RJ 1993, 8938).

[18] CAVAS MARTÍNEZ, F.: "El modelo constitucional de Seguridad Social: desarrollos normativos y aspectos pendientes", *RTSS* (*CEF*), núm. 128, 1993, pág. 90.

[19] Décadas antes, conviene remitir a la lúcida reflexión de VIDA SORIA, J.: "Régimen General y Regímenes Especiales del sistema de Seguridad Social", *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia*, núm. 3, 1972, págs. 50 y 51.

respectivos ámbitos de cobertura habrían de recoger las oportunas particularidades a fin de encontrar acomodo en la realidad social[20].

Culminan, de esta forma, anteriores programas oficiales con manifiesta identidad en cuanto hace al diagnóstico de la situación y una notable afinidad con respecto a las propuestas de solución que, en todo caso, presentan el común denominador de simplificación radical de los Regímenes existentes, por no corresponderse con la estructura real del ordenamiento de la Seguridad Social, cuyas instituciones principales son hoy los distintos sectores de la acción protectora[21].

A partir de sus previsiones, ambiciosas pero con límites manifiestos[22], sorprendió enormemente el contenido de la Ley 24/2007, de 15 de julio, en tanto apenas si se ocupó de las recomendaciones incluidas en los Pactos que estaba llamada a desarrollar. En su Exposición de Motivos afirma cómo su materialización "queda pendiente", hasta tanto lo autoricen "las posibilidades financieras", o para cuando se hayan producido inconcretas expectativas acerca de la configuración constitucional y "estatutaria" de la Seguridad Social. Empero, la expresada relación de abdicaciones que contiene aquel pórtico normativo no incluye, inexplicablemente (dando cuenta con ello del proceder del legislador, sin justificarlo siquiera con un argumento dilatorio[23]), la principal de las Recomendaciones incumplidas, a situar en el reforma estructural del Sistema, eliminando todas las particularidades financieras y asistenciales discriminatorias derivadas de la existencia de Regímenes Especiales de Seguridad Social.

En su poca justificada modestia, la Ley de Consolidación y Racionalización se conformó con:

A.- Extender la aplicación de ciertas reglas a todos los Regímenes de la Seguridad Social (art. 13, modificando la disposición adicional 8ª LGSS).

B.- Incluir un mandato de estudio sobre las posibilidades y consecuencias de incluir en el RETA a las "amas de casa" (disposición adicional 1ª).

C.- Conceder un plazo al Gobierno (manteniendo la incertidumbre doctrinal y la zozobra jurisprudencial[24]) para que procediera a regular el encuadramiento de los socios trabajadores. Incumplido en primera instancia, pero luego realizado a través de las modificaciones del art. 97 LGSS e incorporación de la disposición adicional 27ª LGSS (a partir de sendas Leyes de Acompañamiento a la Ley de Presupuestos Generales del Estado; en concreto, de la disposición adicional 43ª Ley 66/1997 y art. 34 Ley 50/1998),

---

[20] Casi "visionario" de cuanto iba a ser acordado, VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Estructura y sistema de Seguridad Social y protección de los trabajadores autónomos", *RL*, núm. 17, 1995, pág. 4.
[21] MARTÍN VALVERDE, A.: "La estructura del ordenamiento de la Seguridad Social", cit., pág. 280.
[22] FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, Mª.R.: "De las oportunidades perdidas en Seguridad Social por la ambigüedad y las urgencias políticas", cit., pág. 27.
[23] BARRADA RODRÍGUEZ, A. y GONZALO GONZÁLEZ, B.: *La financiación de la protección social en España. A propósito del Pacto de Toledo*, Madrid, (CES), 1997, pág. 222.
[24] De la cual consta una extensísima muestra en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. "La necesaria reforma estructural del sistema de la Seguridad Social", cit., pág. 13.

en el sentido de dividir la protección social de los socios según ejerzan funciones de dirección y gerencia y en función de que se tratara de empresas familiares o no[25].

D.- Autorizar al Gobierno para armonizar la normativa especial del Mutualismo Administrativo sobre asistencia sanitaria, con prescripciones específicas relativas a los recursos económicos de la prestación y al mantenimiento de sus peculiaridades en los métodos de gestión[26].

Impulso mínimo que buscó fuerzas renovadas en los Acuerdos Sociales y reformas legislativas posteriores, conforme muestra, por ejemplo, el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección, de 9 de abril de 2006, cuyo apartado VII queda dedicado, precisamente, a la "convergencia" de Regímenes Especiales[27].

Objetivo de simplificación y racionalización presente y activo, si bien sólo para los pertenecientes al ámbito subjetivo al REA, recogido en el Acuerdo sobre Encuadramiento y Cotización a la Seguridad Social para estos profesionales, firmado el 20 de octubre de 2005 por el Gobierno y las organizaciones agrarias ASAJA, UPA y COAG, el cual propone la incorporación de tal colectivo en el RETA, si bien teniendo presente las circunstancias específicas concurrentes en el sector del agro, dando cumplimiento a la Recomendación 6ª del Pacto de Toledo.

La reforma proyectada a partir de este Acuerdo, la cual tomó cuerpo --con efectos de 1 de enero de 2008-- a través de la Ley 18/2008, de 4 de julio[28], aparecía (y aparece) vinculada a las políticas activas de consolidación y mejora de las explotaciones agrarias, que abran la posibilidad de su reforzamiento con nuevas actividades, la contratación de trabajadores y el acceso a niveles de protección capaces de garantizar el atractivo económico de este quehacer productivo[29].

Como justificación última se esgrimen aspectos bastantes comunes a otros Regímenes Especiales[30], tales como la existencia de una legislación poco adecuada a la realidad actual, los problemas derivados de las dificultades para la contratación laboral y el insuficiente nivel de cobertura de las prestaciones sociales, a resultas de un molde

---

[25] Se trataba, a la postre, de una cuestión de costes y de proporcionar un tratamiento especial a las empresas de economía social, según muestra --por todos-- el lúcido ensayo de LÓPEZ GANDÍA, J.: "Las sociedades laborales y su encuadramiento en la Seguridad Social", *AL*, núm. 11, 1999, pág. 260.

[26] Al respecto, BARRADA RODRÍGUEZ, A. y GONZALO GONZÁLEZ, B.: *La financiación de la protección social en España. A propósito del Pacto de Toledo*, cit., pág. 225.

[27] Su análisis exhaustivo, entre otros, en LÓPEZ GANDÍA, J.: "El acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social. La renovación del Pacto de Toledo", *RDS*, núm. 14, 2001, págs. 46 y ss. o MONTOYA MELGAR, A.; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y CÁMARA BOTÍA, A.: "Notas sobre el Acuerdo de 9 de abril de 2001 para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social", *RTSS (CEF)*, núm. 230, 2002, págs. 99 y ss.

[28] Dando cuenta de la misma, en síntesis exquisita, y por todos, GARCÍA ROMERO, B.: "La integración de los trabajadores agrarios por cuenta propia en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos", *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008, págs. 95 y ss.

[29] Sobre esta tendencia, HIERRO HIERRO, J.: *El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, Cizur Menor (Aranzadi), 2005, pág. 80.

[30] Significándolo, entre otros, GONZALO GONZÁLEZ, B.: "Las transformaciones recientes en la organización y la gestión de la Seguridad Social"; SÁNCHEZ NAVARRO, D. A.: "Aspectos jurídicos de la Seguridad Social del futuro" o FERRERAS ALONSO, F.: "La acción protectora futura". Todos ellos en *Foro de la Seguridad Social*, núms. 18 y 19, 2007, págs. 4 a 13, 24 y 30 y 124, respectivamente.

de cotización que no garantiza la adecuada sustitución de los ingresos en activo a través de las pensiones, con cuatro medidas muy concretas:

a) Un nuevo sistema de cotización específica y diferenciada, aun cuando el colectivo esté encuadrado en el RETA[31].

b) La incorporación al RETA a través de un Sistema Especial.

c) El estímulo, a través de medidas pasivas (consistente en reducciones temporales a la cotización), de la afiliación de los cotitulares de las explotaciones familiares, en orden, también, a favorecer la igualdad material entre hombres y mujeres, a reconocer el importantísimo papel desempeñado por el cónyuge que dedica su actividad predominantemente a la explotación familiar de forma personal y directa y a fomentar la incorporación de las jóvenes. De este modo, y a través de la disposición adicional 49ª de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006, se estableció una reducción del 30% de la cuota a abonar por contingencias de cobertura obligatoria en el RETA, correspondiente a la base de cotización vigente en el citado Régimen o, en su caso, en el RETA[32]; eso sí, condicionada subjetivamente a ser cónyuge (*¿Quid* de las relaciones de hecho estables?) cotitular menor de 40 años, y temporalmente limitada a 3 años.

d) La clarificación del campo de aplicación del RETA respecto a los trabajadores por cuenta propia, con la finalidad de dotar al ordenamiento de la Seguridad Social de una mayor seguridad jurídica y de eliminar las consecuencias aparejadas a seguir aplicando unas disposiciones totalmente obsoletas[33].

En la última muestra significativa de esta evolución "histórica" hacia la homogeneización (racionalización y simplificación) del Sistema, cabe dar cuenta del Acuerdo sobre Medidas en Materia de Seguridad Social[34], que adquirió categoría legal a través de la Ley 40/2007, de 7 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social. En ambos referentes, y con unos horizontes temporales más o menos próximos, se pretende la supresión de algunos Regímenes Especiales, con una intención que, en lo sustancial, va dirigida a un doble objetivo[35]:

---

[31] Su explicación, muy didáctica por cierto, en www.seg-social.Estadísticas. Alta Laboral.

[32] Recuérdese cómo una medida similar se había adoptado previamente en el RETA, consistente en la reducción de la base de cotización para los jóvenes y mujeres de nueva incorporación en este Régimen (art. 5 Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de de reforma económica, que introdujo una nueva disposición adicional, la 35ª, a la LGSS). La norma antes citada también incluyó, en su disposición adicional 2ª, la previsión de realizar un estudio sobre la viabilidad de establecer reducciones en la base de cotización por un período de 3 años para los jóvenes menores de 30 años que se incorporaran por primera vez, como trabajadores por cuenta propia, al RETA. Con todo, obsérvese un cambio distinto en la disposición 49ª de la Ley 30/2005 y en el art. 5 Ley 36/2003, ya que para los agrarios no se prevé la opción por una cotización reducida, sino la reducción directa en la cuota a ingresar, y, además se eleva el límite de edad de 30 a 40 años. Al respecto, CÁMARA BOTÍA, A.: "Configuración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos", *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008, pág. 65.

[33] Dando cuenta de tales rasgos anacrónicos, con adecuada ponderación, LÓPEZ ANIORTE, Mª. C.: "Las notas de 'habitualidad' y 'medio fundamental de vida' delimitadores del ámbito subjetivo del RETA: una reforma normativa pendiente", *AL*, núm. 38, 2002, págs. 847 y ss.

[34] PANIZO ROBLES, J. A.: "Un nuevo paso en la Seguridad Social consensuada: el Acuerdo sobre Seguridad Social de 13 de julio de 2006", *RTSS (CEF)*, núms. 281-282, 2006, págs. 159 y ss.

[35] Una exposición cuidada en RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: *Las zonas de frontera del campo de aplicación de la Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2008, págs. 172 y ss.

A.- Eliminar el Régimen Especial Agrario y el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, de modo tal que los trabajadores por cuenta propia en aquel momento incluidos en ellos pasen al Especial de Trabajadores Autónomos, al tiempo que los trabajadores por cuenta ajena queden encuadrados en el RG.

B.- Eliminar el Régimen Especial de Empleados de Hogar, incluyendo a estos trabajadores por cuenta ajena (sustantivo a conjugar normalmente en femenino) en el RG.

Con todo, mediaba una evidente disonancia entre el modelo constitucional y legal y la práctica jurídica creada al amparo de un régimen infralegislativo que, aun cuando es evidente que "se mueve"[36], mantenía Regímenes Especiales creados *ex novo* por el Gobierno --como el Régimen Especial de la Minería del Carbón--, y persistían importantes diferencias en la configuración y desenvolvimiento de las distintas relaciones que integran el derecho a las prestaciones en los diversos subsistemas, no siempre transitorios.

III.- De hoy hacia el futuro: planteamiento general sobre la estructura del Sistema español en el horizonte

Desde el último hito legislativo reseñado hasta la actualidad no han dejado de producirse ciertos avances en el afán apuntado de simplificar y racionalizar el Sistema de Seguridad Social, por lo general tratando de aquilatar los procesos de integración ya expuestos[37], en otros casos con avances más significativos, conforme ocurre --en una muestra harto aclaratoria-- con la integración en el RG del colectivo de médicos de asistencia médico-farmacéutica y de accidentes de trabajo a través del RD 565/2010, de 7 de mayo.

Ello supone el final de las Entidades Sustitutorias de la Seguridad[38], que aparecían regidas por la Ley de Montepíos y Mutualidades de Previsión Social de 1941 (y su Reglamento de 1943), y, a partir de 1984, experimentan un proceso paulatino de integración en el correspondiente Régimen de Seguridad Social, corriendo a cargo de las Instituciones de ésta, desde la fecha de tal incorporación, el reconocimiento y pago de los derechos consolidados en aquella Entidad (siempre y cuando coincidieran con los que se hubieran debido causar en el Régimen donde tuvo lugar la inserción) y el reconocimiento, como cotizado a la Seguridad Social en orden a futuras prestaciones, del tiempo de permanencia en la Entidad Sustitutoria, recibiendo de aquélla, en contrapartida a las obligaciones adquiridas, los correspondientes capitales a partir de los cuales hacer frente a tales gastos.

---

[36] SEMPERE NAVARRO, A.V.: "El RETA se nueve", *AS*, núm. 5, 2003, págs. 10 y ss.

[37] Dando cuenta de los mismos, PANIZO ROBLES, J. A.: "La Seguridad Social en los Presupuestos Generales del Estado para 2010 (y en otras disposiciones legales de reciente aprobación)", *RTSS (CEF)*, núm. 323, 2010, págs. 8 y ss.

[38] PANIZO ROBLES, J.A.: "El final de las Entidades Sustitutorias de la Seguridad Social. La integración del colectivo de médicos de asistencia, médicos-farmacéuticos y de accidentes de trabajo", *RTSS (CEF)*, núm. 327, 2010, págs. 8 y ss.

Este proceso, con una duración de más de 25 años (lo cual resulta altamente ilustrativo)[39], ha culminado recientemente con la determinación de los derechos relativos a los beneficiarios correspondientes, como consecuencia de la extinción de su Régimen particular de previsión social y su incorporación a cuanto se ha avanzado como modelo final, en este caso en aplicación de la disposición adicional 18ª Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social[40].

Tal es el balance hasta el día de hoy, donde aparece perfectamente identificado el futuro que se pretende en sus rasgos generales, pero en el cual los avances son lentos y los pasos a dar en concreto aparecen difusos[41], probablemente porque la simplificación que se ansía supondría una operación financiera imposible de abordar en este momento (ni siquiera bajo la propuesta de un fondo de pensiones privado, pero global y gestionado con parámetros públicos)[42]; también porque resulta indudable que los colectivos singulares a incorporar tendrán que registrar siempre especialidades de carácter técnico, administrativo y financiero en su ámbito protector (los autónomos de forma significativa), al menos mientras el núcleo del Sistema aparezca situado --según nadie discute-- en la protección dispensada a los trabajadores asalariados de cualquier clase o tipo.

En este punto se asienta la investigación abordada: recopilado el pasado y el presente, sugerir de futuro pautas de actuación que habrán de actuar en un doble ámbito: de un lado, y más visible --pero menos interesante--, la reducción formal de los Regímenes Especiales[43]; de otro, la operación de "ingeniería jurídica" que debe acompañar a aquella decisión fundamental, pues no sólo se trata de delimitar el ámbito subjetivo de protección, sino que, aneja a esta tarea, procederá seguir (cuando corresponda) una regulación coordinada en los actos de encuadramiento, financiación y acción protectora, que hasta ahora pueden dar lugar a una situación de infra o sobre protección, a examinar con tiento y a partir de los oportunos elementos correctores transitorios o temporales, "en tanto la igualdad plena, como la plena contributividad, son una exigencia de la idea misma de la Seguridad Social"[44].

---

[39] Sobre sus planteamientos iniciales, NAVARRO CASTILLO, C.: "La integración en la Seguridad Social de las entidades sustitutorias y de las Cajas y Mutualidades de empresa", *RTSS (CEF)*, núms. 43 -44, 1989, págs. 30 y ss.; sobre su evolución hasta esta decisión última, atendiendo a los tramos temporales más significativos, vid., por ejemplo, PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: "La vinculación a la Seguridad Social de los colegiados profesionales tras la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y la Resolución de 23 de febrero de 1996", *RL*, núm. 11, 1996, págs. 51 y ss.; DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I.: "El campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos y las nuevas incorporaciones: el trabajo en el marco de sociedades mercantiles y la actividad de los profesionales colegiados", *PJ*, núm. 64, 2002, págs. 65 y ss. o LÓPEZ ANIORTE, M. C.: "El encuadramiento de los profesionales colegiados en la Seguridad Social: un proceso inacabado", *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008, págs. 68 y ss.

[40] Sobre su régimen actual, de nuevo procede el reenviar al acabado estudio de PANIZO ROBLES, J. A.: "El final de las Entidades Sustitutorias de la Seguridad Social. La integración del colectivo de médicos de asistencia, médicos-farmacéuticos y de accidentes de trabajo", cit., págs. 8 y ss.

[41] SÁNCHEZ NAVARRO, D. A.: "Aspectos jurídicos de la Seguridad Social del futuro", *Foro de Seguridad Social*, núms. 18 y 19, 2007, pág. 30.

[42] BAREA, J.: "El aspecto financiero de la Seguridad Social del futuro" y GARCÍA DE BLAS, L.: "Los aspectos organizativos y financieros de la Seguridad Social del futuro", ambos en *Foro de Seguridad Social*, núms. 18 y 19, 2007, págs. 142 y 160, respectivamente.

[43] MARTÍN VALVERDE, A.: "La estructura del ordenamiento de la Seguridad Social", cit., pág. 380.

[44] BARRADA DOMÍNGUEZ, A. y GONZALO GONZÁLEZ, B.: *La financiación de la protección social en España. A propósito del Pacto de Toledo*, cit., pág. 222.

Queden, quienes escriben --y a partir de ahora--, como meros recopiladores del parecer del resto del equipo investigador a partir de las impresiones obtenidas tras reuniones semanales de debate y en las conclusiones que los propios autores han querido que configuren estas páginas introductorias.

La premisa mayor parte del modelo enunciado páginas atrás, que habrá de concluir, al final, en dos grandes Regímenes: el Régimen General y el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, sin importar la actividad a la cual se dedique cada trabajador a la hora de tal postrer encuadramiento. En su desarrollo, sin embargo, procederá atender a las singularidades propias de cada Régimen o Sistema Especial, las cuales determinarán tanto la forma como los plazos adecuados para una labor de gran envergadura.

A modo de asientos contables de cuanto se desarrollará por extenso, cabe anticipar, aquí y ahora, las siguientes valoraciones de partida.

PRIMERA:

La Ley 20/2007, de 11 de julio, reguladora del Estatuto del Trabajador Autónomo, vino a proclamar, con fundamento en el art. 41 CE, el derecho de cuantos ejercen una actividad profesional por cuenta propia o autónoma "al mantenimiento de un Régimen público de Seguridad Social, que les garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad" (art. 23.1), instrumentándose la protección "a través de un único Régimen que se denominará Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, sin perjuicio de que algunos colectivos específicos de trabajadores autónomos, en razón de su pertenencia a un determinado sector económico, estén encuadrados en otros Regímenes de Seguridad Social" (art.23.2).

Si al inicio de la formación del RETA todo discurría normativamente por simples Órdenes Ministeriales[45], en ese momento histórico surge una Ley que contiene los "principios cardinales o (…) ejes de la política social correspondiente"[46]. Carencia echada en falta[47] que se completa adecuadamente para sentar las bases del "otro" Régimen paralelo al General, al cual, tras la integración de los autónomos agrarios y la desaparición de las Entidades Sustitutorias, procederá seguir la de los autónomos del mar y cuantos otros hayan optado sólo por la cobertura proporcionada a través de una Mutualidad.

Pese a esta independencia, el RETA ha de constituir un fiel reflejo del Régimen General en cuanto al nivel de protección alcanzada, pues no cabe la menor duda de que "parecen haber sido las previsiones legales y reglamentarias volcadas en las

[45] Sobre tal evolución, por todos, CAVAS MARTÍNEZ, F. y CÁMARA BOTÍA, A.: *La acción protectora del Régimen Especial de Seguridad Social de la Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos*, Cizur Menor (Aranzadi), 2005, págs. 21 a 45.

[46] GARCÍA MURCIA, J.: "Trabajo autónomo", en AA.VV. (GARCÍA MURCÍA, J., Dir): *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Cizur Menor (Aranzadi/Thomson), 2007, pág. 55.

[47] TORTUERO PLAZA, J.L. y PANIZO ROBLES, J.A.: *Estructura del Sistema de Seguridad Social. Convergencia entre Regímenes*, Fundación Alternativas (Documento de Trabajo 12/2003), Madrid, 2003 o PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: *La Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos*, Madrid (Civitas), 1995, págs. 180 a 187.

prestaciones y en las contingencias protegidas las que en mayor medida han ido concediendo un trato homogéneo a los distintos Regímenes de Seguridad Social, con vistas a su progresiva equiparación o convergencia"[48].

Reto difícil de afrontar, pues la necesidad evidente de incrementar la protección a favor de este colectivo (baste aludir a la reciente prestación por "cese de actividad" recogida por Ley 32/2010, de 5 de agosto) encuentra el inconveniente de llevar consigo una sobrecarga en la financiación que, en este tipo de actividad, sólo puede atribuirse al propio afectado.

Equilibrio, por tanto, entre una acción protectora más satisfactoria sin que ello suponga una rémora para el desarrollo e impulso de la iniciativa emprendedora, que también precisa la solución de los numerosos problemas y deficiencias que perviven en el RETA, como una rémora que se arrastra durante demasiado tiempo[49], o de nueva aparición, por ejemplo, la brecha abierta entre autónomos "puros" y económicamente dependientes.

A riesgo de que esta última acabe por romper el futuro RETA, cabe proponer modificaciones que conlleven una mayor homogeneidad (dentro de lo posible) en las prestaciones a lucrar, conforme pudieran ser, a modo de meras muestras (y respetando siempre las peculiaridades de este Régimen), el aseguramiento obligatorio de las contingencias profesionales, la cotización vinculada a lo realmente ganado o por trabajo a tiempo parcial y la jubilación parcial y flexible[50].

SEGUNDA:

En el ideal y objetivo último a obtener, probablemente uno de los mayores obstáculos a sortear vendrá dado por la desaparición del Sistema propio o Régimen "externo" de los funcionarios públicos, considerado por algunos como "una reliquia de otros tiempos"[51], pero también férreamente defendido por firmes y poderosos intereses corporativos[52].

---

[48] GARCÍA MURCIA, J.; CASTRO ARGÜELLES, Mª.A. y RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: "La estructura del Sistema de Seguridad Social y su proyectada reforma", *Foro de Seguridad Social*, núm. 17, 2007, pág. 15.

[49] Un apunte de los mismos en el ensayo, de obligada lectura, firmado por DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J. I.: *La Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos*, Valladolid (Lex Nova), 2004, págs. 25 a 42.

[50] MARTINEZ BARROSO, Mª.R.: *Régimen profesional, prevención de riesgos y derechos colectivos de los trabajadores autónomos*, Madrid (CEF), 2006, págs. 126 y 127 y ÁLVAREZ CUESTA, H.: "La Seguridad Social en el Estatuto del Trabajo Autónomo", en FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: *Régimen profesional, derechos colectivos y Seguridad Social del trabajador autónomo tras la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo*, León (Eolas), 2009, págs. 122 y ss.; *Ibidem*: "Las grietas en la protección de la maternidad y la paternidad en el Régimen de Trabajadores Autónomos", en AA.VV: *La Seguridad Social en el siglo XXI. V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia (Laborum), 2008, págs. 241 y ss.; e *Ibidem*: "La última reforma de Seguridad Social en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos", *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 1, 2010, págs. 195-213.

[51] GONZALO GONZÁLEZ, B. y NIÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, Madrid (Marcial Pons), 1997, pág. 13.

[52] Baste el ensayo, relativamente reciente, firmado por el Subdirector General de Ordenación Normativa, Recursos e Información de Clases, GONZÁLEZ BERNAL, J.: "Si no existieran las 'Clases Pasivas' habría que inventarlas", *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008, págs. 170 a 174.

Con dos variantes que en esta obra se exponen por separado (Mutualismo Administrativo y Clases Pasivas), la diversidad entre ambas no empece una conclusión común, que parte de las siguientes constataciones:

A.- La presencia de una normativa reguladora sumamente dispersa, para una diversidad subjetiva crónica[53], con numerosas e importantes modificaciones desde su redacción primera y, en muchos aspectos, obsoleta, anacrónica y poco funcional para hacer frente a las necesidades de este colectivo de empleados, que demanda una pronta unificación, simplificación y actualización.

B.- La pervivencia de singularidades evidentes respecto al RG tanto en su estructura, como en la financiación, órganos de gestión, actos de encuadramiento, prestaciones y jurisdicción competente[54].

C.- A pesar del dato precedente, la existencia de un progresivo proceso de acercamiento entre estos Regímenes Especiales y el General, favorecido por una triple causa:

En primer lugar, que al adoptar ambos supuestos como punto de partida una actividad asentada sobre las notas de voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución, el proceso de inserción aparece enormemente favorecido desde un plano subjetivo[55].

En segundo término, que las divergencias significadas distan de ser insalvables, habida cuenta de la coincidencia en cuatro aspectos importantes[56]: los riesgos protegidos, el carácter de las contingencias (comunes --que en Clases Pasivas dan lugar a prestaciones ordinarias-- y profesionales --acto de servicio o como consecuencia del mismo--, que en estos Regímenes Especiales otorga el derecho a prestaciones extraordinarias), el sometimiento de las pensiones a las reglas de fijación, limitación y revalorización establecidas en la Ley de Presupuestos y la existencia de complementos a mínimos.

Por último, el ser técnicamente factible, financieramente soportable y de todo punto recomendable para evitar tratos diferenciados carentes de cualquier justificación en la actualidad[57].

---

[53] Mostrándolo con amplitud, por todos, BLASCO LAHOZ, J.: *El Régimen de Clases Pasivas del Estado*, Albacete (Bomarzo), 2006, págs. 7 y ss.

[54] Una exposición sucinta, pero harto ilustrativa, de estas diferencias en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Los Regímenes Especiales de los funcionarios públicos: Situación actual y perspectivas", *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008, págs. 160 a 169.

[55] Sobre cuanto apreciaron ya en su día ALONSO OLEA, M. y SERRANO GUIRADO, E.: *La Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Madrid (Instituto de Estudios Políticos), 1957, págs. 16 y 17, el desarrollo que proporcionan CANALES GIL, A.: *El sistema español de Clases Pasivas del Estado*, Barcelona (Bosch), 1996, pág. 340 o ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, Madrid (Mapfre), 1988, pág. 94.

[56] Por extenso, DOLZ LAGO, M.J.: *El Régimen Especial de Seguridad Social de los funcionarios de la Administración Civil del Estado*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004, págs. 365 y ss.

[57] Mostrándolo, con profusión de datos reveladores, y proponiendo su propia "hoja de ruta", COMAS BARCELÓ, A.: "La posible integración de los Regímenes Especiales de funcionarios públicos en el Régimen General", *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008, págs. 175 y ss.

Atendiendo a tales condicionantes, no parece factible una integración a corto plazo, y sí cabe catalogarla como una pretensión a medio y (en supuestos puntuales) a largo plazo que, además, hace aconsejable una actuación en varias fases: de principio, racionalizar el Régimen de Clases Pasivas, para simplificarlo a nivel interno y, al tiempo, integrar los tres Regímenes del Mutualismo Administrativo, poniendo fin a la dispersión normativa y complejidad subjetiva; acto seguido, y tras la búsqueda de una mayor y mejor coordinación entre Clases Pasivas y Mutualismo Administrativo, refundirlos en un único referente; el paso final habría de llevar a la reconducción plena al RG, para lo cual dos medidas parecen las más oportunas: de un lado, adecuar o flexibilizar la ordenación jurídica de éste en orden a facilitar una incorporación más sencilla; de otro, mantener transitoriamente el Régimen Especial para funcionarios, declarándolo a extinguir respecto de los derechos adquiridos, lo cual implicaría, para las futuras generaciones de funcionarios, la plena integración de forma directa, así como el mantenimiento de los beneficios colectivos adicionales, pero a través de un modelo de protección complementaria financiado tomando en consideración exclusivamente las cotizaciones de los propios interesados[58].

TERCERA:

Conforme ha quedado expuesto, con la Ley 18/2007, de 4 de julio, se solventó la integración de los trabajadores por cuenta propia del REA en el RETA, sin perjuicio de mantener determinadas peculiaridades e instituir un Sistema Especial que no deja de plantear los interrogantes desgranados en el apartado correspondiente de este estudio; pero que, en definitiva --y entre otros logros--, ha permitido adecuar las bases de cotización a criterios de contributividad y lograr una mayor proporcionalidad entre el esfuerzo de cotización y el nivel de protección alcanzado.

Pendiente queda la integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena, con un horizonte temporal más lejano (un "viaje de largo recorrido"[59]), hasta el punto de contemplarse un periodo transitorio de entre quince y veinte años.

El Acuerdo de 13 de julio de 2006, de Medidas en Materia de Seguridad Social, aporta dos premisas bien definidas en este *iter*: para los trabajadores propone el objetivo de equiparar su acción protectora al RG (superando ya la cuestionada reordenación del desempleo en el bienio 2002-2003, reconociendo el nivel contributivo a todos los eventuales, manteniendo la pervivencia del subsidio o creando la "renta agraria" en Andalucía y Extremadura[60]); para los empresarios anuncia un Sistema Especial de cotización con bonificaciones y reducciones que eviten un incremento de los costes capaz de limitar la competitividad y el empleo dentro de las explotaciones agrarias.

---

[58] La propuesta, ya firme, en RORÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Los Regímenes Especiales de los funcionarios públicos: Situación actual y perspectivas", cit., pág. 169.

[59] Parafraseando el "largo adiós" de DESDENTADO BONETE, la expresión y profunda explicación de HIERRO HIERRO, F.J.: "La integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General (Algunas propuestas de regulación del previsible sistema especial)", *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008, págs. 84 y 88.

[60] Por extenso, HIERRO HIERRO, F.J. *El régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, Cizur Menor (Aranzadi), 2005, págs. 83 y 84.

Probablemente esta última cuestión constituirá el mayor obstáculo, pues conciliar ambas cuestiones será harto complicado[61], salvo de acudir tanto a la solidaridad intersectorial como nacional, para crear una medida de acción positiva al objeto de que la Seguridad Social de este colectivo cuente con los recursos económicos necesarios a partir de los cuales hacer frente a las prestaciones para aquellos supuestos en los cuales los riesgos se vean traducidos en situaciones de necesidad; todo ello como contraprestación de la comunidad al mundo rural por la incorporación al mercado de valores intangibles tales como la atención al medio ambiente, la salvaguarda de espacios naturales, el equilibrio territorial, el mantenimiento de cultura y tradiciones y un buen etcétera de todos conocido[62]. Para otras cuestiones, las diversas propuestas elevadas por distintos interlocutores sociales y autores --de los cuales se proporciona oportuna y extensa noticia en su sede apropiada-- parecen ir perfilando líneas claras de actuación[63].

CUARTA:

Reflexiones análogas a las precedentemente enunciadas avalarían también la integración de los trabajadores por cuenta ajena de la Minería del Carbón (apenas 6.800 en junio de 2010) en el RG.

Muy alejadas quedan en el tiempo las justificaciones históricas esgrimidas para su creación (la extrema dureza y peligrosidad de la actividad, cuando hay otras similares --baste acudir, en fácil analogía, a la minería del mercurio o de caolín-- excluidas de tal protección), y los motivos políticos, de equidad social y de utilidad económica que lo sustentaron[64]. Pareciendo claro --se insiste-- que el mantenimiento de situaciones privilegiadas de protección (por no responder a una razón objetiva sólida) no puede justificar ningún Régimen Especial (menos aún cuando sus peculiaridades podrían integrarse sin problemas como excepciones transitorias en el Régimen General[65]), tampoco cabrá argüir dichas diferencias en la cobertura para mantener una existencia

---

[61] GARCÍA MURCIA, J.; CASTRO ARGÜELLES, Mª.A. y RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: "La estructura del Sistema de Seguridad Social y su proyectada reforma", cit., pág. 19.

[62] HIERRO HIERRO, F.J.: "La integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General (Algunas propuestas de regulación del previsible sistema especial)", cit., pág. 19.

[63] Entre otras, FEDERACIONES AGROALIMENTARIAS DE UGT Y CC.OO: *Integración de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General y protección social*, en http://www.ugt./actualidad/marzo2004/propuestas/pdf; DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA: *Propuesta de encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario. La problemática de los trabajadores de cooperativas agrarias*, septiembre 2005, ejemplar fotocopiado; FEDERACIÓN AGROALIMENTARIA DE CC.OO.: *Propuesta de regulación del Sistema Especial de los trabajadores eventuales y fijos discontinuos agrícolas por cuanta ajena integradas en el Régimen General de Seguridad Social*, s/f ejemplar fotocopiado; COAG: *Propuesta para una protección social justa de agricultores y ganaderos*, en http://www.coaginforma.con/extras/PAbreviadosREASS; CONFEDERACIÓN DE COOPERATIVAS AGRARIAS DE ESPAÑA: *Supresión del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social. Encuadramiento de las cooperativas agrarias en el Régimen General de Seguridad Social*, noviembre 2005; o, en fin, la acabada y sistemática formulación de HIERRO HIERRO, F.J.: "La integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General (Algunas propuestas de regulación del previsible sistema especial)", cit., págs. 88 y ss.

[64] Su exposición en MARTÍNEZ BARROSO, Mª.R.: *Sistema jurídico de la Seguridad Social de la Minería del Carbón*, León (universidad), 1997, págs. 70 y ss. o GALA VALLEJO, C.: *Régimen Especial de la Seguridad Social de la Minería del Carbón*, Madrid (MTAS), 1987, págs. 15 y ss.

[65] VIDA SORIA, J.: "Los Regímenes Especiales", *Papeles de Economía Española*, núms. 12-13, 1982, pág. 163.

separada, pues en muchos casos se han desvanecido y, en otros, la evolución normativa acaecida en el RG ha hecho que sea perfectamente viable la presencia de determinados colectivos en su seno que posean unas prestaciones no coincidentes con las establecidas como pauta normal. Así ocurriría, en muestra paradigmática, con las actualmente contenidas en el REMC ordenadas a reducir la edad de acceso a la pensión de jubilación, las cuales, en último término, encontrarían amparo en el vigente art. 161.2 LGSS, en cuanto ha sido catalogado como "concurrencia de subregímenes"[66].

Por consiguiente, el camino aparece expedito para tal incorporación, si bien determinadas ventajas que actualmente se garantizan a los mineros podrán mantenerse hasta su extinción o hasta su confirmación --si objetivas y justificadas-- a través de un Sistema Especial. Ello llevaría, de nuevo, a un proceso a medio plazo, cuya primera vía de actuación podría consistir en mantener transitoriamente el REM como Régimen a extinguir en cuanto hace a los derechos adquiridos, lo cual implicaría la plena integración en el RG de las nuevas --si es que logran subsistir-- generaciones de mineros.

QUINTA:

La aparición del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar obedeció a razones objetivas, subjetivas y organizativas que fundamentaron, y fundamentan, las específicas previsiones sobre cotización y protección que aún contempla[67].

Así, en primer lugar, las condiciones de penosidad, peligrosidad y lejanía del hogar durante largas temporadas, a lo cual procedería unir la intermitencia de la actividad vinculada a la pesca y recolección de otros productos del mar, es lo que justifica normas específicas de jubilación para evitar el peligroso envejecimiento de la población activa en el sector, y que ésta aparezca constituida por un colectivo humano en edad laboral de óptimo rendimiento.

En segundo término, se trata de un Régimen mixto, que proporciona cabida a trabajadores tanto por cuenta propia como ajena, siempre y cuando realicen trabajos en el mar o relacionados con él, que pueden ser muy diversos, como también lo serán las condiciones laborales en las cuales se lleven a cabo.

En tercer lugar, el hecho de que en la pesca marítima sea tradicional el sistema de remuneración a la parte, unido al carácter mixto reseñado y a las diversas condiciones económicas y laborales, lleva a un modelo de cotización que clasifica a los protegidos en tres grupos, de los cuales sólo el I se atiene a los criterios previstos en el RG, mientras para los otros dos procederá estar a cuanto --en función de variables diversas-- contemple la respectiva Orden Ministerial anual; aplicando, además, determinados coeficientes reductores.

Por último, goza de gestión separada, encomendada al ISM, que amén de la labor propia como Entidad de esta especie, asume la función de asistencia a los

---

[66] DESDENTADO BONETE, A.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, B. y GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E.: *La reforma de las pensiones de la Seguridad Social*, cit., págs. 147 y 148.

[67] Su desarrollo, por extenso, en CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: *La Seguridad Social de los trabajadores del mar*, Madrid (Civitas), 1999, págs. 12 y ss. o VICENTE PALACIO, A.: *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Cizur Menor (Aranzadi), 2004, págs. 6 y ss.

trabajadores del mar, tanto en España como en el extranjero, financiando su mejora humana, profesional y económico-social; no obstante, el art. 69 Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1997, dispuso la adscripción de los recursos económicos y la titularidad del patrimonio del ISM a la TGSS, la cual asumió el pago de las obligaciones por aquél contraídas[68].

Este recordatorio sirve para comprobar las evidentes analogías con el Régimen Especial de la Minería del Carbón (su justificación en la peligrosidad de la actividad o la reducción en la edad de jubilación) y con el Régimen Especial Agrario (Régimen mixto que agrupaba tanto a trabajadores por cuenta ajena como autónomos o por cuenta propia); al tiempo, para comprobar la superior complejidad y singularidad en el patrón de cotización y la absoluta novedad de una Entidad Gestora propia.

Con todo, las particularidades apuntadas no se consideran impedimentos suficientes para su integración en el RG (los trabajadores por cuenta ajena) o en el RETA (aquéllos por cuenta propia); eso sí, conservando sus "peculiaridades específicas y objetivas" (Recomendación 6ª del Pacto de Toledo). Previsión reiterada en el apartado VII del Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social, que contempló cómo después de la integración de los autónomos del REA tendría lugar la de los trabajadores por cuenta propia del REM, a la que seguiría, como final del proceso, la del resto de ambos colectivos en el RG.

Objetivo que, como *prius* lógico, hacía imprescindible homogeneizar la acción protectora de nivel contributivo, lo cual ha tenido lugar a través de distintas reformas que han afectado tanto a los autónomos (reconocimiento de prestaciones económicas por incapacidad temporal derivadas de contingencias comunes desde el cuarto día de la baja, o la exigencia de hallarse la corriente en el pago de las cuotas e invitación al pago previsto para los incorporados al RETA), como a los trabajadores por cuenta ajena (con la declaración de aplicación común de cuanto recoge la disposición adicional 8ª LGSS y equiparación de ciertas prestaciones).

La renovación del Pacto de Toledo (a través de la Resolución del Congreso de 2 de octubre de 2003) observó, empero, que hasta entonces poco se había hecho, y era preciso agilizar la dinámica apuntada, para lo cual no parecen obstáculos bastantes las diferencias en la acción protectora (salvo en cuanto concierne a la reducción de la edad de jubilación, o la exclusión de la protección por desempleo y FGS de ciertos colectivos asimilados a trabajadores por cuenta ajena); tampoco la presencia de ISM, llamado a desaparecer, y que, por lo demás, resulta incongruente con los principios de unidad gestora, solidaridad financiera, caja única y normalidad y eficacia administrativa[69].

La clave para no avanzar al ritmo esperado queda situada, sin duda, en las especialidades en materia de cotización (cálculo de la base para los retribuidos a la parte y coeficientes reductores); más aún cuando la Resolución del Congreso mentada parte de que la equiparación en la protección ha de tener lugar "sin olvidar la adecuada correspondencia que debe existir entre la aportación contributiva y el nivel de acción protectora dispensada". La cuestión radicará, casi con total seguridad, en acogerse a cuanto también contempla aquella Resolución, la cual admite la posibilidad de que

[68] Al respecto, SÁNCHEZ NAVARRO, D.A.: *La gestión de la Seguridad Social en España*, Madrid (CES), 2003, págs. 161 y ss.
[69] SÁNCHEZ NAVARRO, D.A.: *La gestión de la Seguridad Social en España*, cit., págs. 164 y 165.

cuantas especialidades proceda mantener "sean financiadas, en parte, por el Sistema de Seguridad Social", lo cual remite sin ambages a una normativa *ad hoc* de difícil urdimbre[70].

SEXTA:

El Acuerdo sobre Medidas en Materia de Seguridad Social de 13 de julio de 2006 anuncia, respecto al Régimen Especial de Empleados de Hogar, que se "procederá al estudio de la relación laboral de carácter especial, a fin de proponer, en su caso, su adecuación a la realidad actual"; en orden a la homogenización de prestaciones con el Régimen General (particularmente en relación con la cobertura de contingencias profesionales y la fecha de inicio de la percepción económica por incapacidad temporal), plantea "el establecimiento de medidas de aplicación paulatina que permitan la convergencia de tipos de cotización entre ambos Regimenes, en el horizonte de que el Régimen de Empleados de Hogar confluya en el Régimen General, cuando la identidad de tipos de cotización sea plena". Por último, prevé que, "en paralelo, se establecerán bonificaciones y cursos de formación que permitan la incorporación al Régimen General del trabajo de cuidados realizados en el hogar", y se compromete al "mantenimiento, en tanto se realice la actividad, del alta y de la cotización, así como de un nivel adecuado de protección"[71].

Según cabe comprobar, una propuesta menos ambiciosa que las precedentes, a más años vista y sometida a la condición de la equiparación de cotizaciones, precisamente en un Régimen que necesitaba una urgente y profunda revisión, dado lo obsoleto de su regulación en muchos aspectos (permaneciendo en vigor, en muchos de sus preceptos, el Decreto que lo regula de 1969), así como el dato de no responder a las finalidades tuitivas que se esperan del Sistema de Seguridad Social[72]. Dato tanto más grave cuanto que los déficits en la cobertura social recaen sobre quienes integran su ámbito subjetivo, en su inmensa mayoría mujeres, y, desde épocas recientes, inmigrantes, lo cual puede llegar a implicar una discriminación individual que perjudica, como casi siempre, a los más débiles.

Pero además de esa diferencia de cotización, que se traduce en una desigual protección (con el sangrante ejemplo --entre otras, el devengo de la incapacidad temporal o el desempleo-- de privar al colectivo de la mayor y mejor cobertura que el ordenamiento jurídico proporciona a quienes sufren un menoscabo en su salud derivado de la prestación laboral), aquí cobra también singular relieve el sistema de afiliación que permite el legislador, distinguiendo entre empleados de hogar a tiempo completo (verdaderos trabajadores por cuenta ajena) y a tiempo parcial, convertidos, estos últimos, por mor de una legislación que busca más la comodidad de la Administración de la Seguridad Social que la realidad de las cosas, en pseudoautónomos, y proporcionando, de paso, el caldo de cultivo para que éste sea uno de los sectores con

---

[70] FERRANDO GARCÍA, F.: "Singularidades del campo de aplicación del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar", *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008, págs. 147 y 148.

[71] En torno a tales previsiones, con superior amplitud, LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *Los trabajadores al servicio del hogar familiar. Aspectos laborales y de Seguridad Social. Propuestas de reforma*, Albacete (Bomarzo), 2006 o MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: "La reforma del Régimen Especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar", *IL*, núm. 3, 2008, págs. 2 y ss.

[72] Mostrándolo, con el detalle requerido, LUJÁN ALCARAZ, J.: *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Empleados de Hogar*, Pamplona (Aranzadi), 2000, págs. 122 y ss.

mayores niveles de economía sumergida. Algo a lo que contribuyen de manera decidida las difíciles fronteras con los trabajos familiares, benévolos y de buena vecindad (o supuestos de simulación absoluta)[73], y que encuentra nuevos problemas con la figura del cuidador no profesional del entorno de la persona dependiente[74].

En la perspectiva, sólo aparece el borrador de reforma presentado por el Gobierno en septiembre de 2007[75] (que afecta a la prestación de incapacidad temporal, contingencias profesionales, desempleo y cotizaciones), pareciendo llamar a una actuación en dos fases: comenzar por la progresiva elevación del nivel de protección y de cotización en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, con la finalidad de lograr --en lo posible-- su equiparación con el Régimen General; seguir, luego, con la desaparición de aquél y la incorporación al ámbito material de aplicación de éste.

SÉPTIMA:

Cuando el Seguro Escolar surgió en España, allá por 1953, sirvió para, ante la falta de universalidad del Sistema, proporcionar una cobertura primaria a los estudiantes, quienes no ejercen trabajo alguno en un sentido económico.

Con el transcurso del tiempo, sin embargo, no sólo su regulación resulta obsoleta y anacrónica, sino abiertamente residual: indemnizaciones ínfimas, algunas prestaciones son generales y *de facto* acaban siendo no solicitadas, media confusión entre la prestación sanitaria universal y la que se otorga en el Régimen de Estudiantes,…[76].

Ante tal lamentable realidad, tres alternativas han sido barajadas:

1ª.- Su eliminación, que dejaría desprotegidos a los estudiantes frente al infortunio familiar y eventuales discapacidades, lo cual no parece de recibo.

2ª.- Su rediseño al margen de la Seguridad Social.

3ª.- Su mantenimiento modificando la acción protectora, como apéndice al RG y al RETA, dada la imposible homogeneización por falta de la imprescindible actividad económica.

De apostar por la subsistencia (dentro o fuera de la Seguridad Social), varias premisas parecen necesarias:

A.- Mejorar la información al estudiante.

---

[73] Ilustrativas la muestras seleccionadas por MARÍN MARÍN, J. y FONTES BASTOS, M.D.: *Prontuario jurídico del trabajo doméstico asalariado y guía de buenas prácticas*, Murcia (Laborum), 2007, págs. 48 y ss.

[74] SELMA PENALVA, A. y LUJÁN ALCARAZ, J.: "La reforma del Régimen Especial de Seguridad Social de los Empleados de Hogar", *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008, págs. 113 y 114.

[75] Más concreto que el Acuerdo de 2006, de cuya ambigua redacción sólo cabe afirmar que "no tiene entidad suficiente […] como para permitir un juicio seguro sobre el devenir en un futuro próximo de este Régimen Especial", GARCÍA MURCIA, J.; CASTRO ARGÜELLES, Mª.A. y RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: "La estructura del Sistema de Seguridad Social y su proyectada reforma", cit., pág. 24.

[76] BONACHE BERMEJO, F.: "Seguro Escolar", *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008, págs. 149 y ss.

B.- Evitar que la eventual transferencia de la gestión de Seguro a las CC.AA. menoscabe el principio de igualdad de derechos entre los beneficiarios; en particular, nunca deberá ser admisible constreñir la recepción de tratamientos sanitarios a la Comunidad Autónoma de origen.

C.- El Seguro debería contemplar sólo coberturas no exigibles en la Seguridad Social y prestaciones económicas (en cuantía justa) que no se solapen con las procedentes de otros sistemas públicos de protección. Al tiempo, debería fijarse un precio adecuado al compromiso asumido por la Administración, pero siempre valorando en la cuantificación de tal aportación que el estudiante no realiza una actividad remunerada.

D.- Resultaría menester mejorar las prestaciones no únicamente desde un punto de vista cuantitativo, sino también cualitativo: introducir excepciones o matices al límite de edad, ofrecer cobertura con independencia del lugar de aprendizaje, suprimir el año de carencia en ciertas prestaciones, solventar problema de incompatibilidades, o, por no seguir, asimilar los extranjeros provenientes de programas de intercambio a los españoles aun cuando no medie el principio de reciprocidad.

OCTAVA:

En fin, cuando todo parece que de la pluralidad de Regímenes se avanzará hacia la multiplicación de Sistemas Especiales, preciso resulta analizar el estado y problemas que suscitan cuantos ya operan plenamente integrados. Así se hará a lo largo de este estudio seleccionando a ferroviarios, representantes de comercio, artistas en espectáculos públicos, funcionarios de la Administración Local, deportistas y profesionales taurinos.

La diversidad de conclusiones sobre cada uno de ellos enerva la posibilidad y conveniencia de un discurso conjunto, salvo para destacar cómo el mantenimiento del adjetivo especial en numerosas ocasiones hace que el tránsito del sustantivo Régimen a la denominación Sistema suponga un cambio más formal que sustancial, siempre respecto a la meta de obtener la mayor homegeneización factible.

IV.- Bibliografía

AA.VV.: *Diccionario de Seguridad Social*, Cizur Menor (Aranzadi/Thomson), 2006.

ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, Madrid (Mapfre), 1988.

ALONSO OLEA, M. y SERRANO GUIRADO, E.: *La Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Madrid (Instituto de Estudios Políticos), 1957.

ÁLVAREZ CUESTA, H.: "La Seguridad Social en el Estatuto del Trabajo Autónomo"; en FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ y ÁLVAREZ CUESTA, H.: *Régimen profesional, derechos colectivos y Seguridad Social del trabajador autónomo tras la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajador Autónomo*, León (Eolas), 2009.

--"Las grietas en la protección de la maternidad y la paternidad en el Régimen de Trabajadores Autónomos", en AA.VV: *La Seguridad Social en el siglo XXI. V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia (Laborum), 2008.

--"La última reforma de Seguridad Social en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos", *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm.1, 2010.

BAREA, J.: "El aspecto financiero de la Seguridad Social del futuro", *Foro de Seguridad Social*, núms. 18 y 19, 2007.

BARRADA RODRÍGUEZ, A. y GONZALO GONZÁLEZ, B.: A. *La financiación de la protección social en España. A propósito del Pacto de Toledo*, Madrid (CES), 1997.

BLASCO LAHOZ, J.: *El Régimen de Clases Pasivas del Estado*, Albacete (Bomarzo), 2006.

BONACHE BERMEJO, F.: "Seguro Escolar", *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008.

BORRAJO DACRUZ, E.: "El sistema público de Seguridad Social. Presente inquieto y futuro abierto", *AL*, núm. 1, 1999.

CÁMARA BOTÍA, A.: "Configuración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos", *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008.

CANALES GIL, A.: *El sistema español de Clases Pasivas del Estado*, Barcelona (Bosch), 1996.

CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: *La Seguridad Social de los trabajadores del mar*, Madrid (Civitas), 1999.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: "El modelo constitucional de Seguridad Social: desarrollos normativos y aspectos pendientes", *RTSS* (*CEF*), núm. 128, 1993.

-- y CÁMARA BOTÍA, A.: *La acción protectora del Régimen Especial de Seguridad Social de la Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos*, Cizur Menor (Aranzadi), 2005.

COAG: *Propuesta para una protección social justa de agricultores y ganaderos*, en http://www.coaginforma.con/extras/PAbreviadosREASS.

COMAS BARCELÓ, A.: "La posible integración de los Regímenes Especiales de funcionarios públicos en el Régimen General", *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008.

CONFEDERACIÓN DE COOPERATIVAS AGRARIAS DE ESPAÑA: *Supresión del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social. Encuadramiento de las cooperativas agrarias en el Régimen General de Seguridad Social*, noviembre 2005.

DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA: *Propuesta de*

encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario. La problemática de los trabajadores de cooperativas agrarias, septiembre 2005, ejemplar fotocopiado.

DESDENTADO BONETE, A.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, B. y GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E.: *La reforma de las pensiones de la Seguridad Social*, Madrid (Civitas), 1986.

-- y TEJERINA ALONSO, J.I.: "El campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos y las nuevas incorporaciones: el trabajo en el marco de sociedades mercantiles y la actividad de los profesionales colegiados", *PJ*, núm. 64, 2002.

-- *La Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos*, Valladolid (Lex Nova), 2004.

DOLZ LAGO, M.J.: *El Régimen Especial de Seguridad Social de los funcionarios de la Administración Civil del Estado*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004.

FEDERACIONES AGROALIMENTARIAS DE UGT Y CC.OO: *Integración de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General y protección social*, en http://www.ugt./actualidad/marzo2004/propuestas/pdf.

FEDERACIÓN AGROALIMENTARIA DE CC.OO.: *Propuesta de regulación del Sistema Especial de los trabajadores eventuales y fijos discontinuos agrícolas por cuanta ajena integrados en el Régimen General de Seguridad Social*, s/f, ejemplar fotocopiado.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: "La necesaria reforma estructural del sistema de la Seguridad Social", *TS*, núms. 116 y 117, 2002.

-- y MARTÍNEZ BARROSO, Mª.R.: "De las oportunidades perdidas en Seguridad Social por la ambigüedad y las urgencias políticas", *REDT*, núm. 81, 1997.

FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: *Régimen profesional, derechos colectivos y Seguridad Social del trabajador autónomo tras la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo*, León (Eolas), 2009.

FERRANDO GARCÍA, F.: "Singularidades del campo de aplicación del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar", *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008.

FERRERAS ALONSO, F.: "La acción protectora futura", *Foro de la Seguridad Social*, núms. 18 y 19, 2007.

GALA VALLEJO, C.: *Régimen Especial de la Seguridad Social de la Minería del Carbón*, Madrid (MTAS), 1987.

GARCÍA DE BLAS, L.: "Los aspectos organizativos y financieros de la Seguridad Social del futuro", *Foro de Seguridad Social*, núms. 18 y 19, 2007.

GARCÍA MURCIA, J.: “Trabajo autónomo”, en AA.VV. (GARCÍA MURCÍA, J., Dir.): *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2007.

--; CASTRO ARGÜELLES, Mª.A. y RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “La estructura del Sistema de Seguridad Social y su proyectada reforma”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 17, 2007.

GARCÍA ROMERO, B.: “La integración de los trabajadores agrarios por cuenta propia en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008.

GONZÁLEZ BERNAL, J.: “Si no existieran las ‘Clases Pasivas’ habría que inventarlas”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008.

GONZALO GONZÁLEZ, B.: “Las transformaciones recientes en la organización y la gestión de la Seguridad Social”; *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008.

-- y NIÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, Madrid (Marcial Pons), 1997.

HIERRO HIERRO, J.: *El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, Cizur Menor (Aranzadi), 2005.

--“La integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General (Algunas propuestas de regulación del previsible sistema especial)”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008,

LÓPEZ ANIORTE, Mª. C.: “Las notas de ‘habitualidad’ y ‘medio fundamental de vida’ delimitadores del ámbito subjetivo del RETA: una reforma normativa pendiente”, *AL*, núm. 38, 2002.

--“El encuadramiento de los profesionales colegiados en la Seguridad Social: un proceso inacabado”. *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008.

LÓPEZ GANDÍA, J.: “Las sociedades laborales y su encuadramiento en la Seguridad Social”, *AL*, núm. 11, 1999.

--“El acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social. La renovación del Pacto de Toledo”, *RDS*, núm. 14, 2001.

-- y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *Los trabajadores al servicio del hogar familiar. Aspectos laborales y de Seguridad Social. Propuestas de reforma*, Albacete (Bomarzo), 2006.

LUJÁN ALCARAZ, J.: *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Empleados de Hogar*, Pamplona (Aranzadi), 2000.

MARÍN MARÍN, J. y FONTES BASTOS, M.D.: *Prontuario jurídico del trabajo doméstico asalariado y guía de buenas prácticas*, Murcia (Laborum), 2007.

MARTÍN VALVERDE, A.: “El ordenamiento de la Seguridad: evolución histórica y situación actual”, en AA.VV.: *Jornadas técnicas sobre Seguridad Social*, Madrid, (IELSS), 1984.

--"La estructura del ordenamiento de la Seguridad Social", en AA.VV.: *Pensiones sociales. Problemas y alternativas sociales. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (MTAS), 1999.

MARTÍNEZ BARROSO, Mª. R.: *Sistema jurídico de la Seguridad Social de la Minería del Carbón*, León (Universidad), 1997.

-- *Régimen profesional, prevención de riesgos y derechos colectivos de los trabajadores autónomos*, Madrid (CEF), 2006.

MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: "La reforma del Régimen Especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar", *IL*, núm. 3, 2008.

MTSS: *Libro Blanco de la Seguridad Social*, Madrid (MTSS), 1977.

-- *Criterios para la normalización y mejora de la Seguridad Social*, T. III, Madrid (MTSS), 1981.

-- *Propuesta de medidas de formalización y mejora de la Seguridad Social*, Madrid (MTSS), 1981.

-- *Programa de mejora y racionalización de la Seguridad Social*, Madrid (MTSS), 1982.

-- *Documento Base sobre la reforma de la Seguridad Social para la Comisión Tripartita del Acuerdo Económico y Social (AES)*, Madrid (MTSS), 1985.

MONTOYA MELGAR, A.; SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y CÁMARA BOTÍA, A. "Notas sobre el Acuerdo de 9 de abril de 2001 para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social", *RTSS (CEF)*, núm. 230, 2002.

NAVARRO CASTILLO, C.: "La integración en la Seguridad Social de las entidades sustitutorias y de las Cajas y Mutualidades de empresa", *RTSS (CEF)*, núms. 43-44, 1989.

PANIZO ROBLES, J.A.: "Un nuevo paso en la Seguridad Social consensuada: el Acuerdo sobre Seguridad Social de 13 de julio de 2006", *RTSS (CEF)*, núms. 281-282, 2006.

--"La Seguridad Social en los Presupuestos Generales del Estado para 2010 (y en otras disposiciones legales de reciente aprobación)", *RTSS (CEF)*, núm. 323, 2010.

--"El final de las Entidades Sustitutorias de la Seguridad Social. La integración del colectivo de médicos de asistencia, médicos-farmacéuticos y de accidentes de trabajo", *RTSS (CEF)*, núm. 327, 2010.

PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: *La Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos*, Madrid (Civitas), 1995.

--"La vinculación a la Seguridad Social de los Colegiados profesionales tras la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados y la Resolución de 23 de febrero de 1996", *RL*, núm. 11, 1996.

RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social*, Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2006.

-- *Las zonas de frontera del campo de aplicación de la Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2008.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Los Regímenes Especiales de los funcionarios públicos: Situación actual y perspectivas”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008.

SÁNCHEZ NAVARRO, D.A.: *La gestión de la Seguridad Social en España*, Madrid (CES), 2003.

--“Aspectos jurídicos de la Seguridad Social del futuro”, *Foro de la Seguridad Social*, núms. 18 y 19, 2007.

SELMA PENALVA, A. y LUJÁN ALCARAZ, J.: “La reforma del Régimen Especial de Seguridad Social de los Empleados de Hogar”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: “El RETA se nueve”, *AS*, núm. 5, 2003.

TEJERINA ALONSO, J.I.: “La racionalización de la estructura de la Seguridad Social: la integración de Regímenes Especiales de Ferroviarios, de Artistas, de Toreros, de Representantes de Comercio, de Escritores de Libros y de Futbolistas”, *RSS*, núm. 31, 1986.

TORTUERO PLAZA, J.L. y PANIZO ROBLES, J.A.: *Estructura del Sistema de Seguridad Social. Convergencia entre Regímenes* (Documento de Trabajo 12/2003), Madrid 2003.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Estructura y sistema de Seguridad Social y protección de los trabajadores autónomos”, *RL*, núm. 17, 1995.

VICENTE PALACIO, A.: *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Cizur Menor (Aranzadi), 2004.

VIDA SORIA, J.: “Régimen General y Regímenes Especiales del sistema de Seguridad Social”, *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia*, núm. 3, 1972.

--“Los Regímenes Especiales”, *Papeles de Economía Española*, núms. 12-13, 1982.

--; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, 5ª ed., Madrid (Tecnos), 2009.

CAPÍTULO II.- EL RETA COMO RÉGIMEN GENERAL DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

Henar Álvarez Cuesta
TU Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Campo de aplicación del RETA. 1.- Sujetos encuadrados en el Régimen de Autónomos. 2.- La incorporación de nuevos colectivos. III.- Afiliación y alta. IV.- La obligación de cotizar. V.- Contingencias protegidas. VI.- Acción protectora. 1.- Incapacidad temporal. 2.- Incapacidad permanente. 3.- Prestaciones por maternidad y paternidad. 3.1.- Prestación por maternidad. 3.2.- Prestación por maternidad no contributiva. 3.3.- Prestación por paternidad. 4.- Riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural. 5.- Muerte y supervivencia. 6.- La desesperante espera por una reforma en la jubilación. 7.- Cese de actividad o desempleo de los autónomos. VII.- Bibliografía.

I.- Introducción

El actual Sistema de Seguridad Social implantado en 1967 estableció la compartimentación de los afiliados en un Régimen General y varios Especiales, previendo, al tiempo, dos mecanismos de aproximación en los niveles de cobertura dispensada: por un lado, la integración de Regímenes; por otro, la homogeneización de la acción protectora establecida en cada uno[77].

Dentro del proceso de unificación entre los distintos Regímenes Especiales, queda lejos de toda discusión la pervivencia de este Régimen, de hecho, en los sucesivos Acuerdos entre Gobierno y organizaciones sindicales siempre aparece como la alternativa al General, el otro gran Sistema de protección social que ampara a quien no sea trabajador (en sentido amplio) por cuenta ajena. Baste una muestra de su importancia. En la última década, el 91,09 por 100 de los trabajadores autónomos incluidos en el Sistema de Seguridad Social están en alta, cotizan y perciben sus prestaciones de conformidad con la normativa reguladora del RETA y supone un 17,69 por 100 del total de afiliados a la Seguridad Social (en números absolutos, 3.145.651 afiliados)[78].

Integran este colectivo aquellos "trabajadores que ganan su sustento como los trabajadores por cuenta ajena, pero sin empresa… [y, por tal razón,] se aducen problemas de gestión relacionados con la cotización y recaudación para justificar la creación y pervivencia de un Régimen Especial para esta clase de operarios"[79].

En el fondo, es "el destino final de todos los demás Regímenes Especiales…, pasando a ser un Régimen General paralelo al existente, si bien éste referido a la

[77] Un exhaustivo *iter* legislativo en PANIZO ROBLES, J.A.: "El sistema específico de la protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos (Comentarios al contenido de la Ley 32/2010, de 5 de agosto)", *RTSS(CEF)*, núms. 329-330, 2010, pág. 64.
[78] Datos proporcionados por el Ministerio de Trabajo e Inmigración a junio de 2010.
[79] FERRERAS ALONSO, F.: "Desigualdades de la protección social de los diferentes grupos de población protegidos por la Seguridad Social: sus causas y remedios. Incidencias de la 'Ley de Pensiones' del 85", *REDT*, núm. 25, 1986, pág. 60.

población activa no asalariada. Hacia él debe orientarse en lo sucesivo todo el proceso integrador de este tipo de asegurados"[80].

Por tanto, no cabe reconducir este Régimen al General, ni se aboga por tal vía, al contrario, su mantenimiento parece indispensable. Sin embargo, es preciso repensar la construcción del RETA en torno a dos grandes cuestiones de fondo y una formal: en primer lugar, agrupar a todos cuantos prestan su servicio por cuenta propia; seguir ahondando en los cambios iniciados por el legislador en aras a asegurar una mayor protección, similar a la del Régimen común. La construcción de un único Régimen Especial (en un futuro que se adivina lejano) que proporcione una protección idéntica a la prestada por el General topa con el inconveniente de que esa mejora lleva consigo una sobrecarga en la financiación que en este tipo de actividad por cuenta propia sólo puede atribuirse al propio afectado[81]. De este modo, el reto a afrontar es el de lograr de forma equilibrada una acción protectora más satisfactoria sin que ello suponga una rémora para el desarrollo e impulso de la iniciativa emprendedora de los autónomos[82].

Para ello será menester aclarar, armonizar y refundir la dispersa y obsoleta legislación en la materia, no en vano la protección social de la gran mayoría de trabajadores autónomos la proporciona el Régimen Especial regulado en el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, y desarrollado por la Orden de 24 de septiembre de 1970, a los cuales se suman, sin ánimo exhaustivo, más de 77 normas: 1 Ley Orgánica, 14 Leyes ordinarias, 1 Decreto Legislativo, 2 Decretos Leyes, 44 Decretos, 11 Órdenes Ministeriales y 5 Resoluciones. En esta maraña legal, el principio de seguridad jurídica, entendido en su sentido primero y esencial como certidumbre en el conocimiento de las normas aplicables, no puede salir indemne[83]. Por tanto, y como sucede también en muchos otros Regímenes, es preciso un verdadero esfuerzo por parte del legislador por aclarar, armonizar y refundir dicha normativa.

El propio legislador ha asumido la tarea y "con carácter progresivo se llevarán a cabo las medidas necesarias para que, de acuerdo con los principios que inspiran esta Ley, se logre la convergencia en aportaciones y derechos de los trabajadores autónomos en relación con los establecidos para los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social" (disposición final 2ª LETA). Sin embargo, y pese a las frases ampulosas referidas al Estatuto del Trabajo Autónomo como la norma que "ha fijado las reglas equitativas del juego…, el marco jurídico propicio para lograr la equiparación efectiva del trabajo autónomo respecto del trabajo por cuenta ajena… en materia de protección social" (Exposición de Motivos Ley 32/2010, de 5 de agosto), sólo ha sido un vacilante intento en dicha dirección.

II.- Campo de aplicación del RETA

---

[80] GONZALO GONZÁLEZ, B.: "Acerca del "Régimen General" de Seguridad Social de los trabajadores independientes o autónomos (Comentarios al Real Decreto 497/1986, de 10 de febrero)", *RTSS*, núm. 9, 1993, pág. 179.

[81] "En este aspecto no pueden producirse milagros. O los trabajadores independientes hacen frente al coste de su Seguridad Social o han de ser fuertemente subvencionados sus regímenes de seguro", BLANCO RODRÍGUEZ, J.E.: "La Seguridad Social de los trabajadores independientes en España", *RPS*, núm. 35, 1963, pág. 36.

[82] SUÁREZ CORUJO, B.: "Novedades en materia de Seguridad Social en el Estatuto del Trabajo Autónomo", *TL*, núm. 94, 2008, pág. 245.

[83] AA.VV.: *Un estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo*, http://www.tt.mtas.es/periodico/laboral/200510/est_autonomo.pdf, pág. 155.

El art. 2.1 RD 2530/1970 define al trabajador autónomo incluido en este Régimen como "aquel que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a un contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas". Precisamente, este concepto amplio y flexible de trabajador autónomo ha permitido la expansión de este Régimen con la incorporación al mismo de diversos colectivos.

1.- Sujetos encuadrados en el Régimen de Autónomos

En primer lugar, junto al trabajador autónomo, están incluidos "el cónyuge y los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado (*rectius*, segundo en aplicación del principio de jerarquía normativa --art. 7.2 LGSS--) inclusive de los trabajadores determinados en el número anterior que, de forma habitual, personal y directa, colaboren con ellos mediante la realización de trabajos en la actividad de que se trate, siempre que no tengan la condición de asalariados respecto a aquellos (art. 3 Decreto 2530/1970).

Sin embargo, con gran calado práctico, la disposición adicional 10ª LETA permite "contratar, como trabajadores por cuenta ajena, a los hijos menores de treinta años, aunque convivan con él. En este caso, del ámbito de la acción protectora dispensada a los familiares contratados quedará excluida la cobertura por desempleo"[84]. Se otorgará el mismo tratamiento a los hijos que, aún siendo mayores de 30 años, tengan especiales dificultades para su inserción laboral, esto es, con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 % o con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 %[85].

Esta exclusión responde a un intento, más, de promocionar las microempresas, en puridad, los negocios familiares, propiciando una incorporación al mundo laboral menos "traumática" para los jóvenes, y con la última coletilla se intenta evitar la tentación de posibles connivencias con los padres a los solos efectos de generar con las cotizaciones efectuadas en tales circunstancias futuras prestaciones por desempleo. Por su parte, el familiar autónomo que lo contrate deberá abrir una cuenta de cotización diferente a la que tenga el autónomo como principal si ya empleaba a otros trabajadores[86]. En este punto, merced a las nuevas prestaciones incorporadas al RETA, este trabajador queda en la "sombra", desprovisto de la prestación por desempleo *ex lege* y de la prevista por cese de actividad en el Especial por no estar incluido en su ámbito de cobertura (salvo de optar por su incorporación como autónomo). La situación descrita ha de ser remediada, y la solución más sencilla pasa por el otorgamiento de la prestación por desempleo o bien la eliminación de esta posibilidad hacia el General.

Dentro del numeroso colectivo de trabajadores autónomos incorporado por aluvión (socios de las compañías regulares colectivas, socios colectivos de las compañías comanditarias, administradores y socios de sociedades mercantiles capitalistas, agentes y subagentes de seguros, escritores de libros, farmacéuticos,

[84] FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "El rumbo del RETA a partir del Estatuto del Trabajo Autónomo", *AS*, núm. 5, 2007.
[85] Reforma incorporada por Ley 27/2009, de 30 de diciembre.
[86] FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "El rumbo del RETA a partir del Estatuto del Trabajo Autónomo", cit.

veterinarios, graduados sociales, notarios, fisioterapeutas y un largo etcétera[87]) merece destacar a estos efectos a cuantos profesionales han de pertenecer a un Colegio (al menos hasta el desarrollo de la Ley 25/2009).

El art. 33 Ley 50/1998 proporcionó nueva redacción a la disposición adicional 15ª Ley 30/1995, de 8 de abril[88], al establecer determinadas vías para integrar en el RETA a todos aquellos sujetos que por razón de su profesión deben pertenecer a un Colegio Profesional[89].

A.- Están integrados en este Régimen los profesionales que ejerzan una actividad por cuenta propia, que requiera la incorporación a un Colegio Profesional cuyo colectivo se haya integrado en el RETA.

B.- Si no acontece tal y el inicio de la actividad por el profesional colegiado se hubiera producido entre el 10 de noviembre de 1995 y el 31 de diciembre de 1998, el alta en el citado Régimen Especial, de no haber sido exigible con anterioridad a esta última fecha, debió haberse solicitado durante el primer trimestre de 1999, surtiendo efectos desde el primer día del mes en que se hubiese formulado la correspondiente solicitud. De haber sido formulada ésta en el mencionado plazo, los efectos de las altas retrasadas serán los reglamentariamente establecidos, fijándose como fecha de inicio de la actividad el 1 de enero de 1999.

C.- No obstante lo anterior, quedan exentos de la obligación de alta en el Régimen analizado, los colegiados que opten o hubieran optado por incorporarse a la Mutualidad de Previsión Social que pudiera tener establecida el correspondiente Colegio Profesional, siempre que la citada Mutualidad sea alguna de las constituidas con anterioridad a 10 de noviembre de 1995. En todo caso, si el interesado, teniendo derecho, no optara por incorporarse a la Mutualidad correspondiente, no podrá ejercitar dicha opción con posterioridad[90].

Como regla de cierre, la jurisprudencia sostiene expresamente la compatibilidad derivada de pertenecer a la Mutualidad y, al tiempo, estar integrado en el RETA[91].

---

[87] Una completa lista en AA.VV.: *Factbook Seguridad Social*, Madrid (Thomson/Sagardoy), 2008, pág. 641.

[88] Criticada duramente, en orden a que su "aprobación ha venido a ser utilizada para introducir decisivas modificaciones en este sector del ordenamiento jurídico, viniéndose a generar así mayores dosis de confusión en una parcela del Derecho ya suficientemente inestable y --por qué no decirlo-- caótica", LÓPEZ ANIORTE, Mª.C.: "Los profesionales colegiados y la Seguridad Social. El lento y complejo camino hacia su completa integración en el sistema", *RL*, núm. 21, 1997, pág. 549.

[89] PANIZO ROBLES, J.A.: "El encuadramiento de los profesionales colegiados en la Seguridad Social: el mantenimiento de una situación particular", *RTSS (CEF)*, núm. 190, 1999, pág. 147.

[90] Al respecto, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "La protección social de los abogados, ¿RETA o Mutualidad del Colegio Profesional?", *RTSS(CEF)*, núm. 267, 2005, págs. 55 y ss.

[91] "En ningún punto de tales disposiciones se aprecia que se considere incompatible la afiliación al RETA con la permanencia en la Mutualidad, sino que lo único que se prevé es la necesidad de figurar incorporado al uno o a la otra, sin que de ello pueda deducirse que impida que esa permanencia en los dos se dé. La Ley 30/1995, dispuso, en conclusión, la necesidad de cubrir un mínimo, y se conforma con la incorporación a una Mutualidad de Previsión cuando el interesado ha optado por ello en lugar de por el RETA, pero no dispone prohibición ni incompatibilidad entre ambas como de la mera literalidad del precepto pudiera desprenderse. Tanto más cuanto que en el art. 64 de la misma Ley atribuye a las Mutualidades una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaría al sistema de Seguridad Social obligatoria que, salvo disposición expresa que no existe, debe de mantenerse", STS 25 enero 2000 (RJ 2000, 657) ó STSJ Castilla y León/Valladolid 23 febrero 1999 (AS 1999, 1413).

2.- La incorporación de nuevos colectivos

En este Régimen han de estar encuadrados todos cuantos realicen actividad económica por su propia cuenta[92], pero en la práctica no sucede tal, sino que el legislador utiliza también un criterio de corte: el sector económico en el que el trabajo se presta. La razón esgrimida para su separación no es otra que su "gran heterogeneidad desde un punto de vista sociológico, debido a que se encuentran dispersos entre todos los sectores de la economía, desarrollando formas muy diferentes de trabajo y percibiendo ingresos de muy desigual cuantía, lo que ha dificultado el establecimiento de una protección social homogénea que pudiera satisfacer las necesidades de todo el colectivo"[93].

Como consecuencia de ello, este colectivo estuvo incluido hasta en tres Regímenes Especiales: el agrario (REA), el de los trabajadores del mar (REM) y el de trabajadores autónomos (RETA). Mientras que los dos primeros tenían un carácter mixto, pues encuadraban a trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia (hasta la reforma operada en el REA), el campo de aplicación del último afecta, exclusivamente, a los trabajadores autónomos[94].

Convertir al RETA en el Régimen general de los autónomos es una antigua y legítima aspiración: en el curso de la última década las declaraciones sobre las disfunciones que provoca la vigente y fraccionada estructura del sistema de Seguridad Social así como sobre la necesidad de alcanzar el nivel óptimo se han sucedido de manera ininterrumpida. La relación la inaugura el informe, de abril de 1995, de la Ponencia constituida en el Congreso de los Diputados "para el análisis de los problemas estructurales del Sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que debieran acometerse", el conocido como Pacto de Toledo. Su Recomendación sexta, bajo la rúbrica "simplificación e integración de Regímenes Especiales", tras reconocer la existencia de "ciertas disfunciones en cada uno de los Regímenes Especiales", manifiesta la necesidad de ahondar en la previsión legal de unificación de la estructura del Sistema, de manera que "a medio o largo plazo todos los trabajadores y empleados queden encuadrados o bien en el Régimen de trabajadores por cuenta ajena o bien en el Régimen de Trabajadores por Cuenta Propia", contemplando, no obstante ello, las peculiaridades de ciertos colectivos.

En octubre de 1996, el Acuerdo Social "sobre Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social", suscrito por el Gobierno y las organizaciones sindicales (UGT y CC.OO.) y las asociaciones empresariales más representativas a nivel estatal (CEOE y CEPYME), insistió en la conveniencia de efectuar los estudios y análisis que permitan proceder de manera gradual a la convergencia de los dos Regímenes de trabajadores por cuenta propia y cuenta ajena a los que se refiere el Pacto de Toledo, trazando un horizonte temporal para la realización de dichos estudios así como de la preparación de "las correspondientes medidas legislativas".

---

[92] VALVERDE ASENCIO, A.: "La protección social del trabajador autónomo", en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Valladolid (Lex Nova), 2007, pág. 248.

[93] RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M.: *Sistema de Seguridad Social*, Madrid (Tecnos), 2000, pág. 508.

[94] AA.VV.: *Un estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo*, cit., págs. 144-145.

Por lo demás, la idea volverá a reiterarse en el Acuerdo Social "para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social", de 9 de abril de 2001, suscrito por el Gobierno, CC.OO, CEOE y CEPYME. Este Acuerdo inició su convergencia y simplificación mediante la inclusión de quienes realizan una actividad por cuenta propia en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos e igualmente se hará eco de ella la revisión del Pacto de Toledo, de octubre de 2003, en la que los partidos políticos firmantes convienen en la necesidad de "impulsar la labor de simplificación en orden a la existencia futura de dos grandes Regímenes"[95].

El último paso (hasta el momento) fue dado por el Acuerdo sobre Encuadramiento y Cotización a la Seguridad Social de los Trabajadores Agrarios por Cuenta Propia ratificado el 20 de octubre de 2005, el cual sentó las bases para la reforma de la estructura del Sistema de la Seguridad Social y la integración definitiva de este colectivo en el RETA.

Tal impulso se llevó a cabo en virtud de la Ley 18/2007, de 4 de julio, que procedió a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario en el RETA a partir del 1 de enero de 2008. De hecho, la disposición derogatoria única de aquella norma, en su apartado c, deroga todos los preceptos referidos a los trabajadores por cuenta propia contenidos en el Decreto 2123/1971. Baste dejar constancia aquí de que determinados autónomos agrarios ya estaban en el RETA por sobrepasar el límite de renta impuesta por el REA.

Para llevar a cabo tal integración, el legislador crea dentro del RETA un Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios destinado a quienes cumplan determinados requisitos subjetivos y objetivos, cuya singularidad viene dada por unas especiales y más favorables reglas de cotización. De conformidad con el art. 2 Ley 18/2007, quedan incluidos los trabajadores por cuenta propia agrarios, mayores de 18 años, quienes reúnan los siguientes requisitos:

a) Ser titulares de una explotación agraria[96] y obtener, al menos, el 50 por 100 de su renta total de la realización de actividades agrarias u otras complementarias[97], siempre que la parte de renta procedente directamente de la actividad agraria realizada en su explotación no sea inferior al 25 por 100 de su renta total y el tiempo de trabajo dedicado a actividades agrarias o complementarias de las mismas sea superior a la mitad de su tiempo de trabajo total.

---

[95] AA.VV.: *Un estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo*, cit., págs. 143-144.

[96] "Se entiende por explotación agraria el conjunto de bienes y derechos organizados por su titular en el ejercicio de la actividad agraria, y que constituye en sí misma una unidad técnicoeconómica, pudiendo el titular de la explotación serlo por su condición de propietario, arrendatario, aparcero, cesionario u otro concepto análogo, de las fincas o elementos materiales de la respectiva explotación agraria", art. 2.2 Ley 18/2007.

[97] "Se consideran actividades complementarias la participación y presencia del titular, como consecuencia de elección pública, en Instituciones de carácter representativo, así como en órganos de representación de carácter sindical, cooperativo o profesional, siempre que éstos se hallen vinculados al sector agrario; también tendrán la consideración de actividades complementarias las de transformación y venta directa de los productos de su explotación y las relacionadas con la conservación del espacio natural y protección del medio ambiente, al igual que las turísticas, cinegéticas y artesanales realizadas en su explotación", art. 2 Ley 18/2007.

b) Los rendimientos anuales netos obtenidos de la explotación agraria por cada titular de la misma no superen la cuantía equivalente al 75 por 100 del importe, en cómputo anual, de la base máxima de cotización al Régimen General de la Seguridad Social vigente en el ejercicio en que se proceda a su comprobación[98].

c) La realización de labores agrarias de forma personal y directa en tales explotaciones agrarias, aun cuando ocupen trabajadores por cuenta ajena, siempre que no se trate de más de dos trabajadores fijos o, de tratarse de trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada, que el número total de jornales satisfechos a los eventuales agrarios no supere los 546 en un año, computado en fecha a fecha. En el caso de que en la explotación agraria existan dos o más titulares, en alta todos ellos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, se añadirá al número de trabajadores o jornales previstos en el párrafo anterior un trabajador fijo más, o 273 jornales al año, en caso de trabajadores eventuales, por cada titular de la explotación agraria, excluido el primero (art. 2.1 Ley 18/2007).

La incorporación al Sistema Especial regulado afecta, además de al titular de la explotación agraria, a su cónyuge y parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive que no tengan la consideración de trabajadores por cuenta ajena, siempre que sean mayores de 18 años y realicen la actividad agraria de forma personal y directa en la correspondiente explotación familiar (art. 2.3 Ley 18/2007). Merece, en este punto ser destacada la diferencia respecto al campo de actuación del Sistema, en éste se amplía tal y como disponía el RETA en sus comienzos.

A partir del 1 de enero de 2008, todos cuantos quedaban encuadrados como trabajadores por cuenta propia en el REA pasan a estar integrados en el Sistema Especial creado en el RETA; por su parte, los interesados, en el momento de solicitar su incorporación al Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, deben presentar declaración justificativa de la acreditación de las condiciones referidas para la inclusión en el mismo.

Como ha sido anticipado, ciertos trabajadores por cuenta propia agrarios ya estaban incorporados al RETA, entonces, para cuantos de éstos, a fecha de 1 de agosto de 2007 cumplieran las exigencias requeridas para quedar comprendidos en condición de tales en el campo de aplicación del Régimen Especial Agrario conforme a la nueva regulación contenida en los arts. 2.b) y 3 Decreto 2123/1971 dada por la disposición adicional 1ª Ley 18/2007 (vigente únicamente desde el 1 de agosto de 2007 hasta 31 de diciembre del mismo año), la disposición transitoria 1ª del citado cuerpo legal establecía las oportunas reglas que les permitieran solicitar su inclusión --con singularidades-- en el nuevo Sistema Especial[99].

Pese a la importancia de la incorporación de estos autónomos, largamente demandada, todavía perviven colectivos de autónomos integrados en otros Regímenes "en razón de su pertenencia a un determinado sector económico".

---

[98] "Para determinar el cumplimiento de los requisitos establecidos en las letras a y b se podrá tomar en consideración la media simple de las rentas totales y de los rendimientos anuales netos de los tres ejercicios económicos inmediatamente anteriores a aquel en que se efectúe su comprobación", art. 2 Ley 18/2007.

[99] AA.VV.: *Factbook de Seguridad Social*, cit., págs. 645 y ss.

Así, la evolución lógica pasa por integrar en este Régimen a todos los autónomos, en primer lugar, y de modo semejante a lo acaecido con los agrarios, a los del mar a través de un Sistema Especial, siguiendo de este modo la Recomendación 6ª del Pacto de Toledo ("conservando sus peculiaridades específicas y objetivas"), reiterada en el VII del Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social, que contemplaba la integración de los trabajadores por cuenta propia del REM en este Régimen Especial. En el elenco de razones que se pueden esgrimir, además de la eficacia, pesa la igualdad en la protección de los diversos colectivos implicados (siempre mediando el respeto a sus peculiaridades); y, en fin, la permanencia de la actividad desempeñada, no en vano la creación del nuevo Sistema Especial responde al cumplimiento de los criterios básicos de la normativa de modernización de las explotaciones agrarias, dirigida a reforzar las garantías sociales de los pequeños agricultores y a colaborar en la mejora de las perspectivas de viabilidad del sector[100].

Además, y como ha sido analizado en las páginas anteriores, todavía se mantiene la opción por las Mutualidades de algunos colectivos de profesionales colegiados entre el estar en el interior del Sistema o permanecer extramuros de él, con lo cual se produce la atribución a las Mutualidades de los colegios profesionales de la condición de entidades alternativas o sustitutorias de la Seguridad Social; tal sucede con la Mutualidad General de la Abogacía, la de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, la General de Previsión de los Gestores Administrativos, la de los Químicos Españoles, la de los Procuradores de los Tribunales de España, Hermandad Nacional de Previsión Social de Arquitectos Superiores, de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales, la Médica de Cataluña y Baleares, y la Asociación Mutualista de Ingeniería Civil[101]. Esta posibilidad pone en cuestión el principio de solidaridad y la igualdad en la cobertura del Sistema de Seguridad Social, por tanto, como vía de futuro, y dejando a salvo el oportuno régimen de transitoriedad y el mantenimiento de los derechos adquiridos por quienes están en ellas, es preciso eliminar la opción, e imponer la afiliación obligatoria al RETA para estos trabajadores y permanecer las Mutualidades de Previsión como mecanismos complementarios de cobertura.

Otra muestra más de encuadramiento flexible se encuentra en la posibilidad para los socios de cooperativas de trabajo asociado de pertenecer a este Régimen si así lo disponen sus Estatutos o de optar por el General en caso contrario[102]. La libertad no es tal, la elección aparece restringida al encuadramiento en uno de los dos Regímenes incluidos en el Sistema de Seguridad Social en virtud de la doble faz que pueden presentar estos trabajadores.

Las posibilidades de crecimiento de este Régimen no acaban aquí. La lista de incluidos no queda cerrada, habida cuenta que las nuevas formas de trabajo autónomo y el volumen económico de su actividad justifican una revisión lo más general posible, al tiempo que particularizada, según las diferentes situaciones concurrentes, que actualice dicho Régimen a una realidad completamente distinta de la vigente en el momento de

---

[100] BARRIOS BAUDOR, G.L. y APILLUELO MARTÍN, M.: *Introducción al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2007., pág. 158.

[101] Enumeradas en GOERLICH PESET, J.M.; PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Trabajo autónomo: nueva regulación*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2007, pág. 98.

[102] BARRIOS BAUDOR, G.L. y APILLUELO MARTÍN, M.: *Introducción al Estatuto del Trabajo Autónomo*, cit., pág. 157.

publicación del Decreto 2530/1970[103]. No en vano, diversas circunstancias han favorecido --y seguirán haciéndolo-- la expansión del RETA, tales como un significativo incremento cuantitativo y cualitativo de las formas de trabajo independiente, la consolidada tendencia a la deslaboralización de determinadas profesiones, la importancia creciente del autoempleo y el surgimiento de nuevas formas de trabajo por cuenta propia al albur de las nuevas tecnologías[104].

III.- Afiliación y alta

Una vez encuadrados en el RETA, obligatoriamente han de afiliarse al Sistema, sin perjuicio de las altas y bajas en los distintos Regímenes que lo integran, así como de las demás variaciones que puedan producirse con posterioridad a la afiliación.

Debido a las características propias de este colectivo, su afiliación y alta conlleva algunas peculiaridades que han de pervivir, si bien adaptadas a las nuevas coordenadas socioeconómicas[105]:

-- Carácter único y exclusivo de la afiliación y el alta[106]. En el supuesto de realización simultánea de dos o más actividades que den lugar a la inclusión en el RETA, el alta, así como la cotización a éste, serán únicas, debiendo declarar todas sus actividades en la solicitud de alta o, de producirse la pluriactividad después de ella, mediante la correspondiente variación de datos; del mismo modo se procederá en caso de que varíe o finalice su situación de pluriactividad (art. 46.3 RD 84/1996). En todo caso, si una de las actividades determinase la inclusión en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, el alta se practicará por dicha actividad (art. 41.1 RD 84/1996).

En el caso anterior, siempre y cuando el autónomo esté obligado o bien voluntariamente decida optar por la cobertura de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, ésta se practicará por aquella actividad realizada a la que resulte aplicable el tipo de cotización más alto entre los recogidos en la tarifa de primas vigente (art. 47.4.4. RD 84/1996). En función de dichas declaraciones, la Tesorería dará cuenta de las actividades desempeñadas en cada momento a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales con la que el trabajador haya formalizado la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal y, en su caso, de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (art. 41 RD 84/1996).

-- Disponibilidad y autonomía[107]. Corresponde a los trabajadores por cuenta propia, ante la inexistencia de empresario, la obligación de instar su oportuna inclusión

---

[103] VALVERDE ASENCIO, A.: "La protección social del trabajador autónomo", cit., pág. 244.
[104] AGUSTÍ JULIÁ, J.: "Protección social de los trabajadores autónomos", en AA.VV.: *Análisis y comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Madrid (Cinca), 2008, pág. 159.
[105] Siguiendo en la exposición a ÁLVAREZ CUESTA, H.: "La Seguridad Social en el Estatuto del Trabajo Autónomo"; en FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ y ÁLVAREZ CUESTA, H.: *Régimen profesional, derechos colectivos y Seguridad Social del trabajador autónomo tras la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajador Autónomo*, León (Eolas), 2009, págs. 128 y ss.
[106] STS, Cont.-Admtivo., 15 marzo 1996 (RJ 1996, 2437); SSTSJ Comunidad Valenciana 31 mayo 1990 (AS 1990, 476) y Madrid 17 febrero 1997 (AS 1997, 396).
[107] BARRIOS BAUDOR, G.L. y APILLUELO MARTÍN, M.: *Introducción al Estatuto del Trabajo Autónomo*, cit., pág. 159.

en el Régimen Especial y, por consiguiente, adquieren responsabilidad ante el incumplimiento de tal deber.

-- Por su parte, para el autónomo económicamente dependiente, el RD 197/2009, de 23 de febrero, modifica el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, y cubre un vacío antes tapado por la Resolución de 16 de enero de 2008, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se impartían directrices para la tramitación de los actos de encuadramiento en el RETA de los trabajadores autónomos económicamente dependientes[108]. El remozado art. 46.5 RD 84/1996 impone la obligación a estos trabajadores de aportar, junto con la solicitud de alta en el RETA y demás documentos pertinentes, una copia del contrato celebrado entre el trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente, una vez registrado en el Servicio Público de Empleo Estatal y copia de la comunicación al Servicio Público de Empleo Estatal de la terminación del contrato registrado.

-- También queda superada la tradicional diferencia en torno a la edad de incorporación a este Régimen[109] frente a la establecida para el General. Al permitir el art. 9 LETA la actividad por cuenta propia a partir de los 16, parece evidente que a partir de la entrada en vigor de la Ley 20/2007, es preciso considerar suprimido el requisito de los 18 años para incorporarse a este Régimen Especial[110].

IV.- La obligación de cotizar

La cotización, como no podía ser de otra manera, es obligatoria (art. 25 Ley 20/2007). Las peculiaridades vienen dadas por la libertad en la elección de las bases, es decir, estos trabajadores optarán libremente por la base que prefieran dentro de los referentes establecidos anualmente; la responsabilidad única (con los matices a continuación indicados) y la restricción para reflejar la realidad de su trabajo, cuando así sea, a tiempo parcial.

Como excepción, son responsables subsidiarios del pago las personas determinadas en los arts. 2.1 Ley 18/2007 y 3.a Decreto 2530/1970 (los titulares de la explotación agraria y los autónomos puros), con respecto a sus familiares (siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción --art. 1.3 ET--), así como las compañías regulares colectivas y los socios colectivos de las compañías comanditarias que trabajan en el negocio con tal carácter, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa con respecto a sus socios y sin perjuicio, en ambos casos, del derecho del responsable subsidiario a repetir contra el principal obligado al pago. Las cooperativas de trabajo asociado que hayan optado, respecto de sus socios trabajadores por su incorporación a este Régimen Especial,

---

[108] Esta Resolución exigía la aportación de una "declaración expresa por parte de los interesados de que reúnen la condición de trabajadores autónomos económicamente dependientes, debiendo indicar a tal efecto el cliente del que dependan", señalando la disposición transitoria 4ª RD 197/2009 la plena validez de los actos de encuadramiento que siguieron en su momento dichas directrices.

[109] CAVAS MARTÍNEZ, F.; RODRÍGUEZ INIESTA, G. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "La protección social de los trabajadores autónomos", en AA.VV. (BARRIOS BAUDOR, G.L., Dir.): *Tratado del trabajo autónomo*, Pamplona (Aranzadi), 2009, pág. 321.

[110] SUÁREZ CORUJO, B.: "Novedades en materia de Seguridad Social en el Estatuto del Trabajo Autónomo", cit., págs. 243-244.

también responderán solidariamente de la obligación de cotizar de aquéllos (art. 43 RD 2064/1995).

La referencia al cónyuge excluye a las personas que convivan con el autónomo en relación de afectividad[111], al menos de momento[112], opción contraria a la adoptada por la Ley 18/2007, que en su disposición adicional 2ª considera cómo "las referencias al cónyuge del titular de la explotación agraria contenidas en esta Ley se entenderán también realizadas a la persona ligada de forma estable con aquél por una relación de afectividad análoga a la conyugal una vez que se regule, en el ámbito del campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social y de los Regímenes que conforman el mismo, el alcance del encuadramiento de la pareja de hecho del empresario o del titular del negocio industrial o mercantil o de la explotación agraria o marítimo-pesquera". Parece pertinente, en aras a la igualdad y escuchando el sentir social, extender también idéntica consideración a la pareja de hecho del trabajador autónomo en los mismos términos que al cónyuge.

Los autónomos, de conformidad con el art. 26 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 (reformado por la Orden TIN/2445/2010, de 16 de septiembre), ven incrementada su libertad de elección (y cambio). De este modo, podrán trocar dos veces al año la base por la que viniesen obligados a cotizar, eligiendo otra, dentro de los límites mínimo y máximo aplicables, siempre que así lo soliciten de la Tesorería General antes del 1 de mayo, con efectos del 1 de julio siguiente, y antes del 1 de noviembre, con efectos del 1 de enero del año siguiente.

También se prevé, para simplificar los trámites burocráticos a que se ven impelidos, que cuantos estén cotizando por cualquiera de las bases máximas podrán solicitar que, mientras mantengan su situación de alta, su base de cotización se incremente automáticamente en el mismo porcentaje en que se aumenten dichas bases máximas; asimismo, quienes no estén cotizando por cualquiera de las bases máximas podrán solicitar que, mientras mantengan su situación de alta, su base de cotización se incremente automáticamente en el mismo porcentaje en que se aumenten las bases máximas de cotización de este Régimen Especial. Cualquiera de las opciones anteriores que se ejerciten simultáneamente con el alta en este Régimen o, posteriormente al alta, antes del día primero de noviembre de cada año, tendrán efectos desde el día 1 de enero del año siguiente a la fecha de la solicitud. La renuncia a estas opciones podrá realizarse en el mismo plazo y tendrá efectos a partir del 31 de diciembre del año en el que se presente la solicitud.

La libertad de la que dispone el trabajador autónomo para elegir su aportación contributiva y decidir, con ello, la magnitud de sus prestaciones así como la posibilidad que se le brinda de delimitar la extensión de la acción protectora ofrece, como principal ventaja, su carácter pragmático. Haciendo uso de esa libertad, el 95% de los autónomos ha optado por elegir, como base de cotización, la base mínima, elección ésta que, en gran medida, explica que el importe medio de las pensiones de éste Régimen se encuentre en los niveles más inferiores, muy por debajo del que arroja el General[113].

---

[111] VALVERDE ASENCIO, A.: "La protección social del trabajador autónomo", cit., pág. 266.
[112] Al respecto, ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Uniones de hecho y su incidencia en la Seguridad Social", *AL*, núm. 19, 2009, págs. **.
[113] AA.VV.: *Un estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo*, cit., pág. 151.

En 2010, la base máxima de cotización será de 3.198 euros mensuales y la mínima de 841,80 euros mensuales (art. 14 Orden TIN/25/2010). Conviene resaltar en este punto las diferencias con el General, pues mientras la base máxima de cotización del RETA coincide con el tope máximo de la base cotización del Régimen General, la base mínima viene tradicionalmente superando, y en cuantía no modesta, la homóloga de ese mismo Régimen. Cuando los trabajadores autónomos, a 1 de enero de 2010, tengan cumplida la edad de cincuenta o más años, la suya estará comprendida entre las cuantías de 907,50 y 1.665,90 euros mensuales.

El límite anterior presenta dos excepciones:

a) Si se trata del cónyuge supérstite del titular del negocio que, como consecuencia del fallecimiento de éste, haya tenido que ponerse al frente del mismo y darse de alta en este Régimen Especial con cuarenta y cinco o más años de edad, la elección de bases estará comprendida entre las cuantías de 841,80 y 1.665,90 euros mensuales.

b) Si con anterioridad a los cincuenta años hubieran cotizado en cualquiera de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social cinco o más años, los parámetros son los siguientes: cuando la última base de cotización acreditada hubiera sido igual o inferior a 1.649,40 euros mensuales, se cotizará por una base comprendida entre 841,80 y 1.665,90 euros mensuales; cuando fuera superior a dicha cifra, cotizará por una base comprendida entre 841,80 euros mensuales y el importe de aquélla incrementado en un porcentaje igual al aumento que haya experimentado la base máxima de cotización de este Régimen Especial.

Además, cada año la Ley de Presupuestos y la consiguiente Orden de Cotización establece referencias máximas y mínimas distintas para las bases de cotización de determinados colectivos según la actividad desempeñada, en un intento por atajar la economía sumergida en colectivos dedicados a la venta ambulante o a domicilio, comercio al por menor en mercados y mercadillos de alimentos, bebidas y tabaco; comercio al por menor en mercados y mercadillos de textiles, prendas de vestir y calzado; comercio al por menor por medio de máquinas expendedoras o vendedores ambulantes.

En fin, una nueva prueba de la voluntad que prima, los autónomos han de elegir si cotizar (y, por consiguiente, proteger) por accidente de trabajo y enfermedad profesional, dejando a un lado a los dependientes y quienes desempeñen una actividad profesional con un elevado riesgo de siniestralidad, pues *ex lege* están impelidos a asegurarlas. Sin embargo, la libertad empezó a quedar atenuada al obligar a todos (como regla general) a cotizar por incapacidad temporal (siempre y cuando no la tenga cubierta en otro Régimen).

A la base elegida se aplicará el tipo de cotización por contingencias comunes (29,80%, reduciéndose al 26,50% cuando se hallen en uno de los supuestos en los que no es necesario cubrir la incapacidad temporal) y, en su caso, por profesionales (en función de la actividad desarrollada mediante la aplicación de la tarifa regulada en la disposición adicional cuarta Ley 42/2006, de 28 de diciembre).

A los tipos apuntados ha de añadirse el 0,1% (aplicable sólo a quienes no coticen por riesgos profesionales) para solucionar la incongruencia producida por la consideración de las prestaciones de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural como derivadas de contingencias profesionales (art. 14.1 de la Orden TIN/25/2010).

El sistema de cotización descrito logra dos efectos perversos: una sobrecarga económica para colectivos con bajos ingresos que reaccionan mediante la huida hacia la economía sumergida; y, a la vez, una fuerte relajación de la carga contributiva para cuantos obtienen elevados ingresos[114].

Las tendencias de equiparación y convergencia entre el RETA y el Régimen General precisan instaurar el principio de correlación individualizado entre el nivel económico y la carga contributiva del autónomo, permitiendo, además, potenciar y mejorar la solvencia económica de este Régimen como garantía necesaria para la prosecución de la tendencia equiparadora de prestaciones. La modificación propuesta pasa por suprimir la libertad de elección de las bases, fijar como base de cotización los ingresos brutos procedentes de la actividad profesional ejercida vinculándola al sistema de tributación fiscal (las bases mínimas y máximas coincidentes con las del Régimen General). No menos importante resulta diseñar un sistema de bonificaciones dirigido a fomentar el empleo y facilitar los inicios[115] de quienes apuestan por el autoempleo, semejante a los ya previstos para los autónomos más jóvenes, que tengan 30 o menos años de edad (o 35 en caso de trabajadoras), a quienes "se aplicará sobre la cuota por contingencias comunes que corresponda, en función de la base de cotización elegida y del tipo de cotización aplicable, según el ámbito de protección por el que se haya optado, una reducción, durante los 15 meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta, equivalente al 30 % de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento en este Régimen, y una bonificación, en los 15 meses siguientes a la finalización del período de reducción, de igual cuantía que ésta" (disposición adicional 35ª LGSS).

Con una finalidad semejante, el legislador ha previsto bonificaciones para los trabajadores incluidos en el Sistema Especial y, a la par, ha creado sus propias reglas respecto de las contingencias de cobertura obligatoria[116]. Similar mecanismo de adaptación habrá de ser empleado para el encuadramiento de los autónomos procedentes

---

[114] GALA DURÁN, C.: "Comentario del Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo: aspectos de protección social", *Iuslabor*, núm. 1, 2006.

[115] AA.VV.: *Un estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo*, cit., pág. 152.

[116] "A partir de 1 de enero de 2010, las bases y tipos de cotización por contingencias comunes a este Sistema Especial serán las siguientes: respecto de las contingencias de cobertura obligatoria, cuando el trabajador haya optado por elegir como base de cotización la base mínima aplicable en este Régimen Especial, fijada para el año 2010 en 841,80 euros mensuales, el tipo de cotización aplicable será el 18,75 %; si el trabajador cotizara por una base de cotización superior a dicha base mínima, a la cuantía que exceda de esta última le será de aplicación el tipo de cotización del 28,30 %. Respecto a la mejora voluntaria de la incapacidad temporal por contingencias comunes, el tipo de cotización a aplicar a la cuantía completa de la base de cotización del interesado será del 3,30 %. En el supuesto de trabajadores que habiendo estado encuadrados en el Régimen Especial Agrario hayan pasado a incorporarse a este Sistema Especial y no hubiesen optado por la cobertura de la totalidad de las contingencias profesionales, se seguirá abonando, en concepto de cobertura de las contingencias de invalidez y muerte y supervivencia, una cuota resultante de aplicar a la base de cotización elegida el tipo del 1,00 %", art. 15 Orden TIN 25/2010. A ella se añade las bonificaciones previstas en la disposición adicional 1ª Ley 18/2007, referidas a mujeres, jóvenes y familiares.

del Régimen de Trabajadores del Mar en éste, una vez que se haya producido su integración.

En fin, todavía los autónomos carecen de la posibilidad de ejercer su actividad a tiempo parcial a efectos de cotizaciones[117] y el problema de fondo radica en la propia definición, en la medida en que el trabajo autónomo no está jurídicamente sujeto a objetivas limitaciones de jornada, sea cual fuere el módulo temporal manejado, la parcialidad carece de parámetros de cuantificación determinados. La dificultad en el control de la dedicación (total o parcial) ha justificado históricamente[118] el criterio legal uniforme y uniformador.

Con todo, los escollos no deben lastrar los avances, una futura regulación podría partir de la ficción jurídica de que la jornada de trabajo a tiempo completo de ese trabajador es la correspondiente a la que tiene, en convenio colectivo, un trabajador por cuenta ajena comparable por razón de la identidad de actividad y, de no existir trabajador comparable, la jornada máxima legal; luego, será preciso definir qué se entiende, en el ámbito del trabajo por cuenta propia, por tiempo parcial, tarea ésta que, en gran medida, exigirá un previo pronunciamiento sobre si esta noción debe o no ir acompañada de límites cuantitativos por arriba (cuyo efecto sería la aplicación al trabajador autónomo de las disposiciones generales) y por abajo (cuya consecuencia sería la exclusión del RETA, por considerarlo marginal, en lugar de a tiempo parcial); por último, será necesaria la adopción de aquellas medidas de carácter instrumental que garanticen de manera eficiente la seriedad del trabajo a tiempo parcial que se hubiere declarado[119].

V.- Contingencias protegidas

La sempiterna desigualdad padecida por los autónomos respecto a la acción protectora destinada a los trabajadores por cuenta ajena (hasta tal punto que el RETA ha llegado a ser calificado como el Régimen Especial de "los pobres"[120]), se manifiesta en la libertad --cada vez más relativa-- para proteger las contingencias profesionales y la restrictiva definición de accidente laboral. Sin embargo, la tradicional flexibilidad instaurada como una línea vertebral del marco protector de los autónomos se ha atenuado, en primer lugar, por la obligación de asegurar la incapacidad temporal, y en segundo, por la cobertura impuesta a los económicamente dependientes (y, asimilados a ellos, aquellos que desarrollan actividades calificadas por el Gobierno como susceptibles de un mayor riesgo de siniestralidad --disposición adicional 3ª LETA--), por contingencias profesionales.

En cuanto al concepto (y, por ende, la protección dispensada) de accidente de trabajo, muestra también la evolución acaecida en este Régimen, si bien desigual y discriminatoria. Así, el concepto de accidente de trabajo para los económicamente dependientes semeja (o trata de hacerlo) al contenido en el art. 115 LGSS ("se entenderá por accidente de trabajo toda lesión corporal del trabajador autónomo económicamente

---

[117] TÁRRAGA POVEDA, J.: *La protección social del trabajador autónomo*, Albacete (Bomarzo), 2004, pág. 259.
[118] MONTOYA MELGAR, A. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Estatuto del trabajo autónomo*, Madrid (Thomson/Civitas), 2007, pág. 212.
[119] AA.VV.: *Un estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo*, cit., pág. 159.
[120] AA.VV.: *Un estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo*, cit., pág. 159.

dependiente que sufra con ocasión o por consecuencia de la actividad profesional, considerándose también accidente de trabajo el que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de la prestación de la actividad, o por causa o consecuencia de la misma" --art. 26.4 LETA--). En esta definición, la LETA introduce ligeras modificaciones a la recogida en la disposición adicional 34 LGSS[121], y a la par deja patente el ánimo del legislador de extender ciertas medidas protectoras hasta el momento sólo en manos de los empleados por cuenta ajena[122].

Con todo, el parecido con la redacción del artículo 115 LGSS es más superficial que real, pues omite referencia alguna a los accidentes ocurridos durante la realización de tareas distintas o en el ejercicio de cargos electivos de asociaciones profesionales o sindicales[123].

En el mismo sentido, destaca la inclusión como accidentes profesionales de los sufridos *in itinere*, pero el legislador no olvida el riesgo de simulación que conlleva el reconocimiento para este colectivo, y para dificultar que se intente calificar como tal lo que en realidad son accidentes particulares, la Ley 20/2007 formula una presunción negativa[124]; en realidad, se está recogiendo la misma que contiene el art. 115.3 LGSS pero planteándola a la inversa[125]: "salvo prueba en contrario, se presumirá que el accidente no tiene relación con el trabajo cuando haya ocurrido fuera del desarrollo de la actividad profesional de que se trate".

Por su parte, para los autónomos no económicamente dependientes, el legislador crea un campo de acción mucho más restringido y considera accidente de trabajo el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación del Régimen Especial.

El esfuerzo de cotización realizado por los autónomos que libremente deciden cubrir las contingencias profesionales no resulta compensado con la regulación pacata de sus accidentes, y la razón, vuelve a insistirse, no es otra que el temor al fraude, si bien en distinta proporción según sean económicamente dependientes o no.

En cambio, la definición de enfermedad profesional es idéntica para ambos e igual que para los trabajadores por cuenta ajena (se entiende que una enfermedad profesional es aquélla contraída a consecuencia del trabajo en las actividades específicamente previstas en el correspondiente cuadro siempre que estén provocadas por la acción de los elementos o sustancias que se indiquen para cada enfermedad profesional --art. 116 LGSS--). La razón fuerza a considerar esta uniformidad como vía de futuro por la que discurrirán (o habrán de hacerlo) los futuros cambios.

La afirmación anterior ha de resultar matizada (de modo transitorio, se espera) por la regulación prevista para el Sistema Especial de Autónomos Agrarios. El legislador ha previsto, de nuevo, un mecanismo transitorio para la incorporación de los

---

[121] SELMA PENALVA, A.: "El trabajador autónomo económicamente dependiente", en AA.VV. (LUJÁN ALCARAZ, J., Dir.): *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Murcia (Laborum), 2007, pág. 196.
[122] SELMA PENALVA, A.: "El trabajador autónomo económicamente dependiente", cit., pág. 197.
[123] TÁRRAGA POVEDA, J.: *La protección social del trabajador autónomo*, cit., pág. 272.
[124] ÁLVAREZ CUESTA, H.: "La Seguridad Social en el Estatuto del Trabajo Autónomo", cit., pág. 138.
[125] SELMA PENALVA, A.: "El trabajador autónomo económicamente dependiente", cit., pág. 197.

autónomos agrarios al RETA. El procedimiento descrito a continuación puede ser trasladado para los autónomos provenientes del Régimen del Mar a la hora de su integración, con la finalidad de facilitar el tránsito y los costes que conlleva. Para los trabajadores autónomos incluidos en el Sistema Especial Agrario, la disposición transitoria 1ª RD 1382/2008 prevé una serie de normas para la incorporación al RETA en materia de cobertura de riesgos. Así, los trabajadores provenientes del REA acogidos a la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal, y en el 1 de enero de 2008 quedaron incluidos en el RETA, tendrán cubierta en éste la incapacidad temporal por contingencias comunes y profesionales.

Para cuantos carecieran de tal cobertura, pudieron optar por cubrir voluntariamente la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales hasta el último día del mes siguiente al de la entrada en vigor de este Real Decreto y con efectos desde el día primero del mes siguiente a aquél en que se presentó la respectiva solicitud (septiembre de 2008). De no haberse ejercitado la opción en el referido plazo, la incorporación en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios se producirá con la exclusión de tales coberturas, a excepción de la protección de las contingencias profesionales por incapacidad permanente y muerte y supervivencia. La opción prevista pudo ejercitarse también respecto a la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, por los trabajadores provenientes del REA que no estuviesen acogidos a la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal y que el 1 de enero de 2008 quedaron incluidos en el RETA, pero no en el Sistema Especial mencionado.

Superado el período transitorio, los trabajadores incluidos en este Sistema Especial podrán acogerse voluntariamente a la cobertura por incapacidad temporal, al igual que la protección de las contingencias profesionales, salvo la invalidez y muerte y supervivencia, cuyo aseguramiento resulta obligatorio. Cuantos hayan optado por incluir la prestación referida podrán elegir si incorporar o no la cobertura de la totalidad de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (art. 47 bis RD 84/1996).

VI.- Acción protectora

El estudio de la acción protectora otorgada a los trabajadores por cuenta propia y su posible igualación con la proporcionada por el RG resultaría sesgada de no tener en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el examen pormenorizado de las prestaciones analizadas arroja un resultado ambivalente; si bien el legislador ha tratado de equiparar la protección otorgada a los autónomos a la prevista para el General, la técnica empleada, la remisión en bloque a la regulación de aquél, plantea distorsiones[126] y genera desigualdades o problemas de acomodación, en tanto los preceptos creados para el trabajador por cuenta

[126] Siguen vigentes en el RETA y respecto del subsidio de incapacidad temporal, los requisitos relativos a nacimiento del derecho, contenido y pago, pero no los relativos a términos y condiciones, que se regulan por el Real Decreto citado que establece la equiparación con el Régimen General, STS 12 febrero 1993 (RJ 1993, 1161); SSTSJ Cataluña 30 diciembre 1995 (AS 1995, 4951) o Baleares 19 julio 1999 (AS 1999, 3305).

ajena no siempre encajan como un guante en quien presta servicios por su propia cuenta[127].

Indiscutida su "contraposición"[128], las divergencias surgen a la hora de exigir los requisitos precisos, su duración y determinar la adecuación de su cuantía; es decir, la cuestión no es tanto el si sino el cómo[129], obligando a interpretarlos desde una óptica específica y a la luz de su regulación propia[130].

En segundo término, se suman las muy bajas, en la mayoría mínimas, bases de cotización (elegidas, bien es cierto), las cuales traen aparejadas unas prestaciones cuya cuantía es sensiblemente inferior a la lucrada por los trabajadores por cuenta ajena. Las cifras de las pensiones lucradas por unos y otros no dejan lugar a la duda[131].

En tercero, para lucrar las prestaciones es condición indispensable (con excepción del auxilio de defunción) estar al corriente en el pago de sus cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la correspondiente prestación, no en vano son ellos los principales obligados y responsables. No obstante, si cubierto el período mínimo de cotización preciso para tener derecho a la prestación de que se trate se solicitara ésta, la Entidad Gestora invitará al interesado para que en el plazo improrrogable de 30 días naturales a partir de la invitación ingrese las cuotas debidas[132].

"En definitiva, en modo alguno el ingreso posterior al hecho causante convalida la falta de carencia exigida, ya que admitir lo contrario produciría una injusta compra de pensiones, sin el menor signo de aleatoriedad"[133]. En consecuencia, conviene advertir no sólo que "las cotizaciones efectuadas incluso *ex post* del hecho causante no sirven para cubrir carencia, pero sí son eficaces para cumplir el requisito de estar al corriente de pago cuando en el momento del hecho causante ya se tenía cubierto tal período, sino también que si bien las cuotas ingresadas tras aquél no son computables a efectos

---

[127] BALLESTER PASTOR, I.: "Art. 26", en AA.VV. (GARCÍA NINET, J.I., Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto del trabajo autónomo*, Valencia (CISS), 2007.

[128] ALMANSA PASTOR, J. M.: *Derecho de la Seguridad Social*, 7ª ed., Madrid (Tecnos), 1991, pág. 565.

[129] CAVAS MARTÍNEZ, F. y CÁMARA BOTÍA, A.: "La acción protectora del régimen especial de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos", *AS*, núm. 22, 2005.

[130] BALLESTER PASTOR, I.: "Art. 26", cit.

[131] Una media de 200 o 300 euros menos en cada una en agosto de 2010, http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Pensiones_y_pensionistas/Pensiones_contributivas_en_vigor/Por_reg_menes/index.htm.

[132] "Es un mecanismo extraordinario para la voluntaria satisfacción de las cotizaciones debidas a ese Régimen, mecanismo desligado de procedimiento ejecutivo o de apremio alguno, e instrumento al que no es entonces aplicable el régimen de la imputación de pagos a las deudas apremiadas; porque el art. 28.2 del Decreto regulador del RETA no condiciona el derecho a prestaciones en ese Régimen Especial a la total satisfacción de las deudas que pudieren haberse contraído en otros Regímenes del Sistema; y porque el reconocimiento de prestaciones a través del instrumento de la invitación al pago y de la satisfacción de esa invitación en modo alguno supone la extinción de esas otras deudas que pudieren hallarse contraídas en Regímenes distintos al RETA, las cuales podrán seguir siendo objeto de persecución en el correspondiente procedimiento de ejecución", STSJ Castilla y León/Valladolid 29 octubre 2008 (AS 2008, 3220).

[133] SSTS 25 noviembre 1993 (RJ 1993, 9076) y 26 enero 1994 (RJ 1994, 379) ó STSJ Andalucía/Málaga 5 abril 1995 (AS 1995, 1482).

carenciales, se permite el ingreso de las cotizaciones pendientes de pago […], procediendo una vez cubierto el período de cotización”[134].

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 pago se realizara fuera de dicho plazo, se concederá la prestación menos un 20 % si se trata de prestaciones de pago único y subsidios temporales; de tratarse de pensiones, se concederán las mismas con efectos a partir del día 1 del mes siguiente a aquel en que tuvo lugar el ingreso de las cuotas adeudadas (art. 28.2 Decreto 2530/1970). Previsión ésta con incuestionable calado en el colectivo, pues las dificultades económicas pueden traer aparejadas descubiertos que, si subsanados, no impedirán el nacimiento de la consabida prestación.

Por último, el elenco de prestaciones reconocido es menor al del General. Así, falta la referencia expresa a las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación, la asistencia social y, más señeramente, la protección por desempleo (art. 26 LETA).

La exclusión de las primeras tiene su fundamento en la falta de exigencia de cotización, afiliación y alta para percibirlas. El autónomo accederá a ellas si cumple los parámetros económicos, de residencia y de incapacidad (para la invalidez) previstos, sin importar el Régimen en el que ha estado integrado durante un tiempo inferior al requerido para lucrar la contributiva. No obstante lo anterior, la no contributiva por invalidez adquiere una mayor relevancia en este Régimen, pues, como por regla general, los trabajadores por cuenta propia no tienen cubiertas las contingencias profesionales y, por tanto, habrán de acreditar la carencia prevista para la incapacidad por enfermedad común cuando no sea un accidente y pese a que el motivo esté vinculado con su quehacer profesional. En ese caso, el autónomo (y es posible estimar que un importante grupo se halla en esta situación) incapacitado está avocado a la solicitud de la no contributiva.

En relación a la segunda, en la práctica, ha sido en su mayoría transferida a las Comunidades Autónomas en virtud del art. 148.1.20 CE, pese a tratarse de prestaciones de Seguridad Social y accederán a ella en cuanto integrantes del Sistema.

En fin, la ausencia de prestación por desempleo ha sido recientemente “subsanada” (*rectius*, paliada) merced a la Ley 32/2010, si bien no ha sido reformado el art. 26 LETA ni cabe considerarla una prestación idéntica al desempleo.

Como cierre, las prestaciones complementarias “serán libres” (art. 23 LETA). De nuevo, la voluntariedad presente en el RETA otorga una especial significación al protagonismo de los sistemas complementarios privados de protección, que pueden ser utilizados como sustitutivos del Sistema de Seguridad Social, incidiendo, aunque de forma indirecta, en el principio de contributividad y de solidaridad de éste[135].

1.- Incapacidad temporal

[134] SSTS 25 noviembre 1993 (RJ 1993, 9076) y 26 enero 1994 (RJ 1994, 379); SSTSJ Castilla-La Mancha 23 marzo 1998 (AS 1998, 1281), Navarra 25 noviembre 1999 (AS 1999, 4319) y Galicia 26 noviembre 1999 (AS 1999, 3061).
[135] VALVERDE ASENCIO, A.: “La protección social del trabajador autónomo”, cit., pág. 254.

Tradicionalmente, los autónomos podían voluntariamente no "asegurar" las bajas temporales como ha sido apuntado a lo largo de este trabajo. Sin embargo, en virtud de la Ley 20/2007: "los trabajadores por cuenta propia que no hayan optado por dar cobertura a las prestaciones de incapacidad temporal, deberán llevarlo a cabo de forma obligatoria, siempre que no tengan derecho a dicha prestación en razón de la actividad realizada en otro Régimen de la Seguridad Social" (disposición adicional 3ª); es decir, desde el 1 de enero de 2008 (desde el 11 de octubre de 2007 para los económicamente dependientes) todos los encuadrados en el RETA tienen cubierta esta contingencia[136].

Como excepciones, quienes la tengan cubierta en otro Régimen en el que también se encuentren en alta podrán, en tanto se mantenga su situación de pluriactividad, acogerse voluntariamente a su cobertura en este Régimen Especial así como, en su caso, renunciar a ella (art. 47.3 RD 84/1996); también, de conformidad con la disposición adicional 3ª.3 LETA, los trabajadores por cuenta propia agrarios, incorporados al Sistema Especial, para quienes la cobertura de la incapacidad temporal y de las contingencias profesionales (salvo la protección obligatoria de la incapacidad permanente y muerte y supervivencia --*ex* art. 47.bis.5 RD 84/1996--) seguirá siendo voluntaria, desarrollada esta posibilidad por el art. 47.bis.4 RD 84/1996.

La imposición aparece reforzada en dos colectivos: TRADE y cuantos desempeñen una actividad con elevado riesgo de siniestralidad. Para ellos, y aun cuando realicen otra actividad en otro Régimen donde tengan cubierta esta prestación, deben cotizar por dicha contingencia en el RETA, quizá en atención a la escasa entidad de la otra actividad, meramente residual en atención a los recursos que obtiene de su trabajo como TRADE[137] o por la alta probabilidad de sufrir un accidente o enfermedad por su trabajo como autónomo en el segundo caso. Sólo podrán renunciar a la cobertura de esta contingencia cuando dejen de reunir los requisitos para ostentar la condición de económicamente dependientes o de desempeñar una actividad con alto riesgo de siniestralidad, permaneciendo en alta en este Régimen Especial, con efectos desde el primer día del mes siguiente a aquel en que se haya extinguido el respectivo contrato o en que haya finalizado la referida actividad, siempre que la variación de datos correspondiente se comunique dentro de plazo; en otro caso, la cobertura se mantendrá hasta el último día del mes en que produzca efectos la referida variación (art. 47.2 RD 84/1996).

El cambio ha sido copernicano, no obstante, siguen persistiendo dos colectivos con protección diferente (subdividido cada uno a su vez según la base de cotización elegida); por un lado, quienes tengan diferenciado el origen de la incapacidad temporal entre comunes y profesionales y cuantos carecen de tal superior protección.

En principio, no resulta necesario realizar matización alguna a los requisitos generales para el acceso a este beneficio[138]: estar afiliado, en alta y encontrarse al

---

[136] ÁLVAREZ CUESTA, H.: "La Seguridad Social en el Estatuto del Trabajo Autónomo", cit., pág. 143.

[137] CASTRO ARGÜELLES, M.A.: "Puntualizaciones sobre Seguridad Social de los autónomos económicamente dependientes", *AL*, núm. 8, 2009, pág. 897.

[138] "Exige, para ser beneficiario de esta prestación, el estar en alta o en situación asimilada al alta al sobrevenir la contingencia, [previsión que] debe ponerse en relación con la normativa específica del RETA reguladora de las situaciones asimiladas al alta", SSTSJ Aragón 7 diciembre 1999 (AS 1999, 4033) y 3 abril 2000 (AS 2000, 933), País Vasco 15 febrero 2000 (AS 2000, 769) o Cataluña 22 marzo y 3 abril 2000 (AS 2000, 2063 y 2152).

corriente en el pago de las cuotas, así como acreditar 180 días cotizados dentro de los 5 años inmediatamente anteriores a la baja si la contingencia a cubrir no deriva de accidente común o laboral o enfermedad profesional, esto es, ha sido causada por enfermedad común[139]. Por tanto, quienes no coticen por contingencias profesionales y la incapacidad no derive de accidente habrán de acreditar el referido período de carencia.

No obstante, frente a la regla general de que el alta en el RETA retrotrae sus efectos, en cuanto a la obligación de cotización y al derecho a la acción protectora, al día primero del mes natural en que concurran en la persona de que se trate las condiciones determinantes de su inclusión, hay una regla especial aplicable al subsidio de incapacidad temporal. "Dicha prestación sólo surte efectos desde el alta, pese a que la obligación de cotizar se retrotrae al día primero del mes natural en que concurran las condiciones determinantes de la inclusión en el Régimen Especial. Se produce una disociación entre la obligación de cotizar y el derecho a las prestaciones (en este caso de incapacidad temporal). Por lo tanto, el trabajador que ha iniciado situación de incapacidad temporal, derivada de enfermedad común o accidente no laboral, sin encontrarse en situación de alta y se da de alta dentro de ese mismo mes, con posterioridad al inicio de la incapacidad, no tiene derecho a la prestación de incapacidad temporal"[140].

En aras a "impedir el posible fraude que se podría producir en estas situaciones, dado que es muy difícil comprobar si el trabajador sigue o no desarrollando la actividad por la cual ha quedado incluido en el Régimen Especial"[141], y atendiendo a las características del trabajo autónomo, cabe destacar la obligación de presentar una declaración sobre la persona que gestionará su negocio mientras esté incapacitado el autónomo, o bien solicitar el cese --temporal o definitivo-- de la actividad. De este modo, la Administración podrá controlar en todo momento la situación del establecimiento (disposición adicional 10ª RD 2319/1993). Tal manifestación deberá tener lugar dentro de un plazo de 15 días desde el inicio de la incapacidad, acompañada con el parte médico de baja y, cuando el interesado fuere así requerido, presentando nuevas declaraciones periódicamente --semestralmente-- desde el inicio. "La falta de presentación de la declaración originará la suspensión cautelar del percibo de la correspondiente prestación económica" (art. 47.4 LISOS); en consecuencia, nacerá el subsidio a partir de dicha aportación, siempre y cuando persista la baja médica[142].

La prestación económica será aquélla establecida para las contingencias comunes en el citado Régimen, a saber, desde el día 4º al 20º inclusive su cuantía consistirá en el 60% de la base; a partir del día 21º, en el 75% de aquélla[143]. En cambio, si se trata de un autónomo económicamente dependiente o un autónomo que haya cubierto las contingencias profesionales, y la causa de la incapacidad ha sido atribuida a estas últimas, percibirá el 75% de la prestación a partir del día siguiente al de la baja. En esta ocasión, el día en que se produce la baja no lo cobrará como trabajado como sucede

[139] STSJ Cataluña 20 mayo 1997 (AS 1997, 1961).
[140] SSTS 30 abril 2007 y 12 abril 2010 (RJ 2007, 4909 y JUR).
[141] BALLESTER PASTOR, I.: "Régimen Especial de trabajadores autónomos", en AA.VV. (GARCÍA NINET, J.I., Dir.).: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Valencia (CISS), 1998, pág. 130.
[142] "La falta de la referida declaración, o su presentación extemporánea, originará la suspensión cautelar de la prestación", STSJ Madrid 25 enero 1995 (AS 1995, 404).
[143] Frente a la anterior regulación en la que la prestación nacía el día 15, PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos. (La cobertura del RETA)*, Madrid (Civitas), 1995, pág. 123.

con los trabajadores por cuenta ajena, estableciendo la distinción entre ambos colectivos en este punto.

La base reguladora será por aquélla cotizada el mes anterior a la baja médica dividida entre 30 y será la utilizada para calcular la prestación durante toda su duración, incluidas las correspondientes recaídas.

Su abono, en cualquier caso, "no está condicionado a la previa solicitud de parte, sino que se hace efectivo de modo directo y automático, conforme al principio de oficialidad […]. Así pues, basta también en este Régimen Especial que se hayan hecho llegar los partes médicos de baja y confirmación al Instituto Nacional de la Seguridad Social (propiamente por el beneficiario, al no haber empresario interpuesto) para que se produzca dicho devengo"[144].

La duración máxima establecida para continuar disfrutándola también es idéntica a la regulada en el art. 128 LGSS y, por tanto, las causas de extinción serán las establecidas en el art. 131 LGSS; únicamente procede apuntar a este respecto que la baja en el RETA determinará la imposibilidad de seguir considerando incapaz al beneficiario, aun cuando mantendrá el derecho a la prestación que viniere percibiendo hasta tanto finalice por alguna de las causas previstas en la Ley, sin obligación de cotizar[145].

Por supuesto, cuantos no tengan cubiertas las contingencias profesionales carecerán de prestación alguna en "los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad" (art. 128.1.b LGSS).

2.- Incapacidad permanente

El Régimen Especial de Autónomos prevé la cobertura de la situación de incapacidad permanente en sus grados de total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo y gran invalidez (art. 36 Decreto 1530/1970; disposición adicional 8ª LGSS) mediante un sistema "sumamente complejo, oscuro y cambiante"[146].

Como ocurre con la incapacidad temporal, la remisión a la regulación prevista para el Régimen General pasa por el tamiz --judicial-- del temor al fraude y ello acarrea desigualdades.

Por ejemplo, "ha de tenerse en cuenta su condición de autónomo para la valoración de la incapacidad, [pues] el trabajar como tal confiere un mayor margen de respuesta activa a los padecimientos o secuelas, en cuanto excluye la sujeción a las exigencias de un tercero y le faculta para la autoorganización de la actividad laboral en función de las propias capacidades físicas"[147]. Pero "esta apreciación estricta… puede transformar una aparente incapacidad permanente absoluta para el Régimen General en

[144] SSTS 12 febrero 1993 (RJ 1993, 1161) y 19 junio 2007 (RJ 2007, 6826).
[145] STS 2 febrero 2005 (RJ 2005, 2780).
[146] ROQUETA BUJ, R.: *La incapacidad permanente*, Madrid (CES), 2000, pág. 14.
[147] BALLESTER PASTOR, I.: "Régimen Especial de trabajadores autónomos", cit., pág. 132 y STSJ Cataluña 21 julio 1994 (AS 1994, 3072).

una incapacidad permanente total para este Régimen; de igual modo puede conllevar la no declaración de ninguna incapacidad si esta mayor exigencia impide la declaración de una permanente total"[148].

Otro ejemplo aparece en la negativa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo[149] a acceder a la incapacidad permanente parcial en atención a que "la lesión la sufre al igual que cualquier persona"[150], pero la posibilidad de auxilio por terceras personas no le hace perder nunca, bajo tales circunstancias, la condición de trabajador por cuenta propia[151].

También, en un primer momento, estaban privados de la protección por incapacidad total "cualificada", "en base a la existencia de una capacidad residual de ganancia de la que carecen los trabajadores por cuenta ajena"[152] y únicamente podían acceder a tal beneficio a través del cómputo recíproco de las cuotas abonadas al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y al Régimen General[153]. Sin embargo, en la Recomendación 4ª del Pacto de Toledo y en el apartado I del Acuerdo Social de 1996, el Gobierno acordó "incluir en la acción protectora dispensada por el RETA la prestación de incapacidad permanente total cualificada"[154]. El compromiso fue especificado en el RD 463/2003, el cual modifica el art. 38 Decreto 2530/1970 e incrementa en un 20% la base reguladora que se tenga en cuenta para determinar la cuantía de la pensión[155] cuando el pensionista tenga una edad igual o superior a los 55 años, no ejerza una actividad retribuida por cuenta ajena o por cuenta propia que dé lugar a su inclusión en cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social y no ostente la titularidad de un establecimiento mercantil o industrial ni de una explotación agraria o marítimo-pesquera como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo[156].

En todo caso, continúan siendo exigidos a los posibles beneficiarios los requisitos generales previstos para acceder a cualquier prestación dentro del campo de aplicación del RETA: estar en alta o situación asimilada referida al momento inicial en

---

[148] PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos. (La cobertura del RETA)*, cit., pág. 141.

[149] STS 19 septiembre 2007 (RJ 2007, 3830) o SSTSJ Castilla y León/Burgos 10 junio 2010 (JUR 2010, 267372) y País Vasco 15 diciembre 2009 (JUR 2010, 138643).

[150] BLASCO LAHOZ, J.F.: *El Régimen Especial de trabajadores autónomos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1995, pág. 316.

[151] STS 10 julio 1984 (RJ 1984, 4151). "Obedece tanto a la dificultad de fijar el porcentaje de disfunción para este tipo de trabajadores, así como a la aminoración de la capacidad", CEA AYALA, A. y SUÑER RUANO, E.: *El Régimen Especial de trabajadores autónomos de la Seguridad Social*, Madrid (CEF), 1995, págs. 140-141.

[152] CEA AYALA, A. y SUÑER RUANO, E.: *El Régimen Especial de trabajadores autónomos de la Seguridad Social*, cit., pág. 143.

[153] Procede el cómputo recíproco en atención a que "el incremento del 20% no es una prestación, sino el aumento de cuantía que experimenta la pensión de incapacidad permanente total cuando concurren especiales dificultades de empleo", STS 21 marzo 1994 (RJ 1994, 2616) y STSJ Cataluña 19 febrero 1997 (AS 1997, 1831).

[154] AA.VV.: *Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social*, Madrid (MTAS), 2001, pág. 41.

[155] STSJ Cataluña 31 enero 2006 (JUR 2006, 128842).

[156] Por ejemplo, STS 9 febrero 2010 (RJ 2010, 2830).

el cual aparece manifestado el accidente o la enfermedad[157], encontrarse al corriente en el pago de las cuotas y acreditar el período de cotización necesario.

No obstante, resulta pertinente señalar tanto la desaparición de la antigua exigencia de edad (tener cumplidos cuarenta y cinco años en la fecha del hecho causante --art. 37.2 Decreto 2530/1970--[158]) en virtud de la disposición adicional 13ª.1 RD 9/1991, como la atenuación de aquellas otras que todavía aparecen como condiciones obligatorias, bien por aplicación de los preceptos del Régimen General, bien por las características propias del RETA.

Tal y como sucede en la normativa común, "y superándose así una desigualdad histórica"[159], para las "pensiones de invalidez permanente derivadas de accidente, estando el trabajador en alta o en situación asimilada a la de alta, no se exigirá ningún período previo de cotización, determinándose la base reguladora de tales pensiones conforme a las reglas establecidas en el Régimen General" (disposición adicional 13ª.1 y 2 RD 9/1991, de 11 de enero)[160].

La Ley 40/2007 realiza una reforma de gran calado en cuanto hace a la carencia necesaria cuando la incapacidad permanente tenga origen en una enfermedad común, con el objetivo expreso --en palabras textuales del Acuerdo-- de "evitar que se convierta en una vía de acceso a la protección para las carreras de cotización insuficientes". Aún así, existe una cierta ampliación subjetiva y un retoque en las cuantías a disfrutar, afectando en más alto grado a la regulación de la incapacidad permanente derivada de enfermedad común[161].

La nueva carencia necesaria para acceder a la prestación afecta por igual a trabajadores por cuenta ajena y autónomos, no obstante en estos últimos presentará una mayor incidencia a la vista de la voluntariedad en la cobertura de las contingencias profesionales. Entonces, para cuantos no la tengan cubierta, en caso de incapacidad que no fuera fruto de un accidente, los períodos exigibles son los previstos en la LGSS[162].

---

[157] SSTS 26 diciembre 1989 (RJ 1989, 9267), 12 febrero 1990 (RJ 1990, 908) y 9 octubre 1995 (RJ 1995, 7675) ó STSJ País Vasco 21 abril 1998 (AS 1998, 2098).

[158] Dicha derogación afectará, incluso, a las incapacidades producidas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto --16 de enero de 1991--: "pues manteniendo el beneficiario la primera incapacidad sin efectos económicos, procede reconocer el derecho a la prestación, pero no antes de la entrada en vigor del Decreto citado que suprime el requisito de edad para reconocer plenitud de efectos a la invalidez permanente total", SSTS 14 julio 1992 (RJ 1992, 5619); 17 marzo, 13 mayo, 21 mayo, 23 junio y 23 julio 1993 (RJ 1993, 1867, 4093, 5532, 4919 y 5977) ó 6 octubre 1995 (RJ 1995, 7194) y STSJ Baleares 15 mayo 1995 (AS 1995, 1784).

[159] CEA AYALA, A. y SUÑER RUANO, E.: *El Régimen Especial de trabajadores autónomos de la Seguridad Social*, cit., pág. 155 y ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, 17ª ed., Madrid (Civitas), 2000, pág. 547.

[160] QUIRÓS HIDALGO, J.G.: FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: "La reforma de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 16, 2008.

[161] Al respecto, GARCÍA ROMERO, B.: "La reforma de la Incapacidad Permanente", en AA.VV. (FERRANDO GARCÍA, F., Coord.): *La reforma de la Seguridad Social (El Acuerdo de 13 de julio de 2006 y su ulterior desarrollo normativo*, Albacete (Bomarzo), 2007, págs. 125 y ss.

[162] Siguiendo a ÁLVAREZ CUESTA, H.: "La Seguridad Social en el Estatuto del Trabajo Autónomo", cit., págs. 146 y ss.

Además, en atención a las características que presentan determinados colectivos por la fecha de su incorporación, el Decreto 2530/1970 contempla una reducción del período de carencia con el fin de lucrar convenientemente las prestaciones si la integración hubiere tenido lugar con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 26/1985 y se hubiera solicitado el alta oportuna dentro de este Régimen de aseguramiento específico. En estos casos, la cotización requerida será equivalente a la mitad del tiempo transcurrido entre la incorporación al Régimen Especial y el hecho causante, siempre y cuando alcance un mínimo de 30 meses (art. 30.2 Decreto 2530/1970); en todo caso, la vigencia de estas normas sólo alcanzará, en coherencia con la transitoriedad regulada, hasta que los períodos de cotización exigidos para los colectivos de incorporación tardía se equiparen "con los establecidos para el resto de los trabajadores pertenecientes a dicho Régimen que se incorporaron desde su creación"[163].

Es preciso recordar, además, que no lucrará la prestación quien no logre acreditar el período mínimo de carencia exigido y "las declaraciones de invalidez permanente sin derecho a prestaciones económicas carecen de efectos jurídicos, lo que equivale a la nulidad de las resoluciones administrativas que las efectúan". En esa situación, si el trabajador continúa en la realidad desarrollando su actividad laboral y mantiene su situación de alta y su cotización a la Seguridad Social, aceptadas ambas por la Entidad Gestora cuando posteriormente solicita la situación de invalidez y ésta es de apreciar por el carácter irreversible de las deficiencias funcionales que padece, habiendo alcanzado en tal momento el período de cotización exigible y demás condiciones legalmente impuestas, le ha de ser reconocida la mencionada situación y el derecho al percibo de la prestación correspondiente, sin que quepa argüir que el hecho causante se produjo al dictarse la primera resolución, dada la nulidad de ésta[164]. Por esta vía podría producirse una compra de pensiones, y más si decide ampliar la cobertura básica.

Así pues, las aportaciones realizadas en este período ulterior deberán ser computadas, aun cuando las dolencias sean sustancialmente las mismas que generaron el primer reconocimiento de la invalidez; el abono también deberá ser considerado válido si las cuotas han sido hechas efectivas con posterioridad al reconocimiento por el INSS cuando el interesado no alcanzara derecho a la prestación[165], o bien el pago acaeciere durante la tramitación del expediente y hasta su resolución[166].

La cuantía de la prestación económica coincidirá con la reconocida en el Régimen General para la incapacidad permanente total, absoluta y la gran invalidez (art. 38.2 Decreto 2530/1970)[167] y se devenga desde el día primero del mes siguiente al de la

---

[163] PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos. (La cobertura del RETA)*, cit., pág. 149.

[164] SSTS 14 octubre 1991 (RJ 1991, 7659), 25 noviembre y 28 noviembre 1993 (RJ 1993, 9076 y 9088), 7, 18 y 24 febrero, 20 abril y 12 diciembre 1994 (RJ 1994, 811, 1063, 1515, 4192 y 10087), 16 marzo, 10 mayo y 13 octubre 1995 (RJ 1995, 2017, 3764 y 7750) ó 22 octubre 1996 (RJ 1996, 7782).

[165] Delimitado el reconocimiento de la invalidez permanente "como un acto complejo, en el que es distinguible un aspecto de valoración médica y otro de valoración jurídica. Sólo por la conjunción de ambos puede surgir el fenómeno, propiamente jurídico-social, del reconocimiento de la invalidez permanente, sin que, por tanto, la precedente formulación de una resolución administrativa que prive a tal reconocimiento de los efectos prestacionales correspondientes pueda cobrar virtualidad alguna", SSTS 29 noviembre 1993 (RJ 1993, 9088), 10 mayo ó 13 octubre 1995 (RJ 1995, 3764 y 7750).

[166] STCT 30 noviembre 1988 (RTCT 1988, 7745).

[167] Un amplio estudio en JIMÉNEZ FÉRNANDEZ, A., *et alii*: *La protección de la Seguridad Social por incapacidad permanente*, Madrid (Escuela Libre), 1999. Sobre el cálculo del complemento, STS 16 junio 2010 (RJ 2010, 2706).

fecha en la cual se entienda causada, siempre y cuando la solicitud hubiera sido presentada dentro de los tres meses siguientes (art. 61.1 Orden de 19 de junio de 1970)[168].

Su cuantía depende en gran medida del grado de incapacidad. Sin embargo, la nueva regulación de la base para la incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez derivada de enfermedad común (o de enfermedad a secas, se insiste, para los autónomos sin cobertura) y los nuevos porcentajes aplicables van a incidir con mayor virulencia en el colectivo de autónomos por la carencia de cobertura por contingencias profesionales unida a la elección de la base de cotización mínima.

3.- Prestaciones por maternidad y paternidad

Las prestaciones de maternidad y paternidad, según la disposición adicional 11ª LGSS (en redacción dada por la LO 3/2007), son concedidas a los trabajadores por cuenta propia "con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones allí previstos para los trabajadores del Régimen General".

Para este colectivo, los periodos durante los que se tendrá derecho a percibir los subsidios por maternidad y por paternidad son coincidentes, en lo relativo tanto a su duración como a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecido para los trabajadores por cuenta ajena.

Además, una de las mayores novedades introducidas es la posibilidad de disfrutar estas prestaciones en régimen de jornada parcial también para los autónomos, si bien pendiente de desarrollo reglamentario todavía. Así, la disposición adicional 1ª.8 RD 295/2009 reconoce la posibilidad de su disfrute a tiempo parcial "a cuyos efectos, la percepción de los subsidios y la reducción de la actividad sólo podrá efectuarse en el porcentaje del 50%". Para el reconocimiento de esta modalidad de percepción del subsidio y correspondiente disfrute de los permisos de maternidad y paternidad, los interesados deberán comunicar a la Entidad Gestora, al solicitar la correspondiente prestación, el régimen en que se llevará a efecto".

Para ambas prestaciones, y junto con sus exigencias propias, la adscripción del beneficiario a este Régimen conlleva una serie de requisitos específicos[169]:

-- Los autónomos deben, como los trabajadores por cuenta ajena, encontrarse en alta o situación asimilada, pero los supuestos propios de este Régimen Especial plantean dudas sobre su consideración para estas prestaciones.

En ocasiones, los Tribunales se han mostrado reacios a considerar como situación asimilada al alta el período de noventa días posteriores a la baja en el Régimen por haber cesado en su actividad o la maternidad sucesiva a una situación de incapacidad temporal anterior, al entender que estos trabajadores se encuentran de baja

[168] STS 26 julio 1993 (RJ 1993, 5985).
[169] Siguiendo la exposición en ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Las grietas en la protección de la maternidad y la paternidad en el Régimen de Trabajadores Autónomos", en AA.VV.: *La Seguridad Social en el siglo XXI. V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia (Laborum), 2008, págs. 241 y ss.

en el Régimen por propia voluntad; en cambio en el General son involuntarias[170]. Estas resoluciones judiciales olvidan entonces cómo la falta de permanencia del alta y la cotización pueden no ser voluntarias, sino provocadas por el mal resultado económico. Sin embargo, reciente doctrina judicial ha acabado considerando situaciones asimiladas ambos períodos[171].

-- Continúa siendo requisito "imprescindible"[172] hallarse al corriente en el pago de las cuotas tal y como disponen los arts. 28.2 Decreto 2530/1970 y 57.2 Orden de 24 de septiembre de 1970[173], pudiendo subsanarlo a través de la invitación efectuada por la Entidad Gestora en el plazo de 30 días naturales[174], tal y como establece el art. 3.8 RD 295/2009.

-- Este Régimen Especial impone, a los beneficiarios de la prestación de incapacidad temporal, la obligación de presentar una declaración sobre la persona que gestionará su negocio mientras esté percibiendo la prestación, o bien solicitar el cese -- temporal o definitivo-- de la actividad. Pero, pese a la similitud aparente (cese temporal de actividad y cobro de prestación) cabría cuestionar si "es necesario que la trabajadora autónoma titular del establecimiento sea sustituida por otra persona o deba solicitar el cese temporal en la actividad (como se exige en el caso de la incapacidad temporal)"[175] para la maternidad y más recientemente la paternidad. Según el criterio administrativo, debe presentarse igualmente dicha declaración durante la situación subsidiada de maternidad, por su similitud con las situaciones de incapacidad temporal y riesgo durante el embarazo[176], pese a poder ser calificada como condición excesiva[177].

Quizá por tal razón, los órganos judiciales han flexibilizado el cumplimiento, considerando improcedente la imposición de una sanción por presentación tardía de la declaración de actividad, al estar justificada por los problemas de embarazo y de hijo

---

[170] SSTS 5 diciembre 2003 (RJ 2004, 3337) y 25 enero 2007 (RJ 2007, 996) y STSJ Andalucía/Sevilla 17 mayo 2007 (AS 2007, 3275).

[171] CAVAS MARTÍNEZ, F. y CÁMARA BOTÍA, A.: "La acción protectora del régimen especial de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos", cit. En los Tribunales, SSTSJ Cataluña 17 mayo 2007 (AS 2007, 2291) y La Rioja 31 marzo 2006 (AS 2006, 1221); STS 10 diciembre 2002 (RJ 2002, 1955) y STSJ Andalucía/Málaga 19 diciembre 2002 (AS 2003, 53).

[172] GÓMEZ CABALLERO, P.: *Los trabajadores autónomos y la Seguridad Social: campo de aplicación y acción protectora del "RETA"*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000, pág. 78.

[173] Este "pago extemporáneo (después del hecho causante) carece de eficacia para la cobertura del período mínimo exigible, ya que sólo la tiene para hallarse al corriente de los descubiertos que pudieran existir en el supuesto de haberse pagado antes del hecho causante el número de cuotas suficiente para reunir el denominado período de carencia", STCT 15 diciembre 1988 (RTCT 1988, 8521); SSTSJ Madrid 12 septiembre 1989 (AS 1989, 1567), Galicia 21 enero 1991 (AS 1991, 62), Asturias 30 enero 1991 (AS 1991, 566) ó Cantabria 23 octubre 1992 (AS 1992, 4767).

[174] Tal requerimiento constituye una obligación para el INSS, no una facultad, pues en caso de incumplir dicha comunicación el afectado no puede verse perjudicado ni privado de sus derechos, STS 26 enero 1994 (RJ 1994, 379) ó STSJ Castilla-La Mancha 6 febrero 1998 (AS 1998, 400).

[175] BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, Mª.A.: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social (y prestaciones complementarias)*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2007, pág. 89.

[176] Resolución de la Dirección General del INSS de 4 de febrero de 2004. Las SSTSJ Murcia 19 noviembre 2001 (AS 2001, 4174) y La Rioja 28 noviembre 2003 (AS 2003, 1194) sancionan con la pérdida de una mensualidad de la prestación a la trabajadora autónoma que no cumple esta norma.

[177] BLASCO LAHOZ, J.F.: *El Régimen Especial de trabajadores autónomos*, cit., pág. 314.

prematuro[178]. Entonces la "excusa" no serviría en caso de maternidad no biológica o paternidad, requiriendo en esas situaciones los correspondientes documentos.

Finalmente, el desarrollo reglamentario de dichas prestaciones "aclara" parcialmente los términos de la obligación: "los trabajadores autónomos, con excepción de los incluidos en el Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios y de los económicamente dependientes, presentarán, si la entidad gestora lo estima conveniente, una declaración de situación de la actividad" (art. 14.8 RD 295/2009). Por tanto, los dos colectivos mencionados no precisan de declaración alguna (a quienes podrían sumarse los autónomos del Mar si llegan finalmente a incorporarse), mas queda por concretar cuándo la Entidad Gestora entenderá tal declaración como necesaria.

3.1.- Prestación por maternidad

Serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores cualquiera que sea su sexo, que disfruten del descanso por maternidad, siempre que reúnan la condición general de estar afiliados y en alta o en situación asimilada y acrediten los periodos mínimos de cotización exigibles en cada caso (art. 3.1 RD 295/2009).

Dada la casuística, sin embargo, es preciso aclarar varias situaciones en torno a la cesión y disfrute de esta prestación en el caso de los autónomos incluidos en el RETA.

-- Como queda expuesto en las páginas precedentes, todavía continúa en vigor la opción de sustituir la cobertura de este Régimen Especial por una, en ocasiones más deficiente, proporcionada por una Mutualidad de Previsión Social. En tal caso, cuando la madre sea trabajadora por cuenta propia y por razón de su actividad profesional esté en una Mutualidad de Previsión Social que no tenga la cobertura de maternidad o que teniéndola no cumpla las condiciones exigidas por causas ajenas a su voluntad, el art. 3.4.1 RD 295/2009 reconoce el derecho a trasladar los períodos de maternidad al otro progenitor, el cual podrá percibir dicho subsidio de maternidad, compatible con el subsidio por paternidad.

Sin embargo, no deja de llamar la atención que el Sistema propicie el disfrute por el padre de las seis semanas de descanso obligatorio cuando las mismas están previstas para proteger la integridad física de la autónoma[179].

La opción anterior no será posible si la madre no ha incluido voluntariamente dicha cobertura[180], mas la involuntariedad de la ausencia de prestación resulta, cuanto menos, dudosa. Con las últimas reformas, todos los Regímenes Especiales contemplan esta prestación y sólo en el supuesto de que la madre esté integrada en un sistema de

---

[178] SJS Cáceres, núm. 1, 17 julio 2003, citada en AA.VV.: *Memento Social 2008*, Madrid (Francis Lefebvre), 2008, pág. 165.

[179] ROQUETA BUJ, R. y BLASCO PELLICER, A.: "Las modificaciones de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en materia de Seguridad Social", en AA.VV. (SALA FRANCO, T. *et alii*, Coords.): *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Madrid (La Ley), 2008, pág. 497.

[180] RODRÍGUEZ INIESTA, G. y LASAOSA IRIGOYEN, E.: "Disposición adicional 18ª", en AA.VV. (SÁNCHEZ-TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs.): *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2006, pág. 933.

previsión específico que no la cubra (aun cuando siempre tendrían la opción -- voluntaria-- de darse de alta en el RETA en lugar de en la Mutualidad respectiva, en la cual sabe que carece de dicha protección[181]) podrá materializarse.

-- La solución apuntada en los párrafos precedentes será también la aplicable cuando la interesada, por causas ajenas a su voluntad, no reuniera las condiciones exigidas para la concesión de la prestación a cargo de la Mutualidad, pese a haber optado por incluir la protección por maternidad desde el momento en que pudo ejercitar dicha opción, con ocasión del ejercicio de la actividad profesional (art. 3.4 RD 295/2009).

Por lo demás, y al igual que ocurre en el Régimen común, la LO 3/2007 flexibilizó los requisitos para acceder a esta prestación. Por un lado, inscribe el período de carencia en un marco temporal mucho más generoso; por otro, reduce la exigencia de días cotizados[182]. No obstante, en la gran mayoría de los casos, la reducción mencionada sólo resultará operativa si de maternidad biológica se trata, pues la opción por la adopción o el acogimiento suele producirse generalmente cuando la edad de los progenitores supera ya con creces los 26 años, debiendo acreditar en tales casos el período más largo de cotizaciones de los tres posibles previstos por la norma[183].

Una vez puesta en marcha la maquinaria de la flexibilidad, hubiera sido quizá más acertado haber hecho desaparecer el requisito de carencia para todos los supuestos. El hecho de que no se haya aprovechado la Ley de Igualdad para adoptar una medida tan radical no cabe sino achacarlo a los condicionantes financieros[184].

En cuanto a la duración de la prestación, habrá de serles aplicada la regulación prevista en el Estatuto, desaprovechando la Ley 20/2007 la ocasión de precisar estos derechos. Únicamente para los trabajadores autónomos económicamente dependientes, el legislador considera la maternidad y la paternidad como "causas debidamente justificadas de interrupción de la actividad" (art. 16). Por tanto, en la definición de las situaciones y en la determinación de la duración de la suspensión habrá de ser aplicada la regulación prevista en el ET, *mutatis mutandis*, al autónomo parasubordinado[185].

Pero este derecho lleva unido el germen de su destrucción[186], pues "cuando la interrupción ocasione un perjuicio importante al cliente que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad, podrá considerarse justificada la extinción del contrato" (art. 16.3 Ley 20/2007). La apertura de esta vía "libre" a la extinción se va a

---

[181] ÁLVAREZ CUESTA, H.: "El ejercicio de la paternidad biológica en solitario y la titularidad compartida de la maternidad", *AS* , núm. 6, 2010, págs. 27 y ss.

[182] GARRIGUES GIMÉNEZ, A. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: "La prestación por maternidad", AA.VV. (GARCÍA NINET, J.I., Dir.): *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Valencia (CISS), 2007, págs. 807 y ss.

[183] MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: "La familia y la protección social como garantes de la conciliación", en AA.VV.: *La conciliación de la vida personal, laboral y familiar en Castilla y León*, Valladolid (Consejo Económico y Social de Castilla y León), 2008, pág. 612.

[184] BARCELÓN COBEDO, S. y QUINTERO LIMA, M.G.: "El impacto de la Ley de Igualdad en el marco de la normativa de Seguridad Social", *TL*, núm. 91, 2007, pág. 241.

[185] ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: "El régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente", en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J. y VALDÉS DAL-RÉ, F. Dirs.): *El Estatuto del trabajo autónomo*, Madrid (La Ley), 2008, pág. 267.

[186] ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Las grietas en la protección de la maternidad y la paternidad en el Régimen de Trabajadores Autónomos", cit., pág. 248.

producir en todos los casos; siempre que se suspenda la prestación ocasionará un daño. Así, el autónomo que decida disfrutar de estas prestaciones por maternidad o paternidad, "automáticamente se estará colocando ante el peligro de ver extinguido su vínculo jurídico con su cliente principal sin derecho a percibir compensación indemnizatoria"[187].

"La prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes" (art. 133.*quarter* LGSS) y durante el tiempo en que perciba la prestación mantiene la obligación de cotizar (art. 106.4 LGSS). Estas dos reglas, al aplicarlas a unos trabajadores que eligen su base y sobre quienes recae la totalidad de la prestación, provocan distorsiones[188]:

-- Por un lado, quien solicite la prestación verá mermada su prestación por la cuota al RETA que ha de seguir abonando según la base elegida, por ello, frente a las "ganancias" prometidas, escasos serán los autónomos que decidan prolongar la suspensión, y menos que nadie los económicamente dependientes, habida cuenta que pueden ver extinguido su contrato en virtud del art. 16 Ley 20/2007. La responsabilidad empresarial de los autónomos (y quizás la elección de una base de cotización muy inferior a los ingresos que obtienen) trae aparejada la ineficacia de las medidas protectoras, pues prevalecerá la necesidad de mayores ingresos frente a la "voluntad" de estar junto a los hijos[189].

-- Desde otro punto de vista, la maternidad (y la paternidad) son prestaciones cuyo comienzo es conocido por el trabajador y él será quien elija su base de cotización. Sumadas ambas afirmaciones, la posibilidad del fraude se revela nítida: "una de las formas de incrementar indebidamente la base de cotización, en el caso de los autónomos, es precisamente el aumento solicitado y abonado de forma preordenada a una determinada contingencia, es decir, a un riesgo que no es meramente posible sino de ocurrencia cierta o previsiblemente cierta…, siendo doctrina común su calificación como fraudulentos"; en el supuesto enjuiciado, la trabajadora se daba de alta en el RETA por la mínima para causar carencia y en el siguiente año cotizaba por la base máxima a la hora del parto, una vez finalizada la prestación se producía la baja, calificado todo el *iter* como fraudulento[190].

Este aprovechamiento es susceptible, incluso, de ser calificado como infracción muy grave: "incrementar indebidamente la base de cotización del trabajador de forma que provoque un aumento en las prestaciones que procedan" (art. 23.1.e LISOS); así lo han reconocido los Tribunales: "la inexistencia de actividad económica alguna, evidenciada por la declaración trimestral del IVA negativa, unida al hecho de que la actora eligiese la base máxima de cotización a la Seguridad Social, abonando una única cuota y cursando en el mismo mes la baja por maternidad, reclamando la

[187] SELMA PENALVA, A.: "El trabajador autónomo económicamente dependiente", cit., pág. 183.
[188] ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Las grietas en la protección de la maternidad y la paternidad en el Régimen de Trabajadores Autónomos", cit., pág. 249.
[189] ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: "Las modificaciones operadas por la Ley de Igualdad en el campo de la Seguridad Social", *RL*, núm. 19, 2007, pág. 70.
[190] STSJ Aragón 26 septiembre 2007 (JUR 2008, 35140).

correspondiente prestación […], evidencia que ha habido una conducta fraudulenta tendente a la obtención ilícita de esta prestación”[191].

3.2.- Prestación por maternidad no contributiva

Como novedad, la LO 3/2007 crea una prestación híbrida, calificada como no contributiva[192], pero con notas de contributividad[193] y, en la práctica, con carácter marginal[194], más marginal si cabe en este Régimen Especial.

Conforme dispone el art. 133.*sexties* LGSS, serán beneficiarias del subsidio por maternidad las trabajadoras que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por maternidad, salvo el período mínimo de cotización establecido.

La cuantía de la prestación será igual al 100% del indicador público de renta de efectos múltiples vigente en cada momento (para el 2010, 532,51 euros mensuales), salvo que la base reguladora calculada conforme a las reglas anteriores fuese de cuantía inferior, en cuyo caso se estará a ésta. La duración de la prestación será de 42 días naturales a contar desde el parto (art. 133.*septies* LGSS).

Trasladado el cálculo al RETA, difícilmente una autónoma percibirá una cuantía inferior al IPREM, en tanto que la base mínima de cotización para los autónomos en el año 2010 es de 841,80 euros mensuales, mientras no se regule la posibilidad de establecer un sistema especial en materia de cotización por el desempeño de la actividad por cuenta propia a tiempo parcial, cuya prestación económica de la que se derive sea inferior, en cuyo caso, de acuerdo con la norma, percibiría ésta[195].

De nuevo, el precepto presenta diferente incidencia al aplicarlo a los sujetos incluidos en este Régimen Especial[196]:

-- En primer lugar, la trabajadora debe encontrarse en alta o situación asimilada, mas el RETA y el art. 15.2 RD 295/2009 exigen también hallarse al corriente en el pago de las cuotas. Entonces, y siguiendo la lógica jurídica aplicable a las prestaciones por maternidad y paternidad, es preciso cumplir este requisito en esta situación, pese a que no fuera ésta la intención del legislador a la hora de diseñarla.

-- En segundo término, la autónoma no va a verse forzada a suspender su prestación de servicios durante seis semanas, y si en el caso de la trabajadora por cuenta

---

[191] STSJ Aragón 23 septiembre 2004 (JUR 2005, 24505).

[192] MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “La familia y la protección social como garantes de la conciliación”, cit., pág. 614, sin que llegue a ser asistencial, dado que el acceso no está condicionado a un límite de rentas, PÉREZ ALONSO, M.A.: “Las novedades en el Régimen General de la Seguridad Social tras la Ley Orgánica 3/2007”, *AS*, núm. 3, 2007, pág. 70.

[193] GARRIGUES GIMÉNEZ, A. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: “La prestación por maternidad”, cit., págs. 807 y ss.

[194] MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “La familia y la protección social como garantes de la conciliación”, cit., pág. 615 y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “El RETA ante la reforma de la maternidad y el nuevo subsidio de paternidad”, cit., pág. 200.

[195] MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “La familia y la protección social como garantes de la conciliación”, cit., pág. 617 y

[196] Siguiendo a ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Las grietas en la protección de la maternidad y la paternidad en el Régimen de Trabajadores Autónomos”, cit., pág. 252.

ajena el interés del recién nacido no queda suficientemente atendido con unas rentas de sustitución maternas tan limitadas temporalmente las cuales, con certeza, van a obligar a la madre a una reincorporación al trabajo inmediata a la conclusión del descanso puerperal obligatorio[197], con mayor razón para la trabajadora por cuenta propia.

-- En fin, el recurso al fraude en el acceso aparece, de nuevo, meridianamente accesible: la embarazada sin ocupación se dará de alta en este Régimen Especial cuando esté a punto de dar a luz para percibir la cuantía mencionada. Ciertamente, su acción puede ser tachada de fraudulenta, pero la imposibilidad de fijar los límites torna oscura la calificación de tal conducta, pues, ¿cuántos días cotizados con anterioridad cabe exigir sin llegar a los límites para el acceso a la contributiva o hacer recaer sobre ella sanción alguna?.

3.3.- Prestación por paternidad

Esta prestación económica requiere, en este Régimen, además de estar afiliado y en alta o situación asimilada y al corriente en el pago de cuotas, acreditar un período mínimo de cotización de 180 días, dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de la suspensión por paternidad, o, alternativamente, 360 días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha (art. 133.*nonies* LGSS y art. 23.1 RD 295/2009).

La duración se corresponde, de nuevo, con la prevista para la suspensión por paternidad (trece días ininterrumpidos como regla general, sumadas las posibles ampliaciones). En el caso de los autónomos, y frente al publicitado permiso de 15 días, sólo disfrutarán de los trece expresados, descontándose los dos correspondientes al permiso retribuido por nacimiento de los trabajadores por cuenta ajena.

Los autónomos podrán percibir el subsidio durante el periodo comprendido desde el nacimiento del hijo, desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o desde la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice el periodo correspondiente al descanso por maternidad, adopción o acogimiento, o inmediatamente después de la finalización de dicho descanso, siempre que, en todo caso, se produzca el cese en la actividad durante dicho periodo (art. 26.3 RD 295/2009). En todos los casos en que proceden ampliaciones de los periodos de descanso por maternidad, por discapacidad de los hijos o menores acogidos, por partos, adopciones o acogimientos múltiples, o cuando los neonatos deban permanecer hospitalizados o, finalmente, en el caso del subsidio por maternidad de naturaleza no contributiva, el subsidio por paternidad podrá iniciarse al término de dichos periodos adicionales o con anterioridad a su finalización (art. 26.5 RD 295/2009).

De nuevo la diferencia (aun por dos días) es patente[198] e indirectamente se está reconduciendo al padre al disfrute del permiso y la prestación por paternidad (mucho

---

[197] GARRIGUES GIMÉNEZ, A. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: "La prestación por maternidad", cit., págs. 807 y ss.

[198] Sobre su distribución y engarce, por todos, GARRIGUES GIMÉNEZ, A. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: "La prestación por paternidad", en AA.VV. (GARCÍA NINET, J.I., Dir.): *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Valencia (CISS), 2007, págs. 807 y ss.

más reducido)[199], "abandonando la tan anhelada corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares"[200].

La cuantía a percibir es la misma que la calculada para la prestación por maternidad y, como no podía ser de otro modo, tienen que cotizar durante esos trece días[201].

4.- Riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural

El RD 295/2009 unifica y desarrolla la LO 3/2007 y distingue la situación de las autónomas en tales casos.

En tal sentido, considera situación protegida aquélla en la que se encuentra la embarazada durante el periodo de interrupción de la actividad profesional, en los supuestos en que el desempeño de la misma influya negativamente en su salud o en la del feto, y así lo certifiquen los servicios médicos de la Entidad Gestora o de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Por el contrario, excluye de la protección la situación derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o en la del feto cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones de trabajo de la actividad desempeñada, determinante de su inclusión en el campo de aplicación del RETA (art. 40 RD 295/2009).

Los requisitos exigidos son iguales a los establecidos para el Régimen General (alta o situación asimilada), añadido, como para el resto de prestaciones en el RETA, hallarse al corriente en el pago de las cuotas sin perjuicio de la invitación al pago y el consiguiente acceso a la prestación. Conviene recordar en este punto cómo, al ser consideradas como contingencias profesionales, las autónomas o bien las tienen cubiertas o bien han cotizado por ellas un 0,1% de la base elegida (art. 14.1 de la Orden TIN/25/2010).

Para que la autónoma tenga derecho a esta prestación, debe iniciar el procedimiento mediante la solicitud de un informe al facultativo del Servicio Público de Salud, que acredite la situación de embarazo y la fecha probable del parto. Posteriormente, la trabajadora solicitará la emisión de la certificación médica sobre la existencia de riesgo durante el embarazo ante la entidad gestora o colaboradora que corresponda, aportando (art. 47 RD 295/2009):

a) El informe del médico del Servicio Público de Salud.

b) Declaración de la trabajadora sobre la actividad desarrollada, así como sobre la inexistencia de un trabajo o función en tal actividad compatible con su estado que pueda ser llevada a cabo por la misma.

---

[199] MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: "La familia y la protección social como garantes de la conciliación", cit., pág. 612.
[200] NÚÑEZ–CORTÉS CONTRERAS, P. y GARRIGUEZ GIMÉNEZ, A.: "El permiso y la prestación por maternidad en la futura Ley de Igualdad", *AL*, núm. 2, 2007, pág. 170.
[201] NÚÑEZ–CORTÉS CONTRERAS, P. y GARRIGUEZ GIMÉNEZ, A.: "El permiso y la prestación por paternidad en la Ley Orgánica para la Igualdad", *RTSS (CEF)*, núm. 300, 2008, pág. 99.

Una vez certificado el riesgo, para el reconocimiento del subsidio, la trabajadora presentará la solicitud a la Dirección Provincial competente de la entidad gestora correspondiente de la provincia en que aquélla tenga su domicilio, o ante la Mutua. A la solicitud deberán acompañarse preceptivamente los documentos siguientes:

a) La certificación médica sobre la existencia de riesgo durante el embarazo en aquellos casos en los que no obre en poder de la entidad gestora o colaboradora.

b) Una declaración de situación de la actividad, salvo que se trate de trabajadoras integradas en el Sistema Especial de Trabajadores Agrarios por Cuenta Propia o autónomas económicamente dependientes.

c) Acreditación de la cotización con los recibos del abono de cuotas, cuando sean necesarios para determinar la cuantía de la prestación o el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas.

La prestación económica consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, ésta será equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, tomando como referencia la fecha en que se emita el certificado por los servicios médicos de la entidad gestora o colaboradora correspondiente, o, en su caso, equivalente a la establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes cuando la autónoma no hubiera incorporado la protección de las contingencias profesionales.

El derecho al subsidio nace el día siguiente a aquel en que se emite el certificado por los servicios médicos de la entidad gestora o colaboradora competente, si bien los efectos económicos se producirán, en cualquier caso, desde la fecha del cese efectivo en la actividad profesional correspondiente (art. 43 RD 295/2009).

Por último, la prestación por riesgo durante la lactancia natural, en el supuesto de las trabajadoras por cuenta propia, se considera situación protegida el periodo de interrupción de la actividad profesional durante la lactancia natural, cuando el desempeño de la misma pudiera influir negativamente en la salud de la mujer o en la del hijo y así se certifique por los servicios médicos de la Entidad Gestora o Mutua correspondiente (art. 49.1 RD 295/2009). Dicha prestación se concederá a la trabajadora en los términos, condiciones y con el procedimiento descrito *supra*.

5.- Muerte y supervivencia

De nuevo, la disposición adicional 8ª LGSS aplica, sin establecer ninguna diferenciación, la regulación prevista en el RG para las prestaciones por muerte y supervivencia al RETA.

Al aplicar con igual dimensión la viudedad (incluidas las parejas de hecho), la prestación temporal por viudedad, el reparto entre excónyuges supérstites, la orfandad o las prestaciones a favor de familiares o los requisitos impuestos con carácter general, dificulta su acceso en mayor medida a los autónomos. Por ejemplo, la nueva exigencia establecida por el art. 174.1 LGSS: “en los supuestos excepcionales en que el

fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes; tampoco se exigirá dicha duración cuando en la fecha de celebración del matrimonio se acreditara un período de convivencia con el causante, que sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años". Tal requisito, tendente a evitar la percepción "fraudulenta" de una pensión vitalicia de viudedad por la vía de contraer matrimonio con un enfermo, afecta con mayor intensidad, si cabe, al amplio colectivo de autónomos que no han cubierto las contingencias profesionales, pues el precepto verá sobredimensionada su aplicación al no distinguir el origen de la patología[202].

En ese caso, el cónyuge supérstite recibirá una prestación temporal de viudedad en cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años (art. 174.bis LGSS) en lugar de vitalicia, si hubiera, en su caso, cubierto las contingencias profesionales (como vía de fuga cabría la posibilidad de, conociendo la enfermedad con etiología profesional, optar por protegerlas antes del deceso).

6.- La desesperante espera por una reforma en la jubilación

En una prestación tan relevante para cualquier trabajador, la demanda más tradicional de este colectivo pasa por acceder a la jubilación antes de los 65 años[203] y, en la línea con la reforma pretendida en la cotización, aumentar su cuantía, en tanto, en agosto de 2010, hay 1.170.004 autónomos cobrando esta prestación con un importe medio de 604, 51 euros (frente a una media de 1.103,18 euros que perciben los trabajadores por cuenta ajena jubilados)[204].

El primer paso del *iter* reivindicativo lo constituye la Ley 35/2002, de 12 de julio, norma que modificó la disposición adicional 8ª LGSS, cuyo número cuatro dispone ahora que la jubilación parcial regulada en el art. 166 resultará también de aplicación "a los trabajadores por cuenta propia incluidos en los Regímenes Especiales de Trabajadores del Mar, Agrario y de Trabajadores Autónomos, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente".

Sucede, sin embargo, que el RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial así como la jubilación parcial, incluye exclusivamente en su ámbito de aplicación a los trabajadores con contrato de trabajo. La inacción del legislador reglamentario ha paralizado, pues, la vigencia de la figura de la jubilación parcial en el ámbito del RETA.

La futura transformación del Régimen ha de encarar, además, y entre otras cuestiones, la jubilación anticipada de los autónomos dentro del marco general de la

---

[202] ÁLVAREZ CUESTA, H.: "La Seguridad Social en el Estatuto del Trabajo Autónomo", cit., pág. 165.
[203] LÓPEZ GANDÍA, J.: "La reforma de la jubilación en la ley de medidas de Seguridad Social de 2007", *RDS*, núm. 38, 2007, págs. 214 y ss.
[204] Datos tomados de www.segsocial.es /Internet_1/Estadistica/Est/Pensiones_y_pensionistas/Pensiones_contributivas_en_vigor/Por_reg_menes 120954.

actual tendencia hacia la prolongación de la vida activa y hacerlo, al menos, en una doble dirección[205].

Por un lado, debe regular la jubilación parcial en un sentido acorde con la ordenación que se haga del trabajo autónomo a tiempo parcial: la posibilidad de que el autónomo mayor de sesenta y un años pueda compatibilizar una pensión parcial de jubilación con un trabajo a tiempo parcial, vinculado a razones de fomento de empleo, asalariado o por cuenta propia, no debe descartarse. En la misma línea, el Informe del Comité de Expertos sobre la prestación por cese de actividad valora positivamente que "al trabajador autónomo se le ofreciese, ante la alternativa de una jubilación total al alcanzar la edad ordinaria, la posibilidad de poder percibir inmediatamente antes la prestación económica por cese de actividad a tiempo parcial, compatibilizándola con la continuidad de su actividad económica o profesional; posibilidad que presenta una doble ventaja: por un lado, para el trabajador autónomo esta opción supondría una desvinculación menos traumática de la actividad profesional o económica a la que puede haberle dedicado una gran parte de su vida profesional, y, por otro lado, constituiría una medida de fomento del empleo por cuenta ajena que podría facilitar también, en su caso, la transferencia de conocimientos y de experiencia"[206].

Por su parte, la LETA nada especifica sobre la posibilidad de acceso a la jubilación parcial, pendiente de desarrollo reglamentario para los autónomos desde 2002 y a la vista de su pertinaz silencio, no parece que exista intención alguna, de momento, de llevarlo a cabo[207].

Por otro, en cuanto a la disminución de la frontera, la disposición adicional 8ª LGSS dispone cómo la reducción de la edad mínima de jubilación por razones de peligrosidad, penosidad, toxicidad o insalubridad, contemplada en el art. 161.2 LGSS, sea también aplicable a los trabajadores incluidos en el ámbito de imputación normativa del RETA[208].

A la hora de entrar a configurar esta prestación, y puestas sobre la mesa las justas demandas de los autónomos, la LETA se mueve entre dos fuerzas contrapuestas:

-- De un lado, dispone cómo "en atención a la naturaleza tóxica, peligrosa o penosa de la actividad ejercida, y en los términos que reglamentariamente se establezcan, los trabajadores autónomos afectados que reúnan las condiciones establecidas para causar derecho a la pensión de jubilación, con excepción de la relativa a la edad, podrán acceder a la jubilación anticipada, en los mismos supuestos y colectivos para los que esté establecido dicho derecho respecto de los trabajadores por cuenta ajena" (art. 26.4 Ley 20/2007).

El fallo (además del evidente consistente en la remisión a una futura regulación[209]) es que no son muchos los supuestos en el Régimen General que anticipan

---

[205] ÁLVAREZ CUESTA, H.: "La Seguridad Social en el Estatuto del Trabajo Autónomo", cit., pág. 166.
[206] AA.VV.: *Informe sobre el establecimiento de un sistema específico de protección por cese de actividad a favor de los trabajadores autónomos*, 2009, pág. 133.
[207] SUÁREZ CORUJO, B.: "Novedades en materia de Seguridad Social en el Estatuto del Trabajo Autónomo", cit., pág. 256.
[208] AA.VV.: *Un estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo*, cit., págs. 162-163.
[209] Aun cuando no falta quien defiende la aplicación sin desarrollo reglamentario a quien ya está perfectamente definido como el personal de vuelo de trabajos aéreos en virtud del RD 1559/1986,

la edad de jubilación en función de la actividad desarrollada[210]. Son tres las excepciones que caben dentro de esta previsión legal y que también tutelarían el trabajo por cuenta propia conforme a lo dispuesto en el RD 2366/1984, de 26 de diciembre, relativas a determinados grupos profesionales incluidos en el Estatuto del Minero, pero excluidos del Régimen Especial de la Minería del Carbón; en el RD 1559/1986, de 28 de junio, referidas a tripulantes y técnicos de vuelo de compañías de trabajos aéreos; y finalmente, las recogidas en el RD 2621/1986, de 14 de diciembre, referidas a los ferroviarios, artistas y profesionales taurinos.

También el legislador considera "comprendidos los trabajadores autónomos con discapacidad en las mismas condiciones que los trabajadores por cuenta ajena". Tal sucede con la edad mínima, la cual podrá ser reducida en el caso de personas con discapacidad igual o superior al 65% en los términos contenidos en el correspondiente desarrollo reglamentario acordado a propuesta del Ministro de Trabajo o también con un grado igual o superior al 45%, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en los que concurran evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas. El mandato fue cumplido por el RD 1851/2009, de 4 de diciembre, por el que se desarrolla el art. 161 bis LGSS en cuanto a la anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad en grado igual o superior al 45 por 100, enumerando dicha norma los requisitos a cumplir.

En cualquier caso, la aplicación de los correspondientes coeficientes reductores de la edad en ningún caso dará ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a la de 52 años (58 en el caso de las discapacidades previstas en el RD 1851/2009) ni ser tenidos en cuenta, a efectos de acreditar la exigida para acceder a la jubilación parcial, o a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada.

-- De otro, la LETA también encomienda a los poderes públicos la promoción de políticas que incentiven la continuidad en el ejercicio de la profesión, trabajo o actividad económica de los trabajadores por cuenta propia, una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación (art. 26.4), moviéndose en el contexto de fomentar la continuación de la actividad profesional más allá de la edad pensionable[211]. De nuevo, no existe una continuación reglamentaria que traslade esta posibilidad al RETA.**BONIFICACIÓN DE COTIZACIÓN A MAYORES DE 65 AÑOS??

7.- Cese de actividad o desempleo de los autónomos

Pese a todas las diferencias mencionadas entre el Régimen General y el RETA, y como ha sido puesto de relieve, la mayor separación entre ambos radicaba en la ausencia de prestación por desempleo para este colectivo. La finalización de un contrato civil o mercantil colocaba al autónomo, especialmente al dependiente, en una situación

---

SUÁREZ CORUJO, B.: "Novedades en materia de Seguridad Social en el Estatuto del Trabajo Autónomo", cit., pág. 255.

[210] VALVERDE ASENCIO, A.: "La protección social del trabajador autónomo", cit., pág. 291.

[211] VALVERDE ASENCIO, A.: "La protección social del trabajador autónomo", cit., pág. 291.

de paro forzoso no deseada, al igual que le ocurre al asalariado que ve concluir su contrato laboral[212], pero, en aquel caso, sin protección económica alguna.

La disposición final 6ª Ley 53/2002 preveía que "en el primer semestre del año 2003, el Gobierno emitiera informe relativo a la situación de los trabajadores autónomos que dependen económicamente de uno o varios empresarios, estudiando el establecimiento de un fondo de garantía en caso de cese por causas objetivas".

La disposición adicional 4ª LETA avanzó un paso más: "el Gobierno, siempre que estén garantizados los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera y ello responda a las necesidades y preferencias de los trabajadores autónomos, propondrá a las Cortes Generales la regulación de un sistema específico de protección por cese de actividad para los mismos, en función de sus características personales o de la naturaleza de la actividad ejercida. La articulación de la prestación por cese de actividad se realizará de tal forma que, en los supuestos en que deba aplicarse en edades cercanas a la legal de jubilación, su aplicación garantice, en combinación con las medidas de anticipación de la edad de jubilación en circunstancias concretas contempladas en la LGSS, que el nivel de protección dispensado sea el mismo, en supuestos equivalentes de carrera de cotización, esfuerzo contributivo y causalidad, que el de los trabajadores por cuenta ajena, sin que ello pueda implicar costes adicionales en el nivel no contributivo".

Por fin, se promulga la Ley 32/2010, de 5 de agosto (BOE de 6 de agosto), por la que se establece un sistema específico, ciertamente con un cierto paralelismo con la prestación contributiva por desempleo, de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, la cual entra en vigor a los tres meses de su publicación.

Esta norma crea una prestación para aquellos autónomos incluidos en el RETA (si bien deja pendiente de desarrollo reglamentario las condiciones y supuestos específicos por los que se rija el sistema de protección por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios) que, pudiendo y queriendo ejercer una actividad económica o profesional a título lucrativo, hubieren cesado totalmente en esa actividad que desempeñan de forma habitual, personal y directa (disposición adicional 8ª).

Pero, atendiendo a las peculiaridades de este Régimen, la protección sólo alcanza a aquéllos que tengan cubiertas las contingencias profesionales (art. 2 Ley 32/2010). Al igual que sucede con la protección de estas últimas, la voluntariedad en su cobertura está destinada a desaparecer e igualar en protección social verdaderamente a todos los trabajadores. Así, el legislador crea un "paquete único"[213] de superiores prestaciones, del que ya ha quedado fuera la incapacidad temporal, en lugar de facilitar que cada autónomo diseñe el suyo "a la carta".

La última de las condiciones conlleva una importante consecuencia: los autónomos económicamente dependientes siempre van a cotizar por esta contingencia junto con aquéllos que realicen actividades que hayan sido declaradas con mayor riesgo

[212] BARRERA CEREZAL, J.J.: "El Estatuto del Trabajador Autónomo: una necesidad y un compromiso", *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 52, 2005, pág. 16.
[213] PANIZO ROBLES, J.A.: "El sistema específico de la protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos (Comentarios la contenido de la Ley 32/2010, de 5 de agosto), cit., pág. 69.

de siniestralidad. No obstante, para este último colectivo, cuantos tengan asimismo cubierta la prestación por desempleo en otro Régimen en el que también se encuentren en alta, cotizando al menos por la base mínima del grupo de cotización correspondiente, computada por mes, en tanto se mantenga su situación de pluriactividad, no tendrán la obligación de incorporar la cobertura de la protección por cese de actividad, salvo que opten de modo voluntario por hacerlo (disposición adicional 9ª Ley 32/2010).

El contenido de la protección comprende la prestación económica por cese total, temporal o definitivo, de la actividad, no en cambio, por la parcial (en clara coherencia con la imposibilidad de cotizar a tiempo parcial en el RETA); el abono de la cotización del autónomo por contingencias comunes (a tales efectos, el órgano gestor se hará cargo de la cuota que corresponda durante la percepción de las prestaciones económicas por cese de actividad, a partir del mes inmediatamente siguiente al del hecho causante y la base de cotización durante ese período corresponde a la base reguladora de la prestación por cese de actividad, es decir, el promedio de las bases correspondientes a los 12 meses anteriores a la situación de cese[214]); y medidas de formación, orientación profesional y promoción de la actividad emprendedora (art. 5).

Para percibirla efectivamente, el trabajador por cuenta propia ha de cumplir los siguientes requisitos esenciales: estar en situación de afiliación y alta; haber optado por su cobertura y la de las contingencias profesionales; estar en situación legal de cese de actividad; tener capacidad para seguir desempeñándola; no haber cumplido la edad ordinaria de jubilación; cotizar el mínimo establecido (doce meses continuados e inmediatamente anteriores a dicha situación); hallarse al corriente en el pago de cuotas en la fecha de cese (si bien de tener el período mínimo de carencia, el órgano gestor invitará al trabajador autónomo a que, en el plazo improrrogable de treinta días naturales, ingrese las cuotas debidas); y, en fin, si el autónomo tiene uno o más trabajadores a su cargo habrá de respetar las garantías, obligaciones y procedimientos regulados en la legislación laboral.

La comparación arroja grandes similitudes con los exigidos en el General y dos peculiaridades propias de este Régimen: hallarse al corriente en el pago de las cuotas y respetar la normativa laboral respecto a sus empleados; ambas plenamente coherentes con los objetivos y finalidades de éste.

Una de las cuestiones más delicadas y que ha dificultado durante largo tiempo su nacimiento es precisamente la acreditación de la situación de inactividad por circunstancias ajenas a la voluntad del autónomo. La libertad de gestión de su actividad económica, que constitucionalmente tienen garantizada, influye en la marcha del negocio o industria, pudiendo al límite instalar a uno, al negocio, o a otra, a la industria, en un estado crítico, de inviabilidad económica, determinante del propio cese. En este contexto, la mayor flexibilidad apreciable de manera implícita en el juego de la exigencia de la involuntariedad en el cese debe ser compensada con una mayor rigidez en el tratamiento normativo de la objetivación[215]; sin perjuicio de que en el campo de

[214] "Con esta cautela se pretenden evitar las consecuencias de la falta de actualización de la base de cotización durante la prestación por cese de actividad", PANIZO ROBLES, J.A.: "El sistema específico de la protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos (Comentarios la contenido de la Ley 32/2010, de 5 de agosto), cit., pág. 71, nota a pie 27.

[215] AA.VV.: *Informe sobre el establecimiento de un sistema específico de protección por cese de actividad a favor de los trabajadores autónomos*, 2009, pág. 35.

los TRADE pueda resultar un poco más sencilla[216], de ahí la diferenciación efectuada por la ley.

Según el art. 5 Ley 32/2010, se encontrarán en situación legal todos aquellos autónomos que cesen en el ejercicio de su actividad por alguna de las causas siguientes:

1.- Por la concurrencia de motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos determinantes de la inviabilidad de proseguir la actividad económica o profesional (en caso de establecimiento abierto al público, se exigirá el cierre del mismo durante la percepción de la prestación). En todo caso, se entenderá que existen estos motivos cuando concurra alguna de las situaciones siguientes:

a.- Pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, en un año completo, superiores al 30% de los ingresos, o superiores al 20% en dos años consecutivos y completos, sin que en ningún caso el primer año de inicio de la actividad compute a estos efectos.

b.- Ejecuciones judiciales tendentes al cobro de deudas reconocidas por los órganos judiciales que comporten, al menos, el 40% de los ingresos de la actividad del trabajador autónomo correspondientes al ejercicio económico inmediatamente anterior.

c.- Declaración judicial de concurso que impida continuar con la actividad.

Esta causa se acredita mediante una declaración jurada del solicitante, a la que habrán de acompañarse, en función del motivo alegado, los oportunos documentos de carácter contable, profesional, fiscal, administrativo o judicial, en los que se hará constar la fecha de producción de los referidos motivos (con las consabidas dificultades para cuantos tributen por módulos a la hora de probar dicha situación)[217].

Sorprende la férrea fijación de los umbrales --en las letras a) y b)-- de las "anfibológicas"[218] causas para los autónomos, cuando, utilizadas en su posición de empresario para extinguir contratos, quedan subsumidas en la indeterminación de su concepto jurídico[219], ahora modificado por la Ley 35/2010, el cual acarrea un mayor margen de valoración discrecional, abre mayores espacios para la libre apreciación y refuerza la posición del titular del capital[220].

2.- Por fuerza mayor, determinante del cese o de la interrupción de la actividad económica o profesional, acreditada mediante declaración expedida por autoridad competente en la que se ubique territorialmente el negocio o la industria afectado por el acontecimiento causante a la que se acompañará declaración jurada del solicitante del

---

[216] LANDABURU CARRACEDO, M.J.: "Presente y futuro de los trabajadores autónomos a partir del contenido de la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo", *REVESCO*, núm. 96, 2008, pág. 81.
[217] PURCALLA BONILLA, M.A.: "Trabajo autónomo y prestación por cese de actividad: la reforma anunciada sobre el 'desempleo' de los trabajadores autónomos", *RTSS (CEF)*, núm. 312, 2009, pág. 119.
[218] MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español*, Pamplona (Aranzadi), 1997, pág. 27.
[219] Al respecto, ÁLVAREZ CUESTA, H.: "El concepto de despido colectivo", en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Dir.): *Los expedientes de regulación de empleo*, Madrid (Thomson-Civitas), 2009, págs. 21 y ss.
[220] MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español*, cit., pág. 31.

cese o de la interrupción de la mencionada actividad con la fecha de la producción de la fuerza mayor.

3.- Por pérdida de la licencia administrativa, siempre que la misma constituya un requisito para el ejercicio de la actividad económica o profesional y no venga motivada por incumplimientos contractuales o por la comisión de faltas administrativas o delitos imputables al solicitante, acreditada mediante la resolución.

4.- Por decisión de la trabajadora autónoma que se vea obligada a cesar o interrumpir su actividad como consecuencia de ser víctima de violencia de género, acreditada por la declaración escrita de la solicitante de haber cesado o interrumpido su actividad económica o profesional, a la que se adjuntará la orden de protección o, en su defecto, el informe del Ministerio Fiscal.

5.- Por divorcio o acuerdo de separación matrimonial, justificada mediante la correspondiente resolución judicial, en los supuestos en que el autónomo divorciado o separado ejerciera funciones de ayuda familiar en el negocio de su excónyuge o de la persona de la que se ha separado, en función de las cuales estaba incluido en el correspondiente Régimen de Seguridad Social, y que dejan de ejercerse a causa de la ruptura o separación matrimoniales.

La norma opta por regular también aquellas causas que permiten acceder a esta prestación para grupos específicos de autónomos, como los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado (disposición adicional 6ª), autónomos que ejercen su actividad profesional conjuntamente (disposición adicional 7ª) y, en fin, cuando se trata de autónomos económicamente dependientes, además de las causas anteriores explicitadas procede añadir las siguientes (art. 5.2 Ley 32/2010):

1.- Por la terminación de la duración convenida en el contrato o conclusión de la obra o servicio, acreditada mediante la comunicación ante el registro correspondiente del Servicio Público de Empleo y documentación que así lo justifique.

Pese a las dudas iniciales nacidas de la enorme porosidad o la corta resistencia que ofrece esta causa extintiva a eventuales mecanismos engañosos, entre el autónomo y el cliente, por encadenar contratos con reducidas interrupciones, destinadas a lograr una ayuda económica para financiar diversas finalidades, buena parte de las cuales puede incluso ser legítima (formativas, mantenimiento de la maquinaria o atención a la clientela no trabada por el cliente principal, por citar algunos ejemplos significativos)[221], el legislador decidió incluirla pero estableciendo un período de espera para una nueva contratación. Los trabajadores autónomos económicamente dependientes que, tras cesar en su relación con el cliente y percibir la prestación por cese de actividad, vuelvan a contratar con el mismo en un plazo de un año, a contar desde el momento en que se extinguió la prestación, deberán reintegrar la prestación percibida (art. 5.3).

2.- Por incumplimiento contractual grave del cliente, debidamente acreditado mediante comunicación por escrito del mismo en la que conste la fecha a partir de la cual tuvo lugar el cese de la actividad, mediante el acta resultante de la conciliación previa, o mediante resolución judicial.

[221] AA.VV.: *Informe sobre el establecimiento de un sistema específico de protección por cese de actividad a favor de los trabajadores autónomos*, 2009, pág. 37.

3.- Por rescisión de la relación contractual adoptada por causa justificada por el cliente, acreditada a través de comunicación escrita expedida por éste en un plazo de diez días desde su concurrencia, en la que deberá hacerse constar el motivo alegado y la fecha a partir de la cual se produce el cese de la actividad del trabajador autónomo. En el caso de no producirse la comunicación por escrito, éste podrá solicitar al cliente que cumpla con dicho requisito, y si transcurridos diez días desde la solicitud el cliente no responde, el económicamente dependiente podrá acudir al órgano gestor informando de dicha situación, aportando copia de la solicitud realizada al cliente y solicitando le sea reconocido el derecho a la protección por cese de actividad.

4.- Por rescisión de la relación contractual adoptada por causa injustificada por el cliente, acreditada mediante comunicación expedida por el mismo en un plazo de diez días desde su concurrencia, en la que deberá hacerse constar la indemnización abonada y la fecha a partir de la cual tuvo lugar el cese de la actividad, mediante el acta resultante de la conciliación previa o resolución judicial, con independencia de que la misma fuese recurrida por el cliente. En el caso de no producirse la comunicación por escrito, el trabajador autónomo podrá solicitar al cliente que cumpla con dicho requisito y si transcurridos diez días desde la solicitud el cliente no responde, el trabajador autónomo económicamente dependiente podrá acudir al órgano gestor informando de dicha situación, aportando copia de la solicitud realizada al cliente y solicitando le sea reconocido el derecho a la protección por cese de actividad, tal y como sucede en el supuesto anterior.

5.- Por muerte, incapacidad o jubilación del cliente, siempre que impida la continuación de la actividad, acreditada mediante certificación del Registro Civil o de la entidad gestora.

El autónomo podrá solicitarla hasta el último día del mes siguiente al que se produjo el cese de actividad (más adecuado a los trámites a efectuar para finalizar la producción por cuenta propia), salvo supuestos de cese de actividad causado por motivos económicos, técnicos, organizativos o de producción, por fuerza mayor, por violencia de género, por voluntad del cliente fundada en causa justificada y por muerte, incapacidad o jubilación del cliente, en cuyo caso el plazo comienza a computarse a partir de la fecha que se haya hecho constar en los correspondientes documentos que acrediten la concurrencia de tales situaciones y como en el General, si incumple dicho plazo, verá descontados de su percepción los días que transcurran más allá. La prestación, una vez solicitada a la Mutua, nacerá a partir del primer día del segundo mes siguiente a aquel en que se produjo el hecho causante del cese (art. 7). Este período de espera obedece a evitar la utilización de esta medida para cubrir, por ejemplo, periodos vacacionales o transitorios de inactividad inferiores al mes[222].

Conviene destacar también cómo cuando el trabajador autónomo económicamente dependiente haya finalizado su relación con el cliente principal, para tener derecho al disfrute de la prestación no podrá tener actividad con otros clientes a partir del día en que inicie el cobro de la prestación, cercenando así cualquier intento por seguir con su empresa y conseguir más clientes; deberá finalizar relaciones comerciales con todos.

---

[222] AA.VV.: *Informe sobre el establecimiento de un sistema específico de protección por cese de actividad a favor de los trabajadores autónomos*, 2009, pág. 62.

Como en el desempleo, la duración de esta prestación está en función de los períodos de cotización, como mínimo doce meses ininterrumpidos y anteriores al cese y como máximo 48 meses dentro de los últimos 48, pero mientras la cotización se endurece la duración de la prestación se recorta a la mitad. De igual modo, los meses computados para acceder a una prestación no pueden utilizarse para el reconocimiento de un derecho posterior (art. 8):

Período de cotización	Período de protección
–	–
Meses	Meses
De doce a diecisiete	2
De dieciocho a veintitrés	3
De veinticuatro a veintinueve	4
De treinta a treinta y cinco	5
De treinta y seis a cuarenta y dos	6
De cuarenta y tres a cuarenta y siete	8
De cuarenta y ocho en adelante	12

Como singularidad, la duración se amplía para aquellos autónomos entre 60 años y la edad en que pueda causar derecho a la jubilación (disposición adicional 1ª Ley 32/2010), aun cuando falta una previsión semejante a la prevista en la prestación no contributiva por desempleo para mayores de 52 años:

Período de cotización	Período de protección
–	–
Meses	Meses
De doce a diecisiete	2
De dieciocho a veintitrés	4
De veinticuatro a veintinueve	6
De treinta a treinta y cinco	8
De treinta y seis a cuarenta y dos	10
De cuarenta y tres en adelante	12

La razón esgrimida para establecer el tope es de carácter económico: la prestación, independientemente de las condiciones que se fijen para determinar el final de la actividad por causas no voluntarias, debe ser más limitada en cuantía y tiempo que la prestación por desempleo, de forma que pueda ser financiada con un tipo de cotización más bajo, adecuadamente absorbible por el trabajador autónomo y de evitar la utilización fraudulenta de la medida[223].

El legislador vuelve a endurecer el acceso a esta prestación aumentando el período de espera (a través de la Ley 35/2010). El autónomo al que se le hubiere reconocido y hubiere disfrutado el derecho a la prestación económica por cese de actividad podrá volver a solicitar un nuevo reconocimiento siempre que concurran los

[223] AA.VV.: *Informe sobre el establecimiento de un sistema específico de protección por cese de actividad a favor de los trabajadores autónomos*, cit., pág. 61.

requisitos legales y hubieren transcurrido doce meses desde la extinción del derecho anterior.

La base reguladora a tener en cuenta para el cálculo de los derechos y cuantía de la prestación es la correspondiente a la media de los últimos 12 meses y durante todo su período de disfrute, a la cual se aplica el tipo del 70 por ciento. Su cuantía máxima será del 175% del IPREM, salvo cuando el trabajador autónomo tenga uno o más hijos a su cargo; en tal caso, la cuantía será, respectivamente, del 200% o del 225% de dicho indicador y la mínima del 107% o del 80%, según el trabajador autónomo tenga hijos a su cargo, o no (art. 9).

Las causas de suspensión y extinción son similares a las previstas para el desempleo, salvo que se reduce el período de suspensión por realización de un trabajo por cuenta propia hasta un máximo de 12 meses (sin que la suspensión afecte al período de su percepción) y se extinguirá cuando se realice un trabajo por cuenta ajena o propia durante 12 meses o más siempre y cuando se genere derecho a la prestación por cese de actividad. En tal caso, podrá optar entre recuperar la anterior o la nueva, en iguales términos que la elección prevista para el desempleo (art. 11.2). Falta, empero, la posibilidad de optar por el desempleo o por el cese de actividad en cada caso, con el fin de incentivar la actividad de los desempleados.

Las incompatibilidades previstas por la Ley 32/2010 son idénticas a las establecidas para el General. Así, la percepción de esta prestación es incompatible con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en el RETA (exceptuando los trabajos agrarios sin finalidad comercial en las superficies dedicadas a huertos familiares para el autoconsumo, así como los dirigidos al mantenimiento en buenas condiciones agrarias y medioambientales previsto en la normativa de la Unión Europa para las tierras agrarias), y con la obtención de pensiones o prestaciones de carácter económico del Sistema de la Seguridad Social, salvo que éstas hubieran sido compatibles con el trabajo que dio lugar a la prestación por cese de actividad, así como con las medidas de fomento del cese de actividad reguladas por normativa sectorial para diferentes colectivos (art. 12). De igual modo, el art. 13 Ley 32/2010 sigue fielmente lo dispuesto en el art. 222 LGSS respecto a la compatibilidad entre el desempleo (en este caso cese de actividad), maternidad e incapacidad temporal.

La financiación de esta nueva prestación, tanto tiempo demandada, recae exclusivamente sobre los hombros de los autónomos, ya de por sí sometidos a demasiados esfuerzos contributivos[224]. El tipo de cotización (aplicable sobre la base de cotización elegida) es del 2,2% y del 1% para las medidas de formación, orientación profesional y promoción de la actividad emprendedora de los beneficiarios de la protección por cese de actividad (art. 14). A la par, el legislador trata de atenuar el "denuedo" y quienes coticen por tales conceptos tendrán una reducción de 0,5 puntos porcentuales en la cotización por la cobertura de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes (disposición adicional 2ª Ley 32/2010).

Su recaudación, como no podía ser de otro modo, corresponde a la Tesorería General; sin embargo, la gestión de las funciones y servicios derivados de la prestación económica, su reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación, así como su pago

[224] MONTOYA MELGAR, A. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Estatuto del trabajo autónomo*, cit., pág. 229.

corresponde a la Mutua con la que el trabajador autónomo tenga concertada la cobertura de las contingencias profesionales (art. 16). Esta atribución de la gestión es el resultado consciente de descartar la implantación del modelo de la prestación por desempleo, una vez analizados durante la tramitación de la norma sus pros y contras[225], orillando, al cabo, elegir como gestor al Servicio Público de Empleo[226].

No existe la obligación de suscribir un compromiso de promoción de la actividad emprendedora (o de actividad), sin embargo, sí están obligados a comparecer a requerimiento del órgano gestor y estar a disposición del Servicio Público de Empleo de la correspondiente Comunidad Autónoma a fin de realizar las actividades formativas, de orientación profesional y de promoción de la actividad emprendedora a las que se les convoque y a participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, que se determinen por el órgano gestor o el Servicio Público de Empleo de la correspondiente Comunidad Autónoma.

Queda pendiente la creación para los autónomos de prestaciones no contributivas por cese de actividad en supuestos parecidos o idénticos a las prestaciones asistenciales por desempleo, en especial por cargas familiares y por edad. Sin embargo, la disposición adicional 13ª Ley 32/2010 establece una no contributiva (pendiente de desarrollo reglamentario para su puesta en marcha) para quienes hayan cesado su actividad profesional a partir de 1 de enero de 2009 y no reciban ninguna otra ayuda o prestación pública con el objetivo de dar un soporte económico mientras siguen un itinerario de orientación y formación para mejorar su ocupabilidad, la cual consiste en un cobro mensual de 425 euros durante un máximo de seis meses vinculada al compromiso de la búsqueda activa de ocupación por parte del beneficiario y a la realización de un mínimo de 180 horas de formación, siempre y cuando hayan cotizado en este Régimen tres de los últimos cinco años y la media de ingresos familiares por persona no supere el 75% del salario mínimo interprofesional.

La mencionada prestación fue de corto recorrido, la Ley 35/2010 derogó dicha disposición y volvió a dejarles huérfanos de una prestación no contributiva adecuada a sus necesidades.

VII.- Bibliografía

AA.VV.: *Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social*, Madrid (MTAS), 2001.

AA.VV.: *Factbook Seguridad Social*, Madrid (Thomson/Sagardoy), 2008.

AA.VV.: *Memento Social 2008*, Madrid (Francis Lefebvre), 2008.

[225] "La finalidad de este intercambio es sortear las notables dificultades técnicas, además de los altos costes organizativos y, por tanto, económicos, que comporta la organización de un servicio de empleo para los trabajadores autónomos", AA.VV.: *Informe sobre el establecimiento de un sistema específico de protección por cese de actividad a favor de los trabajadores autónomos*, cit., pág. 125.

[226] PURCALLA BONILLA, M.A.: "Trabajo autónomo y prestación por cese de actividad: la reforma anunciada sobre el 'desempleo' de los trabajadores autónomos", cit., pág. 140.

AA.VV.: *Un estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo*, http://www.tt.mtas.es/periodico/laboral/200510/est_autonomo.pdf.

AA.VV.: *Informe sobre el establecimiento de un sistema específico de protección por cese de actividad a favor de los trabajadores autónomos*, 2009.

AGUSTÍ JULIÁ, J.: "Protección social de los trabajadores autónomos", en AA.VV.: *Análisis y comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Madrid (Cinca), 2008.

ALMANSA PASTOR, J. M.: *Derecho de la Seguridad Social*, 7ª ed., Madrid (Tecnos), 1991.

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, 17ª ed., Madrid (Civitas), 2000.

ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: "Las modificaciones operadas por la Ley de Igualdad en el campo de la Seguridad Social", *RL*, núm. 19, 2007.

ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Las grietas en la protección de la maternidad y la paternidad en el Régimen de Trabajadores Autónomos", en AA.VV.: *La Seguridad Social en el siglo XXI. V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia (Laborum), 2008.

--"El concepto de despido colectivo", en AA.VV. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Dir.): *Los expedientes de regulación de empleo*, Madrid (Thomson-Civitas), 2009.

--"La Seguridad Social en el Estatuto del Trabajo Autónomo"; en FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ y ÁLVAREZ CUESTA, H.: *Régimen profesional, derechos colectivos y Seguridad Social del trabajador autónomo tras la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajador Autónomo*, León (Eolas), 2009.

--"Uniones de hecho y su incidencia en la Seguridad Social", *AL*, núm. 19, 2009.

--"El ejercicio de la paternidad biológica en solitario y la titularidad compartida de la maternidad", *Aranzadi Social*, núm. 6, 2010.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: "El régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente", en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J. y VALDÉS DAL-RÉ, F. Dirs.): *El Estatuto del trabajo autónomo*, Madrid (La Ley), 2008.

BARRERA CEREZAL, J.J.: "El Estatuto del Trabajador Autónomo: una necesidad y un compromiso", *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 52, 2005.

BARRIOS BAUDOR, G.L. y APILLUELO MARTÍN, M.: *Introducción al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2007.

BALLESTER PASTOR, I.: "Régimen Especial de trabajadores autónomos", en AA.VV. (GARCÍA NINET, J.I., Dir.).: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Valencia (CISS), 1998.

--"Art. 26", en AA.VV. (GARCÍA NINET, J.I., Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto del trabajo autónomo*, Valencia (CISS), 2007.

BARCELÓN COBEDO, S. y QUINTERO LIMA, M.G.: "El impacto de la Ley de Igualdad en el marco de la normativa de Seguridad Social", *TL*, núm. 91, 2007.

BLANCO RODRÍGUEZ, J.E.: "La Seguridad Social de los trabajadores independientes en España", *RPS*, núm. 35, 1963.

BLASCO LAHOZ, J.F.: *El Régimen Especial de trabajadores autónomos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1995.

--; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, Mª.A.: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social (y prestaciones complementarias)*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2007.

CASTRO ARGÜELLES, M.A.: "Puntualizaciones sobre Seguridad Social de los autónomos económicamente dependientes", *AL*, núm. 8, 2009.

CAVAS MARTÍNEZ, F. y CÁMARA BOTÍA, A.: "La acción protectora del régimen especial de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos", *AS*, núm. 22, 2005.

CAVAS MARTÍNEZ, F.; RODRÍGUEZ INIESTA, G. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "La protección social de los trabajadores autónomos", en AA.VV. (BARRIOS BAUDOR, G.L., Dir.): *Tratado del trabajo autónomo*, Pamplona (Aranzadi), 2009.

CEA AYALA, A. y SUÑER RUANO, E.: *El Régimen Especial de trabajadores autónomos de la Seguridad Social*, Madrid (CEF), 1995.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "La protección social de los abogados, ¿RETA o Mutualidad del Colegio Profesional?", *RTSS(CEF)*, núm. 267, 2005.

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "El rumbo del RETA a partir del Estatuto del Trabajo Autónomo", *AS*, núm. 5, 2007.

FERRERAS ALONSO, F.: "Desigualdades de la protección social de los diferentes grupos de población protegidos por la Seguridad Social: sus causas y remedios. Incidencias de la 'Ley de Pensiones' del 85", *REDT*, núm. 25, 1986.

GALA DURÁN, C.: "Comentario del Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo: aspectos de protección social", *Iuslabor*, núm. 1, 2006.

GARCÍA ROMERO, B.: "La reforma de la Incapacidad Permanente", en AA.VV. (FERRANDO GARCÍA, F., Coord.): *La reforma de la Seguridad Social (El Acuerdo de 13 de julio de 2006 y su ulterior desarrollo normativo*, Albacete (Bomarzo), 2007.

GARRIGUES GIMÉNEZ, A. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: "La prestación por maternidad", y "La prestación por paternidad", ambos en AA.VV. (GARCÍA NINET, J.I., Dir.): *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Valencia (CISS), 2007.

GOERLICH PESET, J.M.; PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: *Trabajo autónomo: nueva regulación*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2007.

GÓMEZ CABALLERO, P.: *Los trabajadores autónomos y la Seguridad Social: campo de aplicación y acción protectora del "RETA"*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2000.

GONZALO GONZÁLEZ, B.: "Acerca del "Régimen General" de Seguridad Social de los trabajadores independientes o autónomos (Comentarios al Real Decreto 497/1986, de 10 de febrero)", *RTSS*, núm. 9, 1993.

JIMÉNEZ FÉRNANDEZ, A., *et alii*: *La protección de la Seguridad Social por incapacidad permanente*, Madrid (Escuela Libre), 1999.

LANDABURU CARRACEDO, M.J.: "Presente y futuro de los trabajadores autónomos a partir del contenido de la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo", *REVESCO*, núm. 96, 2008.

LÓPEZ ANIORTE, Mª.C.: "Los profesionales colegiados y la Seguridad Social. El lento y complejo camino hacia su completa integración en el sistema", *RL*, núm. 21, 1997.

LÓPEZ GANDÍA, J.: "La reforma de la jubilación en la ley de medidas de Seguridad Social de 2007", *RDS*, núm. 38, 2007.

MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: "La familia y la protección social como garantes de la conciliación", en AA.VV.: *La conciliación de la vida personal, laboral y familiar en Castilla y León*, Valladolid (Consejo Económico y Social de Castilla y León), 2008.

MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español*, Pamplona (Aranzadi), 1997.

MONTOYA MELGAR, A. y MARTÍN JIMÉNEZ, R.: *Estatuto del trabajo autónomo*, Madrid (Thomson/Civitas), 2007.

NÚÑEZ–CORTÉS CONTRERAS, P. y GARRIGUEZ GIMÉNEZ, A.: "El permiso y la prestación por maternidad en la futura Ley de Igualdad", *AL*, núm. 2, 2007.

--"El permiso y la prestación por paternidad en la Ley Orgánica para la Igualdad", *RTSS (CEF)*, núm. 300, 2008.

PANIZO ROBLES, J.A.: "El encuadramiento de los profesionales colegiados en la Seguridad Social: el mantenimiento de una situación particular", *RTSS (CEF)*, núm. 190, 1999.

--"El sistema específico de la protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos (Comentarios al contenido de la Ley 32/2010, de 5 de agosto)", *RTSS(CEF)*, núms. 329-330, 2010.

PÉREZ ALONSO, M.A.: "Las novedades en el Régimen General de la Seguridad Social tras la Ley Orgánica 3/2007", *AS*, núm. 3, 2007.

PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos. (La cobertura del RETA)*, Madrid (Civitas), 1995.

PURCALLA BONILLA, M.A.: “Trabajo autónomo y prestación por cese de actividad: la reforma anunciada sobre el ‘desempleo’ de los trabajadores autónomos”, *RTSS (CEF)*, núm. 312, 2009.

QUIRÓS HIDALGO, J.G.: FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: “La reforma de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 16, 2008.

RODRÍGUEZ INIESTA, G. y LASAOSA IRIGOYEN, E.: “Disposición adicional 18ª”, en AA.VV. (SÁNCHEZ-TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs.): *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2006.

ROQUETA BUJ, R.: *La incapacidad permanente*, Madrid (CES), 2000.

-- y BLASCO PELLICER, A.: “Las modificaciones de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en materia de Seguridad Social”, en AA.VV. (SALA FRANCO, T. *et alii*, Coords.): *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Madrid (La Ley), 2008.

RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M.: *Sistema de Seguridad Social*, Madrid (Tecnos), 2000.

SELMA PENALVA, A.: “El trabajador autónomo económicamente dependiente”, en AA.VV. (LUJÁN ALCARAZ, J., Dir.): *El Estatuto del Trabajo Autónomo. Análisis de la Ley 20/2007, de 11 de julio*, Murcia (Laborum), 2007.

SUÁREZ CORUJO, B.: “Novedades en materia de Seguridad Social en el Estatuto del Trabajo Autónomo”, *TL*, núm. 94, 2008.

TÁRRAGA POVEDA, J.: *La protección social del trabajador autónomo*, Albacete (Bomarzo), 2004.

VALVERDE ASENCIO, A.: “La protección social del trabajador autónomo”, en AA.VV. (DEL REY GUANTER, S., Dir.): *Comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Valladolid (Lex Nova), 2007.

CAPÍTULO III.- REFLEXIONES SOBRE EL MUTUALISMO ADMINISTRATIVO EN UN CONTEXTO DE SIMPLIFICACIÓN DE LOS REGÍMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Susana Rodríguez Escanciano
TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Acreditada por la ANECA para el acceso al Cuerpo de Catedráticos de Universidad
Universidad de León

SUMARIO: I.- Consideraciones sobre la pluralidad de regímenes de Seguridad Social. Particular referencia a la protección social de los funcionarios. II.- Justificación histórica. III.- El Mutualismo como sistema complementario de tutela. IV.- Dispersión normativa. V.- Diversidad subjetiva crónica. 1.- Funcionarios civiles del Estado. 2.- Fuerzas Armadas. 3.- Administración de Justicia. VI.- Estructura y gestión. 1.- Organización administrativa. 2.- Actos de encuadramiento. 3.- Cotización. VII.- Contingencias protegidas. 1.- Ausencia de protección por desempleo. 2.- Asistencia sanitaria. 3.- Prestación farmacéutica. 4.- Incapacidad temporal para el servicio. 5.- Incapacidad permanente. 6.- Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural. 6.1.- Maternidad y paternidad. 6.2.- Riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural. 7.- Auxilio por defunción y ayuda al sepelio. 8.- Prestaciones "singulares". VIII.- Orden jurisdiccional competente. IX.- Bibliografía.

I.- Consideraciones sobre la pluralidad de Regímenes de Seguridad Social. Particular referencia a la protección social de los funcionarios

"Frente al modelo ideal y abstracto de una Seguridad Social para todos, e igual para todos, característico de la concepción ideal del seguro total, la evolución real de nuestro Sistema de protección social ha discurrido por otros caminos más complejos y menos igualitaristas"[227]. La estructura del Sistema público de Seguridad Social sigue girando en torno a la existencia de un Régimen General (trabajadores por cuenta ajena) y diferentes Regímenes Especiales (trabajadores autónomos, agrarios, del mar, empleados de hogar, minería del carbón, estudiantes y –por lo que aquí interesa-- funcionarios). Esta pluralidad de regímenes, "excesivamente fragmentada, inadaptada a la realidad socio-económica actual, confusa y de complicada gestión", opera, en la práctica, como una modalidad asistencial esencialmente desigual, pues una misma situación protegida dispone de atención diferenciada, en extensión o intensidad, según cual sea el grupo profesional al que el necesitado pertenezca[228]. Irrenunciables imperativos de certeza y coherencia, así como de paridad, han provocado reacciones --cada vez más frecuentes-- en favor de una racionalización y mejor organización estructural del Sistema de Seguridad Social que, lejos de permanecer en meros argumentos doctrinales, abogan por la implicación necesaria de partidos políticos, interlocutores sociales y grupos afectados[229].

[227] MONTOYA MELGAR, A.: "La fragmentación de la Seguridad Social y sus razones", *RPS*, núm. 98, 1973, pág. 23.
[228] DESDENTADO BONETE, A.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, B. y GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E.: *La reforma de las pensiones de la Seguridad Social*, Madrid (Civitas), 1986, págs. 147 y ss.
[229] FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: "De las oportunidades perdidas en Seguridad Social por la ambigüedad y las urgencias políticas (a propósito del Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social)", *REDT*, núm. 81, 1997, pág. 27.

La simplificación de los Regímenes sigue siendo, pues, una "constante aspiración" y una "permanente demanda" recogida con asiduidad no sólo en todos los análisis, sino también en los programas parlamentarios, sociales o concertados, y legislativos[230], sugiriéndose a medio plazo la implantación de una nueva y distinta arquitectura mediante la reordenación en dos: el general y el de autónomos, cuyos respectivos ámbitos de cobertura habrían de recoger las oportunas particularidades de los colectivos a ellos incorporados a fin de encontrar acomodo en la realidad social[231].

Tal pretensión, cargada de buenas intenciones, topa de inmediato con una primera y principal dificultad particularmente manifiesta en el marco del presente estudio: en el régimen jurídico de protección social aplicable a los funcionarios públicos anida –parafraseando una solvente opinión doctrinal-- "la mayor desigualdad, la insolidaridad máxima y la disgregación normativa y operativa más graves", capaces de contribuir "al peor síntoma de descomposición del pretendido sistema unificado"[232].

II.- Justificación histórica

Retrotrayendo la mirada años atrás, no cabe pasar por alto cómo el diseño inicial de los Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos vino a constituir una expresión más de la denominada "situación de privilegio de éstos en relación con el trabajador privado"[233]. Al igual que otros ejemplos comparados, la Administración Pública española fue precoz en la creación de sistemas de protección social de los empleados públicos en un momento en que la Seguridad Social no existía; haciendo referencia directa a los riesgos que amenazan la normalidad del ingreso procedente del trabajo, aquéllos disfrutaron mucho antes que nadie de una serie de derechos muy estimables: permisos de enfermedad con todo o parte del sueldo, descanso retribuido por maternidad, jubilación anticipada (de nuevo con la integridad de sus retribuciones), pensión extraordinaria en caso de fallecimiento cuando la invalidez o la muerte sobrevenían en acto de servicio, utilización gratuita (para las fuerzas armadas y otros sectores burocráticos) de servicios médicos y farmacéuticos, y, sobre todo, pensiones de retiro o jubilación y de viudedad y orfandad[234]. No puede parecer extraño, por tanto, que la situación de los funcionarios haya sido durante largo tiempo el prototipo o modelo al que tendían en sus luchas o en sus estudios las organizaciones obreras y los reformadores sociales, al punto de poder afirmar que casi todas las medidas concretas de Seguridad Social aparecen en la normativa de funcionarios cincuenta o más años antes que en la legislación general del trabajo[235]. No obstante lo anterior, esta situación se invirtió *a posteriori* con la aparición de la Seguridad Social laboral, cuyos mecanismos de cobertura superaron con creces al sistema funcionarial[236]; es más, al examinar en el momento actual

[230] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Las necesaria reestructuración y simplificación de los regímenes especiales. Nuevas perspectivas tras la firma del Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del sistema de protección social", *TS*, núm. 131, 2001, pág. 38.

[231] VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Estructura del sistema de Seguridad Social y protección de los trabajadores autónomos", *RL*, núm. 17, 1995, pág. 4.

[232] GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Tipología, estructura y caracteres de la protección social de los funcionarios públicos en España*, Madrid (Marcial Pons), 1995, pág. 35.

[233] JORDANA DE POZAS, L.: "La Seguridad Social de los funcionarios públicos en España", *CPS*, núm. 12, 1951, págs. 17-18 ó GARCÍA PASCUAL, P.: "La permanencia y la Seguridad Social del personal de la Administración Pública", *DA*, núm. 30, 1960, pág. 25.

[234] CARRASCO BELINCHÓN, J.: "El Estatuto de clases pasivas y la Seguridad Social del funcionario público", *DA*, núm. 12, 1958, pág. 28.

[235] DE LA VILLA GIL, L.E.: "La previsión social mutualista de los funcionarios públicos del Estado", *RAP*, núm. 40,1963, págs. 121 y ss.

[236] Llegándose a denominar este fenómeno "funcionarización del trabajador y proletarización del

la situación respectiva de los funcionarios públicos y de los trabajadores por cuenta ajena desde el punto de vista de la protección social llama extraordinariamente la atención que ahora --y ya desde principios del siglo pasado[237]-- sea el empleado del sector privado quien está "más protegido contra los riesgos o peligros de inseguridad, y el funcionario el que se encuentra más desamparado o insuficientemente cubierto"[238].

Sin perder de vista esta perspectiva histórica, cabe recordar también que el colectivo objeto de este estudio quedó aparentemente incluido en el Sistema de seguro público cuando la Ley de Bases de la Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963, estableció de modo expreso cómo "los funcionarios públicos, civiles y militares en cualquier situación", quedarían comprendidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social (Base 2ª), si bien encuadrados en Regímenes Especiales (Base 3ª), conforme ya había anunciado la Ley de Bases de Funcionarios Civiles del Estado, de 20 de julio de 1963 (en cuya Base 10, apartado 7º, aparecía la promesa de establecer un Régimen Especial de la Seguridad Social para los mismos)[239]. Ya en aquel contexto, su inclusión legal en el Sistema de Seguridad Social no era sino mero artificio, "una simulación que, sin embargo, permitía su real y absoluta excepcionalidad --la emancipación de sus principios y reglas de concurrencia y aplicativas-- con respecto a los demás Regímenes", conservando sin alteraciones inmediatas la legislación previa --la precedente a la constitución del nuevo sistema integrado-- referida a los derechos pasivos. Es más, aun cuando dicha excepcionalidad tenía una vigencia sólo circunstancial (la propia de la primera fase de un proceso evolutivo cuya culminación debería tener lugar --según dispone la propia Ley de Bases de la Seguridad Social-- "... cuando las circunstancias lo toleren y la experiencia... lo aconseje"), lo cierto es que, en la práctica, se ha producido una contradicción grave, derivada del hecho de eternizar esa primigenia etapa evolutiva, manteniendo sin apenas alteraciones sus peculiaridades, inercias y desigualdades a través de las distintas reformas legislativas habidas tras la referida Ley de Bases, perpetuándose *sine die* la existencia de un modelo propio de protección social de los funcionarios públicos, que no parece sino "una reliquia de otros tiempos"[240].

Es más, la excusa de las peculiaridades inherentes a la prestación de los servidores públicos ha llevado al legislador a seguir considerando como Régimen Especial de Seguridad Social a aquel que encuadra a los funcionarios, ya sean civiles o militares [art. 10.2 d) RD Legislativo 1/1994, de 20 junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social –LGSS--]. Una interpretación literal del precepto podría dar lugar a entender, en una primera aproximación, que existe un Régimen único de Seguridad Social para todo aquél que presta servicios a favor de la Administración en calidad de funcionario. Sin embargo, semejante conclusión no puede estar más distante de la realidad por dos razones fundamentales: de un lado, muchos funcionarios públicos van a

---

funcionario". BLANCO, J.A.: "La sobrevenida inferioridad de los funcionarios públicos", *DA*, núm. 71, 1963, págs. 9 y ss.

[237] JUNQUERA GONZÁLEZ, J.: "Comentarios a la nueva Ley de Seguridad Social de Funcionarios Civiles del Estado", *DA*, núm. 164, 1975, pág. 133. En el mismo sentido, ORAD TECLES, A.: "Supervivencia contra Ley de un trato perjudicial a los derechos pasivos de la mujer funcionario", *DA*, núm. 107, 1966, págs. 33-45 ó DE FRUTOS ISABEL, J.A.: "Una laguna en el régimen jurídico de los funcionarios públicos: el supuesto de accidente", *DA*, núm. 126, 1968, págs. 31-47.

[238] JORDANA DE POZAS, L.: "La Seguridad Social de los funcionarios públicos en España", cit., pág. 20.

[239] GARCÍA NINET, J.I. y DOLZ LAGO, M.J.: "Regímenes especiales de funcionarios", en AA.VV (DE LA VILLA GIL, L.E., Dir.): *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1997, pág. 709.

[240] GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, Madrid (Marcial Pons), 1997, pág. 13.

tener cubiertos sus riesgos y contingencias a través del Régimen General de la Seguridad Social; de otro, lejos de establecer una ordenación unitaria en la materia, el legislador español ha establecido hasta tres regímenes especiales distintos, el de los Funcionarios Civiles del Estado, el de los miembros de las Fuerzas Armadas y el de los Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia.

Cada uno de ellos presenta un doble mecanismo de cobertura, independiente entre sí y regulado por normativa específica: el primero de tales mecanismos es común, quedando garantizadas ciertas prestaciones mediante el régimen de clases pasivas del Estado (texto refundido aprobado por RD Legislativo 670/1987, de 30 de abril, desarrollado por RD 172/1998, de 22 de febrero --LCPE--), pero la vertiente protectora difiere sustancialmente con respecto al segundo, el sistema mutualista, diverso para cada uno de los tres colectivos mencionados, si bien el de Funcionarios Civiles del Estado constituye el referente de los otros dos[241].

III.- El Mutualismo como sistema complementario de tutela

El hecho de que el Régimen General de la Seguridad Social y los Especiales de Funcionarios Públicos adopten como punto de partida una actividad de idéntica naturaleza --dependiente y sometida--[242] permitiría defender, sin demasiados problemas, la integración de los segundos en el primero[243]. Como con acierto se ha dicho, la Seguridad Social de los funcionarios públicos puede ser analizada "tomando como base la idea de que el funcionario es un trabajador por cuenta ajena que, como otro cualquiera, cede los frutos de su trabajo a cambio de una remuneración y de una serie de prestaciones conexas con la misma, una de las cuales sería precisamente la garantía contra determinados riesgos"[244].

Sin apartar la atención de la premisa anterior, no conviene olvidar cómo en las últimas décadas se han dado notorios pasos en la homogeneización de trato[245], marcados por las sucesivas reformas que se han ido gestando, sobre todo a partir de la Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social, no en vano todas las prestaciones van a aparecer dotadas de una regulación uniforme en aquellos aspectos más significativos del conjunto de la materia pensionable: topes, revalorizaciones, incompatibilidades y cuantías mínimas[246].

---

[241] GONZÁLEZ BERNAL, J.: "Si no existieran las clases pasivas habría que inventarlas", *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008, págs. 170 y ss.

[242] Si una por una se fueran tomando las características que perfilan legalmente el contrato de trabajo a tenor del art. 1.1 ET (servicios voluntariamente prestados, retribuidos, por cuenta ajena y desarrollados dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona), "se vería que convienen tanto a la relación funcionarial como a la relación laboral". ALONSO OLEA, M.: "Los límites de una aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las Administraciones Públicas", en AA.VV: *Libro homenaje al Profesor Villar Palasí*, Madrid (Civitas), 1989, pág. 52.

[243] GONZALO GONZÁLEZ, B.: "El debate actual para la reforma de las pensiones", *TL*, núm. 40, 1996, pág. 104. Apostando, más prudentemente, por un progresivo acercamiento entre los dos sistemas, ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZALEZ ORTEGA, S.: *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, Madrid (Civitas), 1988, pág. 94 ó CANALES GIL, A.: *El sistema español de clases pasivas del Estado*, Barcelona (Cedecs), 1996, pág. 340.

[244] ALONSO OLEA, M. y SERRANO GUIRADO, E.: *La Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Madrid (Instituto de Estudios Políticos), 1957, págs. 16-17.

[245] DESDENTADO BONETE, A.: "La nostalgia del sistema: reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del `Código de la Protección Social", *RL*, 1996, T. I, pág. 486.

[246] BLASCO LAHOZ, J.F.: "Regímenes especiales de funcionarios públicos", en BLASCO LAHOZ, J.F.;

Cierto es que tal acercamiento ha sido bastante claro en lo que hace a la protección dispensada por el Sistema de Clases Pasivas[247], sobre todo a efectos de revalorización de pensiones y de racionalización del gasto[248]. No menos cierto resulta, sin embargo, que el proceso de ósmosis quiebra en lo que afecta al Mutualismo administrativo[249], concebido como "corolario de principio de especialidad"[250] o "imperio de la casuística"[251].

Bajo tales premisas, no cabe olvidar tampoco que el otorgamiento de pensiones por jubilación e incapacidad permanente y por viudedad, orfandad y a favor de padres, de conformidad con lo dispuesto en el Régimen de Clases Pasivas, ha condicionado las líneas básicas del complementario mutualismo administrativo civil, militar y judicial, hasta el extremo de que, al promulgarse su anunciada regulación, los servicios de las respectivas entidades gestoras quedaron en buena medida reducidos a un papel secundario del primero[252], a no ser en el Cpítulo de la asistencia sanitaria o de la prestación económica por incapacidad temporal. Sólo de modo residual las Mutualidades otorgan pensiones, y, por cierto y en cualquier caso, éstas únicamente encuentran su más correcta expresión jurídica como un añadido a las de derechos pasivos, tanto más necesario y justificado cuando éstas sean (como lo han venido siendo tradicionalmente) de escasa cuantía e incapaces de satisfacer de modo adecuado su papel de rentas de sustitución de los ingresos en activo del funcionario público a que están llamadas[253]. La coexistencia de ambos mecanismos de cobertura (uno más uniforme, el de Clases Pasivas, y otro mucho más casuístico, el del Mutualismo administrativo), concurrentes en el ejercicio de garantizar la existencia de prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad que el art. 41 CE pide, ha llevado a la doctrina más autorizada a preconizar, hace ya varias décadas, que tal estado de cosas debe "ser superado y sustituido por fórmulas más en consonancia con las tendencias que marcan la evolución de la Seguridad Social en nuestros días"[254].

LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, M.A.: *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, 8ª edición, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2010, págs. 345 y ss.

[247] BORRAJO DACRUZ, E.: "La Seguridad Social en la Constitución Española", en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, Madrid (Civitas), 1991, pág. 1488 ó CALVO RAMÍREZ, C.: "Régimen de clases pasivas de los funcionarios del Estado", *RSS*, núm. 37, 1988, págs. 127 y ss.

[248] MARTÍN VALVERDE, A.: "Prólogo" a la obra de RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, Pamplona (Aranzadi), 2008, pág. 18.

[249] Aun cuando no han faltado intentos de acercamiento, tal y como explica FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: "Previsiones relativas a la Seguridad Social de los funcionarios públicos en la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009", *AS*, núm. 2, 2009, págs. 83 y ss.

[250] MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: "Campo de aplicación y estructura del sistema de la Seguridad Social", en AA.VV (MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, N., Coords.): *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Granada (Comares), 1999, pág. 184.

[251] BORRAJO DACRUZ, E.: "La Seguridad Social en la Constitución Española", cit., pág. 1488.

[252] ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, cit., pág. 176.

[253] "El anacronismo e insuficiencia del régimen de clases pasivas y la correlativa presentación de estados de necesidad no cubiertos para los funcionarios públicos dieron paso al nacimiento de las llamadas Mutualidades complementarias y de otras entidades (Patronatos de viviendas, Instituciones de Huérfanos, etc.), cuya razón fundamental fue el deseo de ponerse a la altura de la legislación de Seguridad Social que el propio Estado propugnaba y practicaba en todo el país excepto para sus servidores". BALDASANO DE PADURA, M.: "Ordenación económica, financiera y actuarial de la Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado", *DA*, núm. 81, 1964, pág. 21.

[254] DE LA VILLA GIL, L.E.: *Estudios sobre Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Madrid (BOE), 1971, pág. 19.

Tal certera afirmación obliga a –dejando para un momento posterior el análisis del sistema común de Clases Pasivas-- detectar las diferencias existentes entre la protección otorgada por el sistema mutualista y el Régimen General de la Seguridad Social con el fin de valorar una posible secuencia de integración en este último. Esta intencionalidad viene presidida por un propósito descriptivo, buscando la visión de conjunto más que la profundización, pretendiendo servir de plataforma para incitar al debate y a la reflexión que el futuro demanda[255].

IV.- Dispersión normativa

Es común configurar la protección mutualista de los funcionarios como un régimen externo o, mejor, como diversos regímenes "periféricos" al Sistema de Seguridad Social[256], por cuanto están incluidos en los Presupuestos Generales del Estado y no en los propios de la Seguridad Social y se encuentran regulados por leyes específicas, criticadas muchas veces por las imperfecciones obrantes en las mismas, sobre todo si se tienen en cuenta los siguientes factores:

En primer lugar, "la numerosa y desconcertante"[257] normativa que regula los derechos de los funcionarios mutualistas ha venido sucediéndose a lo largo del tiempo[258], sin que, en muchos casos, la posterior derogue a la anterior, que continúa vigente para los casos incluidos dentro de su ámbito de aplicación. De este modo, y por fechas de entrada en vigor, una legislación aparece solapada a otra (de ahí su complejidad), si bien --como es lógico-- el mero transcurso del tiempo va dejando a la más antigua vacía de supuestos y carente de aplicación[259].

En segundo término, "esta complejidad es también resultado de la consagración de un principio que opera en el seno de la Administración Pública, llamado... el principio de `trato dispar', el cual provoca que los regímenes jurídicos que regulan desigualmente esta fragmentada realidad no ofrezcan una imagen homogeneizadora y sí, por el contrario, manifiesten una visión cuasi caótica que lleva al intérprete a perderse materialmente entre los textos positivos"[260], destinados a la regulación de los tres Regímenes Especiales aquí analizados (funcionarios de la Administración civil del Estado, personal al servicio de las Fuerzas Armadas y personal al servicio de la Administración de Justicia). Es más, el denominado desde hace un largo tiempo fenómeno de "inflación legislativa", que obedece única y exclusivamente a los cambios de los equilibrios de poder, a las tensiones y presiones políticas y sociales entre diversas categorías de intereses, constituye una muestra evidente o una señal de su crisis o de su declinar como sistema de ordenación. La ausencia de una necesaria labor armonizadora en las sucesivas reformas ha originado, en su arrastre

[255] A tal fin, ha sido de gran ayuda el excelente trabajo de BLASCO LAHOZ, J.F.: *Los regímenes especiales de funcionarios públicos. Una protección mutualista*, Albacete (Bomarzo), 2006.
[256] VIDA SORIA, J.; MONEREO PEREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid (Tecnos), 2007, pág. 515.
[257] CANALES GIL, A.: *El sistema español de clases pasivas del Estado*, Barcelona (Cedecs), 1996, pág. 17.
[258] Que obedece, en definitiva, al "carácter aluvional de las reformas y enmiendas". VIDA SORIA, J.: "Sobre la inactualidad del régimen de clases pasivas", *DA*, núm. 71, 1963, pág. 78.
[259] CALVO RAMÍREZ, C.: "Régimen de clases pasivas de los funcionarios del Estado", cit., pág. 125.
[260] DOLZ LAGO, M.J.: "La jubilación de los funcionarios públicos en España", *RTSS*, núm. 32, 1982, pág. 259.

histórico, la consolidación de numerosas contradicciones, incoherencias, situaciones de infra o sobreprotección, invitaciones al fraude, etc[261].

A la "movilidad normativa casi vertiginosa" y al prolongado descuido del legislador en la elaboración de sus disposiciones, es necesario añadir, en tercer lugar, el encuadramiento de las incesantes modificaciones en lugares insólitos dentro o fuera del marco normal del Derecho de la Seguridad Social, impulsando significativos y desviados efectos de "desformalización" y de "deslocalización", únicamente justificados por la exigencia de eficacia económica del proceso de producción jurídica: eliminar o reducir costes de gestión normativa[262]. Al tiempo –y por si fuera poco--, toda una miríada de circulares, resoluciones o instrucciones de los Entes Gestores, muchas veces no publicadas oficialmente, complican en exceso el régimen jurídico de las diferentes iniciativas que componen la acción protectora del mutualismo, provocando un contexto de gran "opacidad"[263].

En fin, la confluencia de todos estos factores hace que los Regímenes Especiales de Funcionarios tomen cuerpo como una de las ramas de la Seguridad Social siempre en constante desarrollo, respondiendo a un proceso de continua aparición de conjuntos normativos, reformas constantes, nuevas reglas en sustitución de las anteriores y períodos de modificación acelerada junto a otros (los menos) de relativa calma. El caos está, pues, servido.

V.- Diversidad subjetiva crónica

La protección mutualista de los funcionarios públicos se ha constituido históricamente no sólo a partir de un "Régimen" único (el de Clases Pasivas)[264], sino por un "complicado abigarramiento de Regímenes"[265], desglosados en respuesta a criterios de organización diversos y nada homogéneos: diversidad de prestaciones complementarias y, al propio tiempo, diversidad de Administraciones Públicas de adscripción de los respectivos cuerpos o escalas a los que pueden pertenecer los funcionarios[266].

En efecto, los grupos de personas a quienes afecta la LCPE, que no son todos los funcionarios públicos[267], aparecen diferenciados entre sí porque algunos disfrutan simultáneamente del régimen de protección mutualista y otros no[268].

---

[261] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Los regímenes especiales de los funcionarios públicos: situación actual y perspectivas", *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008, pág. 158.

[262] DESDENTADO BONETE, A.: "La nostalgia del sistema: reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del `Código de la Protección Social'", *RL*, 1996, T.I, págs. 473 y ss.

[263] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, Pamplona (Aranzadi), 2008, pág. 22.

[264] GONZALO GONZÁLEZ, B.: *La estructura actual en la Seguridad Social española y su reforma*, Madrid (Instituto de Estudios Económicos), 1981, págs. 10 y ss. De ahí que incluso se aluda al "mal llamado régimen especial de la Seguridad Social de funcionarios". TORTUERO PLAZA, J.L.: "Viudo no discriminado. Sobre la naturaleza de la protección otorgada por el mutualismo funcionarial integrado en los Fondos especiales", *REDT*, núm. 49, 1991, pág. 837.

[265] GETE CASTRILLO, P.: *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, Valladolid (Lex Nova), 1997, pág. 78, nota 119.

[266] BLASCO LAHOZ, J.: *El régimen de clases pasivas del Estado*, Albacete (Bomarzo), 2006, págs. 7 y ss.

[267] RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: *El Estatuto de los funcionarios públicos. Su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores*, Granada (Comares), 1997, págs. 436 y ss.

[268] GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "Delimitación de competencias entre los órdenes jurisdiccionales

Dentro de los primeros, esto es, de los funcionarios que se benefician de un sistema de protección mutualista, cabe mencionar a los pertenecientes a tres grandes Mutualidades que, pese a sus semejanzas, mantienen, sin embargo, su independencia: 1) la general de Funcionarios Civiles del Estado, regulada por el RD Legislativo 4/2000, de 23 de junio, desarrollado por RD 375/2003, de 28 de marzo; 2) la del personal al servicio de las Fuerzas Armadas, cuyo régimen jurídico viene recogido en el RD Legislativo 1/2000, de 9 de junio, desarrollado por RD 1726/2007, de 21 de diciembre; y 3) la del personal al servicio de la Administración de Justicia, ordenada por el RD Legislativo 3/2000, de 23 de junio, y por el RD 3283/1978, de 3 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Mutualidad General Judicial.

Tal elenco normativo produce un claro desequilibrio en la composición interna del marco de protección social de los funcionarios, dificulta la intercomunicación de sus diversos elementos e impide su eficaz conexión con los Regímenes externos. Ha sido la naturaleza de la entidad pública a la que se prestan los servicios la que ha servido para adscribir al funcionario a un subrégimen u otro atendiendo a categorías propias del Derecho Administrativo, pero sin que tal criterio pueda considerarse relevante en el terreno de la protección social[269]. Por tal razón --y aun cuando la presente afirmación suponga adelantar conclusiones futuras--, como paso previo a la armonización de las especialidades de previsión de los funcionarios en el marco homogéneo del completo sistema previsor, sería necesario unificar la protección dispensada al conjunto de los funcionarios[270], hasta ahora diferenciada en su ámbito subjetivo simplemente por el hecho de atender "ancestrales privilegios o castas de profunda raigambre en el sector público"[271], pero carentes de justificación en la actualidad.

Conviene poner el énfasis necesario en señalar, además, que si el Régimen General ha venido siendo objeto de ampliaciones sucesivas, en número que no deja de crecer, para incorporar en su ámbito de cobertura a determinados colectivos de empleados públicos, nada debe impedir seguir avanzando en este camino con el fin de impedir que dos funcionarios, ocupados en muchos casos en puestos de trabajo equivalentes, "dispongan de muy diferentes derechos y de distintos beneficios --en extensión e intensidad--"[272]. Es necesario abogar, pues, por implantar una primera medida de unificación de los tres Regímenes mencionados en uno solo, adoptando como modelo el establecido para los funcionarios civiles del Estado, en el cual –como ya consta—se han inspirado los otros dos.

Tal afirmación conlleva implícita la necesidad de analizar el ámbito de aplicación de cada uno de ellos.

---

contencioso-administrativo y social en materia de Seguridad Social. Responsabilidad en la gestión de la Seguridad Social. Seguridad Social de los funcionarios públicos y materias afines de Seguridad Social", en AA.VV.: *Problemas de delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social de relaciones laborales en el sector público*, Madrid (Cuadernos de Derecho Judicial), 1993, págs. 288-289.

[269] BARCELÓN COBEDO, S.; GONZÁLEZ ORTEGA, S. y QUINTERO LIMA, M.G.: *Introducción al Derecho del la Seguridad Social*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2009, pág. 93.

[270] GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, cit., pág. 30.

[271] GETE CASTRILLO, P.: *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, cit., pág. 272.

[272] GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, cit., pág. 29.

1.- Funcionarios Civiles del Estado

Aun cuando el RD Legislativo 4/2000 precisa la delimitación de su marco personal por exclusión, pues van a quedar incorporados al mismo aquellos funcionarios que no puedan proceder al alta en el Régimen General ni se encuentren comprendidos en cualquiera de los otros dos Regímenes Especiales previstos para los funcionarios públicos[273], lo cierto es que realiza también una triple operación: la primera, señalando los colectivos incluidos, bien de forma obligatoria, bien de forma opcional; la segunda, precisando el elenco de posibles beneficiarios; y la tercera, indicando cuáles son los cuerpos o escalas a los que no va a extenderse su ámbito de protección[274]. Así:

1.- Quedan encuadrados obligatoriamente (art. 3 RD 375/2003)[275]:

a) Funcionarios de carrera de la Administración Civil del Estado.

b) Funcionarios en prácticas.

c) Funcionarios interinos relacionados en el art. 1 Decreto Ley 10/1965, de 23 de septiembre, es decir, los nombrados con anterioridad a 1 de enero de 1965 y que hayan percibido sueldo detallado en los Presupuestos Generales del Estado con cargo a personal.

d) Personal funcionario del extinguido Servicio de Pósitos, a partir de 1 de enero de 1985.

e) Funcionarios del extinguido Patronato Nacional Antituberculoso y de las Enfermedades del Tórax, que se encontraran acogidos al Régimen de Clases Pasivas a partir del 30 de junio de 1990.

f) Funcionarios civiles al servicio de la Administración militar que hubieran ejercitado la opción de incorporarse al presente Régimen Especial en virtud de lo establecido en las disposiciones adicionales 1ª y 3ª de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado 4/1990 y 39/1992.

g) Funcionarios del cuerpo de vigilancia aduanera.

h) Funcionarios procedentes del extinguido servicio de inspección y asesoramiento de las Corporaciones Locales desde el 1 de septiembre de 1979.

i) Los integrantes de cuerpos de nueva creación en el ámbito civil, como el Cuerpo Especial Facultativo de Marina Civil (art. 6 RD 1055/2002, de 11 de octubre).

j) Embajadores y cónsules que representen a España en el extranjero.

h) Profesores universitarios que alcancen la condición de funcionario público, sea como catedráticos o como profesores titulares.

k) Componentes de la Orquesta Nacional de España que mantengan su condición de funcionarios públicos.

2.- Además, pueden incorporarse opcionalmente (art. 3.2 RD 375/2003)[276]:

a) Quienes hubieran pasado a la condición de jubilados percibiendo pensiones de Clases Pasivas al 20 de julio de 1975.

---

[273] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, cit., pág. 93.

[274] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "Regímenes especiales de los funcionarios públicos", en AA.VV: *Factbook Seguridad Social. Sagardoy abogados*, 5ª edición, Pamplona (Aranzadi), 2008, pág. 842.

[275] CORRAL VILLALBA, Y.: *Régimen económico del personal de las Administraciones Públicas*, Madrid (AC Jurídico), 2006, págs. 865-866.

[276] BLASCO LAHOZ, J.F.: "Regímenes especiales de funcionarios", cit., págs. 383-384.

b) Pensionistas de jubilación anteriores a 30 de junio de 1990 procedentes del extinguido Patronato Nacional Antituberculoso y de las Enfermedades del Tórax, acogidos al Régimen de Clases Pasivas.

c) Funcionarios provenientes de los Cuerpos Generales Administrativo, Auxiliar y Subalterno de la Administración Militar integrados en los Cuerpos de la Administración Civil del Estado, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 de la disposición adicional 9ª Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRFP), siempre y cuando presten servicios en la Administración Militar o en sus organismos públicos.

d) Titulares de plazas no escalafonadas a extinguir de Matronas de la Dirección General de la Guardia Civil.

e) Funcionarios de carrera de los cuerpos docentes regulados por la disposición adicional 7ª Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, acogidos a Regímenes de Seguridad Social o de previsión distintos del Régimen de Clases Pasivas, que en el momento de solicitud de la jubilación voluntaria anticipada, opten por integrase en este Régimen (disposición transitoria 2ª.5 Ley Orgánica 2/2006).

f) Catedráticos y Profesores universitarios con plaza vinculada a Instituciones Sanitarias, que hubieran optado –tal y como les permitía el art. 27 Ley 55/1999, de 29 diciembre—por seguir encuadrados en el Régimen General, en cuyo caso serán obligatoriamente incluidos en este Régimen Especial cuando, por cualquier motivo, queden desvinculados y continúen con su función docente (art. 40.dos Ley 24/2001). Asimismo, conviene aclarar que el citado personal docente, que no hubiera podido acogerse a las previsiones establecidas en el art. 27 Ley 55/1999 por haber pasado a desempeñar plazas vinculadas en virtud de conciertos suscritos con posterioridad al 1 de enero de 2000, pudo optar, por una sola vez y antes del 30 de junio de 2002, por quedar incluido exclusivamente en el Régimen General o en el Especial de Funcionarios Civiles[277]. De no ejercitar tal derecho, automáticamente quedaba incluido en el segundo, causando baja en el primero[278].

g) Personal perteneciente a los cuerpos especiales de funcionarios técnicos del Estado al servicio de la Sanidad Local, cuyo régimen jurídico se establece en la Ley 116/1966, de 28 de diciembre, pudiendo optar, por una sola vez y antes del 30 de junio de 2001, entre la incorporación exclusivamente al Régimen General o al Régimen Especial de Funcionarios Civiles. De no ejercitar tal derecho, quedaban incorporados necesariamente al Régimen General, causando baja en el especial (art. 38.3 Ley 14/2000, de 23 de diciembre).

3.- Como posibles beneficiarios, cabe citar los siguientes familiares o asimilados a cargo de un mutualista en alta (art. 15.1 RD 375/2003)[279]:

a) Cónyuge o persona que conviva con éste en análoga relación de afectividad con los mismos requisitos establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social.

b) Descendientes e hijos adoptivos de ambos cónyuges o de cualquiera de ellos, estando incluidos los hijos de la persona que conviva con el mutualista en análoga relación de afectividad a la del cónyuge con los requisitos establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social. Excepcionalmente los acogidos de hecho quedan asimilados, a estos efectos, a los familiares mencionados, previo acuerdo, en cada caso, de la Mutualidad.

---

[277] SSTSJ, Cont.-Admtivo., Comunidad Valenciana 13 febrero 2003 (JUR 2004, 22565) y 31 marzo y 25 junio 2003 (JUR 2003, 22821 y JUR 2004, 24186).

[278] DURÁN LÓPEZ, F.: "Las plazas vinculadas de los hospitales universitarios", *RL*, T. II, 1990, págs. 1377 y ss.

[279] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "Regímenes especiales de los funcionarios públicos", cit., pág. 872.

c) Hermanos.

d) Ascendientes, cualquiera que sea su condición legal, e incluso adoptivos, tanto del mutualista como de su cónyuge, y los cónyuges por ulteriores nupcias de tales ascendientes.

e) Cualquiera otra persona relacionada con el mutualista que se determine de acuerdo con lo dispuesto en el Régimen General.

f) En todo caso, para ostentar la condición de beneficiario deberán cumplir los siguientes requisitos (art. 15.2 RD 375/2003)[280]:

1º) Vivir con el titular del derecho y a sus expensas, no apreciándose falta de convivencia en los casos de separación transitoria y ocasional por razones de trabajo, imposibilidad de encontrar vivienda en el nuevo punto de destino y otras circunstancias similares[281].

2º) No percibir ingresos por rendimientos derivados del trabajo, incluidos los de naturaleza prestacional, y/o del capital mobiliario e inmobiliario, superiores al doble del salario mínimo, en referencia actual al indicador público de efectos múltiples.

3º) No estar protegidos, por título distinto, a través de cualquiera de los Regímenes que integran el Sistema español de la Seguridad Social con una extensión y contenidos análogos a los establecidos en el Régimen General.

4º) De fallecer el mutualista en alta, podrán ser beneficiarias las siguientes personas (art. 16.1 RD 375/2003): 1) Los viudos y huérfanos de mutualistas, activos y jubilados, quedando asimilados a los primeros quienes perciban pensión de viudedad de Clases Pasivas por haber sido cónyuges legítimos o parejas de hecho de funcionarios incluidos en el campo de aplicación del Mutualismo, y siendo equiparados a los segundos el hijo menor de edad o mayor incapacitado que haya sido abandonado por el padre o la madre mutualista. 2) El cónyuge que viva separado de un mutualista en alta o cuyo matrimonio haya sido declarado nulo o disuelto por divorcio, y los hijos que convivan con aquél.

Sea como fuere, la condición de beneficiario resulta incompatible con: a) un nuevo reconocimiento o mantenimiento de esa misma condición a título derivado de otro mutualista en el mismo ámbito; b) la situación de mutualista obligatorio; c) la pertenencia a otro Régimen del Sistema de la Seguridad Social, ya sea como titular o beneficiario (art. 19.1 RD 375/2003)[282].

4.- En fin, están expresamente excluidos del Régimen aquí analizado los siguientes colectivos (art. 3.3 RD 375/2003):

a) Los funcionarios de la Administración Local[283]. La MUNPAL, a pesar de sus dificultades económicas, subsistió hasta la promulgación del RD 480/1993, de 2 de abril,

---

[280] BLASCO LAHOZ, J.F.: Regímenes especiales de funcionarios", cit., pág. 384.

[281] Existe, sin embargo, falta de convivencia no es transitoria y aun cuando el convenio de separación tenga carácter privado. STSJ, Cont-Amtivo, Canarias/Santa Cruz de Tenerife 29 mayo 2008 (JUR 310027).

[282] En el supuesto de afiliación a MUFACE y a la Seguridad Social, la Administración debe indicar expresamente la necesidad de que el beneficiario opte por la protección de uno de los sistemas, no bastando el requerimiento al mismo para que efectúe alegaciones sobre su derecho a simultanear ambos Regímenes. STSJ, Cont.-Admtivo., Canarias/Las Palmas 18 septiembre 2009 (JUR 2009, 484320).

[283] SSTSJ, Cont.-Admtivo., Comunidad Valenciana 31 marzo 2003 (JUR 2004, 22821), Galicia 5 febrero, 19 y 26 noviembre y 24 diciembre 2003 (JUR 2003, 266793 y 2004, 76909, 7283 y 65035) y Murcia 22 julio 2005 (JUR 2007, 5660)

que ordenó la integración de todos sus afiliados, tanto clases activas como pasivas, en el Régimen General de la Seguridad Social[284].

a) De los organismos autónomos[285].

b) De la Administración Militar.

c) De la Administración de Justicia.

d) De la Administración de la Seguridad Social[286].

f) De nuevo ingreso y en prácticas de las Comunidades Autónomas.

g) De carrera de la Administración Civil del Estado transferidos a las Comunidades Autónomas que hayan ingresado o ingresen voluntariamente en cuerpos o escalas propios de la Administración territorial de destino, cualquiera que sea el sistema de acceso[287].

h) El personal de administración y servicios propio de las Universidades.

i) Funcionarios procedentes de la Escala docente de Universidades Laborales[288].

j) El personal del Centro Superior de Investigaciones Científicas (RD 1730/2007, de 21 de diciembre).

l) Los peones camineros (Decreto 3184/1973, de 30 de noviembre).

m) Los médicos de asistencia médico-farmacéutica y de accidentes de trabajo[289].

2.- Fuerzas Armadas

De una forma muy similar a lo que sucede en el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado, también se distinguen, en el ámbito de las Fuerzas Armadas, los siguientes supuestos:

1.- Quedan obligatoriamente incluidos en el ámbito subjetivo de este Régimen especial los siguientes colectivos (art. 2 RD 1726/2007)[290]:

---

[284] ERRANDONEA ULAZIA, E.: "Algunas cuestiones respecto de la protección social de los funcionarios de la Administración Local después de su integración en el régimen general", *TS*, núm. 75, 1997, pág. 25.

[285] STSJ, Cont.-Admtivo., Andalucía/Sevilla 21 marzo 2002 (JUR 2002, 182812). Permanecen, no obstante, en el Mutualismo aquellos funcionarios que pasaron de un cuerpo a otro dentro de la Administración General del Estado, es decir, que por promoción interna acceden a los cuerpos de los organismos autónomos. COLMEIRO QUERO, A.: "Los funcionarios de los organismos autónomos y su encuadramiento en materia de Seguridad Social", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 84, 2009, págs. 211 y ss. En la doctrina judicial, STS, Cont.-Admtivo., 18 mayo 2005 (RJ 2005, 1774) y STSJ, Cont.-Admtivo., Andalucía/Sevilla 20 enero 2009 (JUR 2009, 226226).

[286] STSJ, Cont.-Admtivo., Galicia 12 marzo 2003 (JUR 2003, 266961).

[287] Pues ello se equipara a la situación de acceso a la función pública autonómica independientemente de la condición de transferido, SSTS, Social, 30 noviembre 2006 (RJ 2006,9652) y 24 julio 2009 (RJ 2009, 6814) ó SSTSJ, Cont.-Admtivo., Castilla-La Mancha 25 septiembre 2002 (JUR 2002, 275898), Comunidad Valenciana 15 abril, 18 junio y 2 y 16 julio 2003 (JUR 2004, 222999, 24042, 23057 y 225064), Madrid 20 septiembre 2005 y 28 mayo 2008 (JUR 2006, 40237 y 2008, 377291) y País Vasco 2 julio 2004 y 30 noviembre 2005 (JUR 2005, 42101 y 2006, 70938). Si la integración a la Administración Autonómica no es voluntaria, el mutualista conserva el derecho a continuar afiliado sin solución de continuidad, SSTSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 4 julio 2002 (JUR 2003, 102815), Andalucía/Sevilla 20 junio y 20 septiembre 2002 (JUR 2002, 269903 y 2003, 41375), Andalucía/Granada 28 junio 1999 y 23 julio 2003 (RJCA 1999, 1529 y JUR 2004, 222712), País Vasco 11 marzo y 20 junio 2005 (JUR 2005, 208636 y 211484) y Madrid 20 septiembre 2005 (JUR 2006, 40237).

[288] SSTSJ, Cont.-Admtivo., La Rioja 17 diciembre 2002 (JUR 2003, 74509) y Madrid 11 octubre 2004 (JUR 2005, 70039).

[289] PANIZO ROBLES, J.A.: "El final de las entidades sustitutorias de la Seguridad Social: la integración en el régimen general de la Seguridad Social del colectivo de médicos de asistencia médico-farmacéutica y de accidentes de trabajo", *RTSS (CEF)*, núm. 327, 2010, págs. 5 y ss.

[290] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "Regímenes especiales de los funcionarios públicos", cit., pág. 844.

a) Los Militares de carrera de las Fuerzas Armadas.

b) Los Militares de complemento, mientras mantengan su relación de servicios con las Fuerzas Armadas.

c) Los militares profesionales de tropa y marinería, mientras mantengan su relación de servicios con las Fuerzas Armadas.

d) Los alumnos de enseñanza militar de formación.

e) Los funcionarios civiles de Cuerpos adscritos al Ministerio de Defensa que no hubieran ejercicio la opción de incorporarse al Régimen Especial de los Funcionarios Civiles del Estado y, en su caso, los funcionarios en prácticas.

f) El personal estatutario del Centro Nacional de Inteligencia.

g) Cualquiera de los anteriores que pase a la situación de retiro o jubilación, con derecho a percibir pensión de Clases Pasivas por esta causa (art. 3 RD 1726/2007).

h) Los reservistas voluntarios que no pertenezcan a ningún Régimen público de Seguridad Social durante el período de activación[291].

i) Los reservistas obligatorios que se incorporen a las Fuerzas Armadas (art. 122 Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar).

j) Los sujetos mencionados en la disposición adicional 1ª RD 1726/2007, en referencia a: 1) Oficiales generales en la situación a extinguir de segunda reserva; 2) Militares profesionales en la situación de reserva procedentes de reserva transitoria y los miembros de la escala de la Guardia Real en esta última situación; 3) Miembros del cuerpo a extinguir de Mutilados de Guerra por la Patria, del cuerpo a extinguir de Inválidos Militares y de la sección a extinguir de Inútiles para el Servicio, tanto si se encuentran en situación de retiro como de segunda reserva; 4) Miembros del extinguido Cuerpo de la Policía Armada en situación de retiro o jubilación y del también extinguido Cuerpo de la Policía Nacional que hubieran pasado a la situación de retiro o jubilación antes del 1 de febrero de 1986; 5) Quienes posean la condición de retirados al amparo del art. 2 Ley 37/1984, de 22 de octubre, sobre reconocimiento de derechos y servicios prestados a quienes durante la guerra civil formaron parte de las Fuerzas Armadas y del Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República; 6) Personal militar en alguna de las situaciones derivadas de la Ley de 17 de julio de 1958, de pase voluntario de Jefes y Oficiales del Ejército de Tierra al servicio de organismos civiles; 7) Funcionarios civiles que, procedentes de los Cuerpos Generales Administrativo, Auxiliar y Subalterno de la Administración Militar, se integraron, respectivamente, en los Cuerpos Generales Administrativo, Auxiliar y Subalterno de la Administración del Estado en virtud de lo establecido en la disposición adicional 9ª LMRFP, siempre y cuando a fecha 1 de enero de 1986 desempeñaran un puesto de trabajo en la Administración Militar o en sus organismos públicos y en tanto obtuvieran su primer destino definitivo en puesto de trabajo distinto de los mencionados, salvo que hubieran optado por la incorporación al Régimen Especial de Funcionarios Civiles; 8) Titulares de plazas no escalafonadas, a extinguir, de matronas de la Dirección General de la Guardia Civil, tanto en la situación de actividad como cuando pasen a jubilación, excepto cuando hayan ejercido la opción individual de incorporase al Régimen Especial de Funcionarios Civiles.

2.- Aparte de estos supuestos de inclusión obligatoria, el art. 4 RD 1726/2007 describe las condiciones exigidas para una posible afiliación voluntaria[292]. Así, el personal que por motivos distintos al retiro o jubilación pierda la condición de militar o funcionario

[291] MAGÁN PERALES, J. M.: "El reservista voluntario. Una nueva (y oportuna) figura para permitir la ósmosis entre el ejército y la sociedad civil", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 87, 2006, pág. 222.

[292] BLASCO LAHOZ, J.F.: Regímenes especiales de funcionarios", cit., págs. 441 y ss.

civil, o de personal estatutario del Centro Nacional de Inteligencia, o pase a la situación de suspensión de empleo, suspensión firme o excedencia voluntaria donde el tiempo de permanencia no sea computable a efectos de derechos pasivos, y los reservistas de especial disponibilidad, siempre que en tales situaciones no pertenezcan a ningún otro Régimen de Seguridad Social y abonen a su cargo la cuantía íntegra tanto de las cotizaciones a cargo del Estado como de los interesados que fije la Ley de Presupuestos, podrán continuar en el campo de aplicación del Régimen aquí analizado[293]. De este modo, si prestan servicios en la Administración Pública, el organismo donde éstos se desempeñen practicará el descuento de la cotización que proceda y transferirá su importe junto con la aportación estatal a la Mutualidad (art. 5 RD 1726/2007). También se reconoce el derecho de permanecer protegido por este Régimen Especial, en los mismos términos que "los Militares profesionales con una relación de servicios de carácter temporal", a los Militares profesionales de Tropa y Marinería que ingresen en un centro de formación de la Guardia Civil o de la Policía Nacional, hasta obtener alguna de estas dos condiciones (disposición adicional 5ª, apartado 4 Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería)[294].

3.- Entre los beneficiarios, cabe hacer mención a los viudos y huérfanos de las personas incluidas en el ámbito de aplicación de este Régimen, quienes podrán continuar incorporados en el mismo con derecho a percibir las prestaciones que en cada supuesto concreto se les reconozcan (art. 7 RD 1726/2007).

4.- En fin, expresamente excluido se encuentra el personal civil no funcionario dependiente de la Administración militar y del Centro Nacional de Inteligencia (art. 2 *in fine* RD 1726/2007). Por su parte, los capellanes castrenses (y los ministros de culto de confesiones con Acuerdo --judía, evangélica, islámica, Iglesia Ortodoxa rusa y los ministros de la Orden de los Testigos de Jehová—no pertenecen a este Régimen Especial sino al General (art. 13 RD 1145/1990, de 7 de septiembre) , al igual que los sacerdotes colaboradores, que, sin dejar los oficios que tengan en sus diócesis o institutos, presten ayuda al personal adscrito al Arzobispado Castrense, quien determina su retribución a título de gratificación o estipendio (Orden 376/2000, de 20 de diciembre)[295].

En definitiva, se trata de un modelo en el cual la condición de militar prevalece frente a la de funcionario como causa determinante del ingreso[296], no en vano, y desde sus orígenes, se ha admitido la incorporación de ciertos colectivos que prestan sus servicios a favor de la Administración Militar aun cuando no sean funcionarios *stricto sensu*.

3.- Administración de Justicia

Es preceptivo el encuadramiento en este Régimen Especial del personal comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del

---

[293] Sobre la necesidad de solicitar el goce de todos los derechos a las prestaciones, comprometiéndose a abonar a su cargo tanto la cuota correspondiente al asegurado como a la Administración del Estado, SSTSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 25 marzo 1999 (RJCA 1999, 2063), Galicia 31 mayo 2000 (RJCA 2000, 1500) y Castilla y León/Valladolid 1 abril 2005 (JUR 2005, 102920).

[294] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, cit., pág. 160.

[295] RODRÍGUEZ BLANCO, M.: "Relevancia de la condición de ministro de culto a efectos de Seguridad Social", *RL*, T. I, 2002, págs. 320 y ss.

[296] RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: *La Seguridad Social de los militares en activo: el mutualismo militar*, Madrid (MITIN), 2008, pág. 27.

Poder Judicial: magistrados, jueces y fiscales de carrera; secretarios judiciales; médicos forenses y personal de los cuerpos de gestión procesal y administrativa, de tramitación procesal y administrativa, y de auxilio judicial (art. 2 RD Legislativo 3/2000)[297].

Así, el personal dependiente de la Administración de Justicia en situación de servicio activo o en prácticas, excedencia forzosa, excedencia para el cuidado de hijos, servicios especiales o suspensión de funciones, será obligatoriamente incorporado como mutualista (art. 9.1 RD Legislativo 3/2000). Además, dicho personal se mantendrá obligatoriamente en el campo de aplicación del Régimen aquí analizado cuando pase a la situación de jubilado (art. 9.2 RD Legislativo 3/2000). Si pierde la condición de funcionario por motivo distinto del anterior o pasa a la situación de excedencia voluntaria, salvo en caso de cuidado de hijos (o familiares), adquirirá o conservará, respectivamente, la condición de mutualista, con igualdad de derechos, siempre que satisfaga a su cargo las cuotas y la aportación del Estado correspondiente (art. 9.3 RD Legislativo 3/2000)[298].

Los viudos, viudas y huérfanos de mutualistas activos o jubilados, carentes por sí mismos de derecho a equivalente cobertura de asistencia sanitaria mediante otro régimen de los que componen el Sistema de Seguridad Social, tendrán derecho también a las prestaciones de este Régimen Especial como titulares no mutualistas (art. 9.5 RD Legislativo 3/2000). Si el titular originario no hubiera fallecido serían meros beneficiarios de las prestaciones siempre y cuando convivieran con el primero y no realizaran actividad profesional o carecieran de rentas superiores al doble del salario mínimo. En este caso, estarían privados de número de afiliación propio[299].

Quedan excluidos, al estar expresamente integrados en el Régimen General, los jueces y fiscales sustitutos con independencia de la duración de esa función[300]; los magistrados suplentes[301] (no los eméritos que continúan en el Mutualismo Judicial), fiscales y secretarios en régimen de provisión temporal; y, por último, los médicos forenses, oficiales, auxiliares y agentes interinos (RD 960/1990, de 13 de julio)[302].

Manifiestas peculiaridades presentan quienes prestan servicios en los Juzgados de Paz, pues, según lo dispuesto en el art. 51 Ley 38/1998, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, pueden ser, en función de la población y de la carga de trabajo, funcionarios de la Administración de Justicia o personal dependiente del Ayuntamiento[303]. En el primer caso, no cabe duda que estarían incluidos en el Régimen Especial aquí analizado, pero en el segundo la solución debe ser distinta[304]. En principio, dicho personal no está incluido en el art. 7 LGSS, pudiendo entender que se encuentran extramuros del Sistema de Seguridad Social. Para evitar tal deplorable conclusión se ha

---

[297] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "Regímenes especiales de los funcionarios públicos", cit., pág. 845.
[298] BLASCO LAHOZ, J.F.: Regímenes especiales de funcionarios", cit., págs. 466.
[299] Circular núm. 74 de MUGEJU. Al respecto, RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, cit., pág. 142.
[300] STS, Cont.-Admtivo., 21 octubre 2003 (RJ 2003, 7253).
[301] STS, Cont.-Admtivo., 2 julio 2001 (RJ 2001, 6575).
[302] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, cit., pág. 140.
[303] Por extenso, MADRIGAL GARCÍA, C.; YAGÜE GIL, P.J. y ENRÍQUEZ SANCHO, R.: *Los juzgados de Paz*, Madrid (Instituto de Estudios de Administración Local), 1982.
[304] CARDONA TORRES, J.: *El personal laboral en las Corporaciones Locales*, Barcelona (Bosch), 1989, págs. 53 y ss.

considerado aplicable lo previsto en el art. 97.2 d) LGSS cuando se refiere al "personal civil no funcionario al servicio de organismos y entidades de la Administración Local, siempre que no estén incluidos en virtud de una Ley especial en otro Régimen obligatorio de previsión social", quedando asimilados a los trabajadores asalariados a efectos de su incorporación en el Régimen General[305].

VI.- Estructura y gestión

Con reflejar lo anterior una injustificada ruptura del carácter unitario del Sistema de Seguridad Social atendiendo a un criterio subjetivo poco coherente y nada justificado, ésta no es la única ni la principal crítica que puede hacerse al modo en el cual aparecen reguladas las Mutualidades de funcionarios; antes al contrario, lo más relevante y peculiar de su régimen jurídico radica en el hecho de aparecer estructurado de manera distinta al sistema de protección general, utilizar mecanismos tuitivos propios, proveer formas de dispensación de la asistencia sanitaria peculiares, apoyarse en principios parcialmente diferentes y adoptar reglas que afectan a la gestión, financiación y acción protectora también particulares[306]. Tanto es así que algún sector doctrinal ha llegado a considerar a los Regímenes Especiales de protección de los funcionarios públicos como "fronterizos", casi externos al Sistema de Seguridad Social, pues sólo son congruentes con éste por su naturaleza contributiva y su marcado carácter profesional[307].

Ahora bien, aun cuando "los órganos de gestión son diferentes, las prestaciones distintas y discontinuas y la financiación fraccionada y diversa"[308], lo cierto es que las diferencias fundamentales entre el Régimen General y los Regímenes Especiales aquí analizados radican en los siguientes extremos:

1.- Organización administrativa

La Administración del Estado (en concreto, el Ministerio de Hacienda y el de Defensa) gestiona el Régimen de Clases Pasivas (que reconoce pensiones vitalicias de jubilación, invalidez, muerte y supervivencia) como una más de sus actividades, sin efectuar separación económica (autoaseguramiento) ni administrativa (gestión indiferenciada alguna), lo cual implica que, de modo distinto a otros Regímenes de protección social con Entidad Gestora interpuesta, las relaciones jurídicas (entre empleado, empresario y asegurador) quedan simplificadas por la unidad de dos de las partes e identificada, por tanto, la relación de cotización o servicios cotizados y la relación de servicios funcionariales o prestados al Estado. De ello resulta, por un lado, una clara reducción de la actividad administrativa (afiliación, altas y bajas, cotización --en una aportación realmente inferior a la de la empresa privada-- y recaudación) y, por otro, una alteración de los mecanismos de responsabilidad por pago incorrecto de cotizaciones o ausencia de las mismas, con su correspondiente incidencia en el derecho a las

[305] STSJ, Cont.-Admtivo., Comunidad Valenciana 30 abril 2001 (AS 2001, 1614).
[306] JUAZOS VALLES, F. y CERVERA I FORNAS, V.: "Diferentes regímenes de previsión social y problemática derivada de su inclusión en la Seguridad Social", *RTSS (CEF)*, núm. 107, 1992, págs. 90 y ss.
[307] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "La necesaria integración de la protección social de los funcionarios públicos en el régimen general de la Seguridad Social. Una tarea pendiente", *RTSS (CEF)*, núm. 183, 1998, págs. 85 y ss.
[308] GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, cit., pág. 10.

prestaciones[309]. En términos generales, la dispensa de servicios al Estado obliga a éste a realizar los descuentos en las nóminas de sus funcionarios para que aporten su cotización; de este modo, prestación de servicios y actividad cotizada vienen a ser lo mismo, dado que el propio Ente público es el obligado, pues al faltar las cotizaciones compensaría sus culpas mediante el pago de las prestaciones[310].

En parámetros similares se fundamenta la estructura de acción protectora ordenada a través del Mutualismo administrativo, que reconoce prestaciones por asistencia sanitaria, incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, prestaciones recuperadoras por incapacidad permanente, total, absoluta y gran invalidez, indemnizaciones a tanto alzado por lesiones, mutilaciones o deformidades originadas por contingencias profesionales, protección a la familia, servicios sociales y asistencia social[311]. Es gestionado --como más adelante se tendrá ocasión de comprobar-- por Entidades diferenciadas, propias de la protección social mutualista, siendo la segunda y la tercera adaptaciones o variantes de la primera, a saber: Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) o Mutualidad General Judicial (MUGEJU). La simplificación de las cuestiones relacionadas con la gestión y el ingreso de las cotizaciones que no sólo es patente en el Régimen de Clases Pasivas sino también en el supuesto del Mutualismo, al ser el Estado quien ocupa la posición de empresario, queda, no obstante, desvirtuada en muchas ocasiones por la intervención de tres Gestoras distintas con sus peculiaridades organizativas propias[312].

La primera de ellas, organismo público con personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, depende ahora del Ministerio de la Presidencia. La segunda y la tercera, dotadas de las mismas características funcionales que la anterior, están vinculadas al Ministerio de Defensa y al Ministerio de Justicia, respectivamente. Todas ellas cuentan con sus respectivos órganos de gobierno, administración y representación, regulados, para la MUFACE en el RD 577/1997, de 18 de abril, para el ISFAS en los arts. 11 a 20 RD 1726/2007 y para la MUGEJU en el RD 1206/2006, de 20 de octubre[313].

Cabe colegir, además, que el principio constitucional de libertad para la creación de fórmulas de Seguridad Social complementaria (art. 41 CE) no es de aplicación a los funcionarios, quienes no pueden disponer de ayudas empresariales (cuotas de su Estado-patrono) para financiar regímenes tendentes a la expresada finalidad con una sola excepción, que constituye en sí misma un segundo motivo discriminatorio, cual es la de que tales regímenes complementarios se canalicen precisamente conforme a la figura de planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos, pues las cantidades destinadas a financiar tales aportaciones tendrán a todos los efectos la consideración de

[309] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Los regímenes especiales de los funcionarios públicos: situación actual y perspectivas", cit., pág. 160.
[310] CALVO RAMÍREZ, C.: "Régimen de clases pasivas de los funcionarios del Estado", cit., pág. 131.
[311] LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, M.A.: "La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas ante los sistemas privados de pensiones", *RDS*, núm. 25, 2004, pág. 31.
[312] CORRAL VILLALBA, J.: *Régimen económico del personal de las Administraciones Públicas*, cit., pág. 869.
[313] Sobre las competencias atribuidas a sus órganos de gobierno, STS, Cont.-Admtivo., 31 marzo 2008 (RJ 2008, 1890)

retribución diferida (art. 29 Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público --EBEP--)[314].

2.- Actos de encuadramiento

Innecesaria es, en los Regímenes de Funcionarios, la constitución de una relación jurídica expresa a través de los denominados actos de encuadramiento, pues la inclusión tiene lugar --al contrario que en la relación laboral común-- de forma automática, a partir del momento en el cual el sujeto entra en el ámbito personal de cobertura, pudiendo afirmar que la pertenencia al régimen de la Mutualidad forma parte del propio estatuto del personal incluido dentro de su marco de aplicación[315]. La relación jurídica de protección mutualista se constituye así automáticamente, por imperativo legal, con base en el presupuesto de hecho de la toma de posesión del funcionario, lo cual no es sino lógica consecuencia de ser la Administración Pública el sujeto obligado de la relación tuitiva y, a la vez, el ente a quien presta servicios el funcionario, asumiendo el papel propio del empresario en el Régimen General de la Seguridad Social[316]. Ello explica los términos utilizados por el Sistema Mutualista, pues cuando alude a prestaciones a favor del propio titular utiliza la expresión de "haberes reguladores" en lugar de "base reguladora"[317].

Ahora bien, pese a esta clara automaticidad, no cabe olvidar tampoco que es necesario un trámite formal de incorporación a la Mutualidad respectiva. En efecto, tal ingreso requiere un acto administrativo secundario por el cual se adquiere la condición jurídica de mutualista, esto es, de sujeto protegido específicamente. Su razón de ser estriba en que, al ser la Mutualidad un ente instrumental con personalidad jurídica distinta a la del Estado y teniendo conferida la gestión de una función estatal, aquélla necesita conocer el colectivo de personas protegidas para programar con equilibrio sus gastos y sus ingresos; de ahí que la incorporación a la Mutualidad surta los efectos de afiliación al Sistema de Seguridad Social y su cumplimiento deba ser notificado a la Entidad Gestora[318].

Cabe mencionar, a este respecto, un patrón común en el *iter* procedimental a seguir, el cual presenta únicamente leves matices en función del espacio concreto de que se trate[319]:

1.- Las vías para el acceso a la MUFACE son dos: de oficio y a instancia del interesado, mismo procedimiento que se seguirá para las altas, bajas y cambios de situación administrativa (art. 14.1 RD 375/2003).

En cuanto a la primera modalidad hace, los órganos competentes en materia de personal que formalicen la toma de posesión de los funcionarios de carrera incluidos en el

---

[314] GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, cit., pág. 30. Como ejemplo, cabe citar el plan de pensiones de la Administración General del Estado, como plan privado de los empleados públicos de carácter voluntario. www.plandepensiones-age.es.

[315] ESCOBAR JIMÉNEZ, J.: *La acción protectora de la Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Madrid (Ibidem), 1997, pág. 48.

[316] ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, 7ª edición, Madrid (Tecnos), 1991, pág. 636.

[317] ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, Madrid (Civitas), 1998, pág. 146.

[318] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "Regímenes especiales de los funcionarios públicos", cit., págs. 846 y ss.

[319] BLASCO LAHOZ, J.F.: "Regímenes especiales de funcionarios", cit., págs. 386 y ss.

ámbito de aplicación del Mutualismo administrativo, el nombramiento de funcionarios en prácticas incluidos en el mismo ámbito, así como el cambio de situación administrativa, la jubilación y, en general, los actos administrativos que alteren o modifiquen datos referidos a la afiliación, deberán dar cuenta inmediata de tales extremos a la Entidad Gestora y, en todo caso, en el plazo máximo de un mes (art. 14.2 RD 375/2003).

Respecto a la segunda, cuando el órgano administrativo incumpla sus deberes en el plazo señalado en el párrafo anterior, el interesado podrá promover directamente ante MUFACE su afiliación, alta o baja, así como la comunicación de cambio de situación administrativa o de pase a la jubilación (art. 14.4 RD 375/2003).

La condición de afiliado a dicha Mutualidad se acredita mediante el correspondiente documento expedido por la Entidad Gestora, en el cual deberán figurar los datos identificativos del mutualista y su número de afiliación, que será permanente y propio de este Régimen Especial de la Seguridad Social (art. 8 RD 375/2003).

Mantienen la situación alta en el mutualismo administrativo los funcionarios en servicios especiales, en excedencia por cuidado de familiares, suspensión provisional o firme de funciones, expectativa de destino y excedencia forzosa (art. 9.2 RD 375/2003), situaciones estas dos últimas a las que no hace mención el art. 85 EBEP, pero que cabe entender vigentes en virtud de la remisión a las normas de desarrollo que efectúa esta Ley, las cuales en tanto en cuanto éste no tenga lugar pueden entenderse referidas al RD 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios de la Administración General del Estado. No disfruta del mismo trato la excedencia voluntaria en sus múltiples manifestaciones (por interés particular, por reagrupación familiar, por prestación de servicios en el sector público -- salvo servicios especiales-- y voluntaria incentivada), pues provoca la baja del funcionario como mutualista obligatorio, pudiendo permanecer únicamente como voluntario (art. 10 RD 375/2003)[320]. En fin, cuando se produzca un ingreso o reingreso en otro cuerpo o escala incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento General del Mutualismo Administrativo, el funcionario mantendrá su situación de alta en la Mutualidad, registrándose las variaciones inherentes a dicho cambio a efectos de la correspondiente cotización. En el caso de que se ocupen varias plazas compatibles, procederá el alta por aquélla en la cual se perciban las retribuciones básicas (art. 12 RD 375/2003).

2.- La incorporación al sistema protector de las Fuerzas Armadas puede producirse, igualmente, de oficio o a instancia de parte, surtiendo los efectos de afiliación única y permanente al Sistema de la Seguridad Social.

La incorporación de oficio del personal profesional que se halle prestando servicios, incluso si está pendiente de destino, será promovida por los centros, unidades y organismos donde dichos servicios se desempeñen, los cuales se encargarán de tramitar el correspondiente documento oficial (art. 22 RD 1726/2007). La incorporación de los funcionarios o personal estatutario del Centro Nacional de Inteligencia en prácticas y de los alumnos de los centros docentes militares de formación y de los centros docentes de formación de la Guardia Civil, se promoverá de oficio por dichas instituciones, que

[320] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, cit., pág. 110.

también comunicarán al ISFAS las bajas que se produzcan cuando los estudiantes no superen los correspondientes períodos de aprendizaje (art. 25.4 y 5 RD 1726/2007)[321].

No obstante, podrán instar su incorporación al Régimen Especial, solicitándolo directamente ante los órganos competentes de la Mutualidad los siguientes sujetos (art. 23 RD 1726/2007): a) El personal cuya incorporación no hubiera sido promovida de oficio; b) Los que se hallen en situación de servicios especiales; c) Los Guardias Civiles que se encuentren en situación de excedencia voluntaria regulada por el art. 83.1 Ley 42/1999, de 25 de noviembre, modificada por RD Ley 3/2010, de 26 de marzo; d) Las personas incluidas en el ámbito de aplicación del título I Ley 37/1984, de 22 de octubre, de reconocimiento de derechos y servicios a quienes durante la Guerra Civil formaron parte de las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden Público o Cuerpo de Carabineros de la República; e) Los viudos y huérfanos de titulares o de personas que hubieran podido serlo; f) El personal militar retirado y los funcionarios civiles jubilados que perciban pensión de Clases Pasivas con motivo de servicios prestados a las Fuerzas Armadas y que no hubieren ejercitado en su momento el derecho de incorporación al Régimen Especial.

En este sentido, puede solicitar la afiliación voluntaria el militar que pierda tal condición, quien sea suspendido de empleo, quien pase a retiro sin derecho a una pensión de Clases Pasivas y aquellos excedentes voluntarios durante el tiempo en que tal situación no compute a efectos de derechos pasivos. Para ello, deben pedir el mantenimiento del alta en los treinta días posteriores al hecho que motive su exclusión del Régimen[322]. Con el fin de lograr la efectividad de esta previsión, los órganos judiciales vienen pidiendo que ISFAS informe de oficio al interesado sobre los requisitos y condiciones necesarios[323].

En fin, la Mutualidad facilitará a las personas que se incorporen el correspondiente documento de afiliación, en el que figurarán los datos personales de los asegurados y el número de identificación atribuido, que, al igual que en el supuesto anterior, tiene carácter permanente y propio de este Régimen Especial (art. 24 RD 1726/2007). Los centros, unidades y organismos a los que antes se ha hecho referencia comunicarán al ISFAS las altas en el plazo de un mes y también las variaciones que afecten a la situación administrativa de los interesados. Las alteraciones de las circunstancias personales y familiares se deberán manifestar directamente por estos últimos (art. 25.3 RD 1726/2007)[324].

Como no podía ser de otra manera, y así lo ha reconocido la doctrina judicial, la pérdida de la condición de militar de carrera, conlleva la baja como afiliado[325], al igual que el cese en el cuerpo[326]. No obstante, esta pauta general queda matizada por dos previsiones particulares. En primer lugar, la disposición adicional 5ª.1 Ley 8/2006 establece que los militares de complemento y los militares profesionales de tropa y marinería que, en el momento de finalizar su relación de servicios con las Fuerzas Armadas, se encontraren en situación de incapacidad temporal por accidente o enfermedad derivada del servicio, o en

[321] BLASCO LAHOZ, F.J.: "Regímenes especiales de funcionarios", cit., págs. 445 y ss.
[322] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, cit., pág. 164.
[323] STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 25 marzo 1999 (RJCA 1999, 2063).
[324] DOLZ LAGO, M. J.: "El Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Amadas", *Revista de Seguridad Social*, núm. 10, 1981, págs. 48 y ss.
[325] SSTSJ, Cont.-Admtivo., Castilla y León/Valladolid 20 abril 2004 (JUR 2004, 237603) y Madrid 10 junio 2002 (JUR 2002, 237012) y 1 abril 2005 (JUR 2005, 214286).
[326] STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 5 diciembre 2003 (JUR 2003, 139215).

situación de embarazo, parto o posparto, no causarán baja en las Fuerzas Armadas, quedando prorrogado su compromiso hasta finalizar dichas situaciones. En segundo término, el apartado 2 de la disposición mencionada dispone que "los alumnos aspirantes a la condición de militares profesionales de tropa y marinería que se encuentren en la situación de insuficiencia de condiciones psicofísicas por accidente o enfermedad derivada del servicio no causarán baja en el centro de formación"[327].

3.- El Ministerio de Justicia habrá de comunicar de oficio a la MUGEJU los funcionarios comprendidos en el ámbito de aplicación de este Régimen Especial. Semejante información tendrá efectos de afiliación y será única y permanente para los beneficiarios (art. 29.1 RD 3283/1978), si bien el interesado también podrá promover su afiliación de no hacerse de oficio (art. 29.3 RD 3283/1978)[328].

El órgano competente del Ministerio de Justicia ha de poner en conocimiento de MUGEJU las altas acaecidas en la relación jurídica de Seguridad Social, para lo cual dispone de un mes desde la toma de posesión o desde la fecha del posible reingreso, en los casos de excedentes aún no incorporados al sistema mutualista (art. 31.1 RD 3283/1978). Asimismo, sobre éste pesa el deber de comunicar las bajas en la relación funcionarial con independencia de su causa (art. 31.2 RD 3283/1978)[329]. No obstante, permanecen en alta los funcionarios de la Administración de Justicia que pasen a la situación de jubilación, salvo que renuncien expresamente a conservar su encuadramiento en el mutualismo judicial por encontrarse incorporados a otro Régimen de Seguridad Social (art. 9.2 RD Legislativo 3/2000)[330].

En fin, como nota común a los tres Regímenes, y como no podía ser de otra manera, la baja en la Mutualidad por la pérdida de la condición de funcionario ni impide una posible y futura reincorporación a la misma si se cumplen los requisitos exigidos ni comporta la imposibilidad de lucrar los beneficios a los que el funcionario se hubiera hecho acreedor con anterioridad[331].

3.- Cotización

Bajo una marcada impronta de naturaleza contributiva, en los Regímenes del Mutualismo administrativo aparece clara la desconexión entre las retribuciones de activo y los haberes reguladores, en la medida que las retribuciones básicas del funcionario (sueldo, pagas extraordinarias y antigüedad) dejan de ser el parámetro sobre el cual calcular primero la cotización y después las prestaciones, creándose al efecto unas bases tarifadas, genéricas y no individuales (suprimidas, por contra, del Sistema de la Seguridad Social por la Ley 24/1972, de 25 de junio, sobre financiación y perfeccionamiento de la acción protectora)[332], al estilo de las "bases normalizadas" de

---

[327] Al respecto, RD 1412/2006, de 1 de diciembre, comentado por RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos,* cit., págs. 164-165.
[328] BLASCO LAHOZ, F.J.: "Regímenes especiales de funcionarios", cit., págs. 446-447.
[329] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "Regímenes especiales de los funcionarios públicos", cit., pág. 849.
[330] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos,* cit., pág. 144.
[331] SEMPERE NAVARRO, A.V. y OLIVARES FRANCO, F.: "Notas sobre el régimen jurídico de la Muface", *RPS*, núm. 144, 1984, pág. 24.
[332] CALVO RAMÍREZ, C.: "Régimen de clases pasivas de los funcionarios del Estado", cit., págs. 127-128.

cotización del Régimen Especial de la Minería del Carbón y de los grupos II y III en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar[333]. Para calcular la cuota mensual es necesario dividir entre catorce el resultado obtenido de aplicar el tipo a la base anual, abonándose doblemente en los meses de junio y diciembre, pues no se prorratean las pagas extras como sucede en el Régimen General. Este esquema se repite con algunos leves retoques dignos de mención[334]:

1.- La cotización de cada mutualista a MUFACE gira alrededor de dos conceptos: uno general y otro especial. Están sometidos al primero los mutualistas obligatorios, cuyas habilitaciones u oficinas pagadoras retengan de su nómica el importe de la correspondiente cuota (art. 27.1 RD 375/2003), cifrada en la actualidad en un porcentaje del 1,69 por 100 sobre los haberes reguladores a efectos de cotización de derechos pasivos (art. 130.1.1 Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010), cuantía que se ingresará por mensualidades vencidas y en un solo acto[335]. Por su parte, quedan sujetos al régimen singular de cotización, consistente en el pago directo de las cuotas por el propio mutualista, quienes, de un lado, se encuentren en servicios especiales a los que no se practique la retención en la retribución de su puesto de trabajo o cargo efectivo que desempeñen y no perciban trienios a través de su destino de origen o los reciban en cuantía insuficiente para cubrir la cotización que les corresponda; de otro, soliciten el mantenimiento facultativo del alta (art. 28.2 RD 375/2003)[336].

La obligación de cotizar se suspende en los casos de licencias por asuntos propios y suspensión firme, quedando exentos los mutualistas obligatorios jubilados. La falta de ingreso de las cuotas en el plazo reglamentario genera el correspondiente recargo por mora, que asciende al 5 por 100 si la deuda se satisface dentro de los dos meses naturales siguientes al vencimiento y se eleva hasta el 20 por 100 si se abona transcurridos esos dos meses pero con carácter previo al inicio de la vía de apremio (art. 33.1 y 2 RD 375/2003)[337]. Cuando el débito, con los correspondientes recargos, no es sufragado en los seis meses siguientes al vencimiento del plazo preceptivo, el funcionario es considerado de baja en este Régimen Especial, pero la obligación de pago subsiste (art. 33 RD 375/2003). En todo caso, tal y como viene interpretando la doctrina judicial, el descubierto en el ingreso de las cuotas no producirá de forma automática la baja en la Mutualidad, siendo necesario que concurra el presupuesto de la voluntad inequívoca de no cotizar[338]. No obstante, si el mutualista es voluntario, el transcurso del plazo establecido para el ingreso de la cuota ocasiona sin más la baja, no en vano la obligación y responsabilidad de cotizar recae sobre él en exclusiva[339].

---

[333] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos,* cit., pág. 113.
[334] CORRAL VILLALBA, J.: *Régimen económico del personal de las Administraciones Públicas,* cit., págs. 870 y ss.
[335] STSJ, Cont.-Admtivo., Cataluña 16 marzo 1999 (RJCA 1999, 2221).
[336] La cuota oscila entre 46,80 euros y 19,08 euros, en función del grupo o subgrupo funcionarial al que pertenezca el mutualista. Anexo XIII Resolución de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos, de 4 de enero de 2010.
[337] AA.VV.: *Memento Práctico Francis Lefebvre. Empleado Público 2010-2011,* Madrid (Francis Lefebvre), 2010, pág. 718.
[338] SSTSJ, Cont.-Admtivo., Granada 18 marzo 2002 (JUR 2002, 140572), La Rioja 3 diciembre 2003 (JUR 2005, 201563) y Madrid 23 octubre 2006 y 13 febrero 2008 (JUR 2007, 166276 y 2008, 284995).
[339] STSJ, Cont.-Admtivo., Murcia 7 noviembre 2008 (JUR 2009, 120025).

2.- La cotización a ISFAS es, con carácter general, obligatoria para todos los sujetos incluidos en su ámbito subjetivo. A tal efecto, la base será la que en cada momento se establezca como haber regulador a efectos de cotización de derechos pasivos (art. 27.1 RD 1726/2007). No obstante, para los alumnos que perciban retribuciones referidas a un grupo de clasificación (único supuesto en que surge para ellos la obligación de cotizar), ésta será el haber regulador que corresponda a su efectivo grupo de clasificación (art. 27.2 RD 1726/2007)[340].

El tipo de cotización será fijado anualmente en la Ley de Presupuestos (art. 27.3 RD 1726/2007). Para el año 2010, el porcentaje coincide con el señalado en el apartado anterior, es decir, 1,69 por 100 (art. 130.2.1 Ley 26/2009)[341]. La cotización se mantiene en los períodos de disfrute de licencias sin derecho a retribución, pero no se ingresa en esos meses, sino una vez producida la reincorporación, es decir, cuando el afiliado perciba de nuevo las retribuciones "se descontará, junto a la cantidad que corresponda a cada nómina, una mensualidad completa o fracción, de las transcurridas en dicha situación, continuando este sistema en las sucesivas nóminas hasta la total extinción de los devengos oportunos" (arts. 4 y 5 Orden 209/2004, de 13 de diciembre)[342].

3.- La cotización a MUGEJU es preceptiva para todos los mutualistas en situación de servicio activo o en prácticas, excedencia forzosa, servicios especiales, suspensión de funciones o para quienes mantengan su situación de alta pese a la pérdida de la condición de funcionario por causa distinta a la jubilación (art. 10.1 RD legislativo 3/2000)[343]. Es más, la obligación de ingreso de las cuotas subsiste, sin merma alguna, durante el tiempo de disfrute de licencias sin derecho a retribución (art. 10.5 RD Legislativo 3/2000). La base de cotización será la establecida como haber regulador a efectos de clases pasivas (art. 10.2 RD Legislativo 3/2000). El tipo porcentual será fijado, igualmente, en la Ley de Presupuestos, estando cifrado para el año 2010 en el 4,86 por 100 (art. 130.3.1 Ley 26/2009). La recaudación de la cuota individual se hará mediante retención, a realizar en el momento de abono de los haberes [arts. 44 a) y 45.1 RD 3282/1988], si bien la aportación de los mutualistas en situación de supernumerario, excedencia voluntaria y uso de licencia sin derecho a sueldo, deberá ser ingresada directamente en la Mutualidad dentro del mes siguiente al devengo [arts. 44 b) y 45.2 RD 3282/1978][344]. Como peculiaridad, los mutualistas voluntarios deben abonar la totalidad de la aportación del Estado, incluida la relativa a los pensionistas exentos de cotización, a diferencia de lo que sucede en el Mutualismo administrativo y militar[345].

En fin, característica común de los tres es, como se ha podido comprobar, la inferior contribución del funcionario en relación con los demás sujetos incluidos en los restantes Regímenes que integran el Sistema español de Seguridad Social. Ello resulta parcialmente explicable en atención a la inferior protección dispensada por el mecanismo

---

[340] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "Regímenes especiales de los funcionarios públicos", cit., págs. 853.
[341] BLASCO LAHOZ, F.J.: "Regímenes especiales de funcionarios", cit., págs. 447-448.
[342] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, cit., pág. 166.
[343] Siguiendo el principio de retención de cuotas por la Mutualidad, STS, Cont.-Admtivo., 9 diciembre 2004 (RJ 2004, 8175).
[344] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "Regímenes especiales de los funcionarios públicos", cit., págs. 853.
[345] RODRÍGUEZ CARGO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, cit., pág. 146.

mutualista, toda vez que fuera de él queda la prestación por desempleo y todo el elenco de derechos pasivos protegidos por la LFCE[346]. Tampoco hay que olvidar la manifiesta tendencia a trasladar el coste de gestión a la sociedad en general o, mejor dicho, a los sectores de la misma afectados por las tareas públicas que desarrollan los funcionarios[347]. En concreto, el Estado sufraga los gastos de funcionamiento de la Entidad Mutualista, pues los funcionarios que desempeñan los trabajos administrativos a favor de ésta son retribuidos por el primero, conforme también sucede con los locales, instalaciones, medios materiales... etc. De ahí que un control exhaustivo de costos directos o indirectos de todas y cada una de las Mutualidades existentes demostraría cómo la aportación del Estado no es en absoluto ínfima[348].

Por otro lado, la aportación del Estado a MUFACE, destinada a financiar todas las prestaciones a excepción de las familiares por hijo a cargo, supondrá el 5,03 por 100 de los haberes reguladores a efectos de cotización de derechos pasivos, correspondiendo el 4,85 a la aportación por activo y el 0,02 por 100 a la aportación por pensionista exento de cotización (art. 130.1.2 Ley 26/2009). Por su parte, la contribución estatal al ISFAS está cifrada en el equivalente al 10,04 por 100 de los haberes reguladores a efectos de cotización de derechos pasivos, correspondiendo el 4,85 a la aportación por activo y el 5,19 por 100 a la aportación por pensionista exento de cotización (art. 130.2.2 Ley 26/2009). En fin, la aportación del Estado a la MUGEJU representa el 4,85 por 100 de los haberes reguladores a efectos de cotización de derechos pasivos, correspondiendo el 4,84 a la aportación por activo y el 0,01 por 100 a la contribución por pensionista exento de cotización (art. 130.3.2 Ley 26/2009)[349].

Además del mantenimiento de las instalaciones y del pago de los costes del personal al servicio de la Mutualidad, de las aportaciones económicas del Estado en calidad de cotizaciones y de las cuotas del personal afiliado, el Mutualismo administrativo cuenta con otros recursos para su financiación, principalmente los siguientes[350]: aportaciones y subvenciones estatales, bienes, derechos y acciones o frutos, rentas, intereses y productos obtenidos de sus bienes patrimoniales.

VII.- Contingencias protegidas

Los conceptos incluidos en la acción protectora del Régimen Mutualista, al menos como principio de cobertura, se identifican, si bien no faltan señeras excepciones, con los del Régimen General, o lo que es lo mismo, con el ideal de tutela que hoy adoptan los diversos Sistemas[351]. En todo caso, la protección mutualista de los funcionarios se centra especialmente en aquellas contingencias que no impliquen el abandono de la vida activa,

---

[346] SEMPERE NAVARRO, A.V. y OLIVARES FRANCO, F.: "Notas sobre el régimen jurídico de la MUFACE", cit., pág. 34.

[347] En lo que se ha venido a considerar como "cuota patronal inexistente", COMAS BARCELÓ, A.: "La posible integración de los regímenes especiales de funcionarios públicos en el régimen general", *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008, pág. 180.

[348] CARRASCO BELINCHÓN, J.: "Inexistencia de una normativa general en el sistema de previsión social mutualista de los funcionarios públicos del Estado", *DA*, núm. 71, 1963, pág. 103.

[349] BLASCO LAHOZ, J.F.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, M.A.: *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, cit., págs. 392, 447 y 467.

[350] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, F.: "Regímenes especiales de los funcionarios públicos", cit., pág. 858.

[351] SEMPERE NAVARRO, A.V. y OLIVARES FRANCO, F.: "Notas sobre el régimen jurídico de la MUFACE", cit., pág. 47.

momento en el cual entra el radio de acción del Régimen de Clases Pasivas, aunque el funcionario puede mantenerse en alta como mutualista[352].

Al igual que en el Régimen General, se otorga un tratamiento singular a los riesgos de origen profesional. La condición de ajenidad implícita a la prestación de actividad por parte de los funcionarios justifica que el "accidente en acto de servicio" se aproxime al de "accidente de trabajo" de los arts. 115 y 116 LGSS y que el RD 1299/2006, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales, constituya norma de obligada referencia en el Mutualismo administrativo, todo ello completado con el traslado y adopción del notable acervo jurisprudencial del orden social que ha contribuido a clarificar los límites de esas contingencias y las comunes[353].

Cabe aclarar, sin embargo, que se hayan producido o no incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales, en el Mutualismo funcionarial (tampoco en el Régimen de Clases Pasivas) no se contempla la figura del recargo de prestaciones a que hace referencia el art. 123 LGSS[354], al que sí tendrá que hacer frente la Administración respecto de su personal funcionario y laboral encuadrado en el Régimen General[355]. Cabe solicitar, no obstante, responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento anormal (arts. 139 y ss. LRJAP)[356].

En cuanto a los requisitos de acceso a la acción protectora, conviene precisar cómo, de un lado, resulta excepcional exigir un período de carencia previo, y, de otro, rige de forma plena el principio de automaticidad de las prestaciones. En virtud de este último, el funcionario puede causar prestaciones en supuestos de falta de afiliación y/o alta imputables a la Administración aunque la contingencia tenga origen común (art. 14.2 RD 375/2003), lo cual demuestra una diferencia notable respecto del Régimen General, que no extiende el alta de pleno derecho a las contingencias de carácter no profesional y, por tanto, deniega cualesquiera prestaciones en tales circunstancias, excepción hecha de la asistencia sanitaria[357].

1.- Ausencia de protección por desempleo

Como principal especialidad necesitada de una reflexión más detenida, cabe destacar que el Sistema de protección social de los Funcionarios públicos (sean Civiles del Estado, miembros de las Fuerzas Armadas o personal al servicio de la Administración de Justicia) no comprende la prestación por desempleo, dada la estabilidad en el desempeño de su actividad, garantizada por el incuestionado derecho al cargo (art. 14 EBEP), el cual queda directamente referido a dos tipos de inamovilidad: de una parte, la "relacional"

---

[352] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos,* cit., pág. 117.

[353] TORRENTE GARI, S.: "Acto de servicio y accidente de trabajo: una perspectiva jurisprudencial", *RDS*, núm. 27, 2004, págs. 184 y ss.

[354] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos,* cit., pág. 118.

[355] GARCÍA MURCIA, J.: "Responsabilidad por incumplimiento de las Administraciones Públicas", *Alcor de MGO*, núm. 9, págs. 118 y 119.

[356] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Responsabilidad patrimonial de la Administración en materia laboral. En especial, las lesiones por mobbing", en AA.VV (QUINTANA LÓPEZ, T., Dir.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública,* Valencia (Tirant Lo Blanch), 2009, págs. 613 y ss.

[357] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos,* cit., pág. 119.

(cargo en sentido subjetivo), protegiendo al funcionario de la libre separación; de otra, la "funcional" (cargo en sentido objetivo), a proyectar sobre el puesto de trabajo de adscripción, para garantizar su permanencia en el mismo excluyendo la remoción sin causa y evitando cualesquiera "amenazas" en el libre ejercicio de sus labores[358].

Únicamente, como primera excepción a esta pauta general, cabe señalar que "los Militares profesionales de Tropa y Marinería que mantengan una relación de servicios de carácter temporal se encontrarán en situación legal de desempleo, a efectos de la protección correspondiente, cuando finalice el compromiso que tengan suscrito…" (disposición adicional 4ª Ley 8/2006). Esta prestación será compatible con la asignación de reservistas de especial disponibilidad, computándose como renta a efectos de lo dispuesto en el art. 215.3 LGSS, relativo al subsidio asistencial por desempleo[359].

Como segunda regla particular, cabe señalar que también tiene derecho a la protección por desempleo el personal que preste servicios a término en el Centro Nacional de Inteligencia cuando "no tenga ninguna vinculación previa de carácter permanente funcionarial o laboral con las Administraciones Públicas"; a tal fin –y sin perder de vista la confidencialidad a la que se ve sometido el Ente receptor de los servicios--, este personal debe efectuar "sus aportaciones en una lista clasificada" (art. 35 RD 1324/1995, de 28 de julio)[360].

2.- Asistencia sanitaria

Atendiendo a su vocación universal como derecho de la ciudadanía, el diseño de esta prestación en los Regímenes Especiales de Funcionarios viene a coincidir en lo sustancial con lo previsto para el resto de los trabajadores en cuanto a su objeto, contenido y alcance[361]. Cabe destacar, no obstante, alguna especialidad digna de mención:

1.- La principal viene dada por la modalidad de disfrute, pues ésta será facilitada por la Mutualidad correspondiente, bien directamente o por concierto con otras entidades o establecimientos públicos o privados y preferentemente con instituciones de la Seguridad Social[362], correspondiendo la opción al beneficiario[363].

---

[358] Sobre el trabajo de MARTÍN MATEO, R.: "La inamovilidad de los funcionarios", *Revista de Administración Pública*, núm. 51, 1996, págs. 23 y ss. ó ARROYO YANES, L.M.: "El desempeño de funciones y cometidos de hecho por parte de los funcionarios públicos y su problemática jurídica", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 24, 1995, pág. 64.

[359] VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, 5ª edición, Madrid (Tecnos), 2009, pág. 562.

[360] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, cit., pág. 177.

[361] VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, cit., pág. 567.

[362] Por Resolución de 15 de diciembre de 2009 se publican los conciertos suscritos por MUFACE con distintas entidades para la prestación de asistencia sanitaria en territorio nacional durante los años 2010 y 2011. Asimismo, por senda Resolución de 15 de diciembre de 2009 se publica el Acuerdo de prórroga para el año 2010 del concierto suscrito con Sanitas S.A. de Seguros, para la prestación de asistencia sanitaria a los mutualistas de MUFACE y sus beneficiarios destinados y/o residentes en el extranjero.

[363] BLASCO LAHOZ, J.F.: "Las prestaciones sanitarias del mutualismo administrativo", *AL*, T. III, 2002, págs. 937 y ss.

Cuando la asistencia se preste mediante concierto[364], los mutualistas pueden elegir libremente, en el momento de la afiliación, la entidad concertada que deseen, siendo posible cambiar la seleccionada en el mes de enero de cada año[365]. En todo caso, la Mutualidad ha de garantizar la libre elección de facultativo[366], "salvo para la medicina general/urgencias en municipios rurales de 5.000 a 20.000 habitantes (subcontratada con el Sistema Público de Salud) o para especialistas en localidades con hospital militar (de uso obligado por el personal encuadrado en el ámbito subjetivo del ISFAS)"[367].

Los asegurados deben utilizar los servicios médicos asignados, no pudiendo acudir por iniciativa propia, o de sus familiares, a consultas externas basándose en apreciaciones subjetivas[368], pues, tal y como ha señalado la doctrina judicial, "las prestaciones asegurativas no son el derecho a la mejor asistencia posible, sino a la media, normal y regular, siendo el recurso a un facultativo ajeno al cuadro médico de la entidad aseguradora una opción legítima pero que escapa a las obligaciones que la aseguradora y la Mutualidad tienen contraídas, debiendo soportar el propio funcionario en ese caso los gastos que el ejercicio de tal opción represente"[369].

En consecuencia, no cabe servirse de medios ajenos por decisión personal, habida cuenta los Entes Gestores no están obligados a abonar los costes que puedan ocasionarse en estos casos, siempre y cuando no concurra causa *ad hoc*: denegación injustificada de la asistencia, carencia de medios adecuados para atender la necesidad médica o urgencia vital (art. 78.1 RD 375/2003, art. 62 RD 1726/2007 y art. 66 RD 3283/1978)[370]. Cuestión

---

[364] Cuya finalidad es garantizar "la plena cobertura de los asegurados en las contingencias vitales y de enfermedad". STSJ, Cont.-Admtivo., 26 enero 1999 (RJ 1999, 346).

[365] LOPEZ GANDÍA, M. y MOMPARLER CARRASCO, M.A.: "La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas ante los sistemas privados de pensiones", *RDS*, núm. 24, 2004, pág. 36. En la doctrina judicial, SAN, Cont.-Admtivo., 25 enero 2001 (JUR 2001, 73933).

[366] En el ámbito de MUFACE, SSTSJ, Cont.-Admtivo., Galicia 19 noviembre 2003 (JUR 2004, 76908), Castilla y León/Valladolid 28 septiembre 2004 (JUR 2004, 273743), Madrid 8 marzo 2005 (JUR 2005, 178265) y Asturias 17 mayo 2006 (JUR 2006, 240825). Para ISFAS, STSJ, Cont.-Admtivo., Castilla y León/Valladolid 30 marzo 2001 (JUR 2001, 166900).

[367] GARCÍA MARCO, C.: "La prestación farmacéutica de las mutualidades de funcionarios españoles: ¿buena, bonita y barata?", *Revista de Administración Sanitaria*, núm. 5, 2007, pág. 19.

[368] STSJ, Cont.-Admtivo., Murcia 3 marzo 1999 (RJCA 1999, 1107).

[369] STSJ, Cont.-Admtivo., Galicia 15 diciembre 1999 (RJCA 1999, 5154). Mención especial merece el procedimiento judicial en el que se establece que si la actora fue intervenida en un centro incluido en el cuadro de la aseguradora, aquélla debe correr con los honorarios del médico ajeno a la entidad pero no con los demás concertados ni con los gastos hospitalarios. STSJ, Cont.-Admtivo., Canarias/Las Palmas 2 mayo 2008 (JUR 2008, 303662).

[370] En el ámbito de MUFACE, SSTS, Cont.-Admtivo., 1 junio 1996 (RJ 1996, 4775), 29 septiembre 1998 (RJ 1998, 8173) y 29 marzo 1999 (RJ 1999, 2832). También, SSTSJ, Cont.-Admtivo., Castilla-La Mancha 4 diciembre 1998 (RJCA 1998, 4733) y 7 julio 1999 (RJCA 1999, 3087), Andalucía/Málaga 21 diciembre 2001 (RJCA 2002, 535), Asturias 7 junio 1996 (RJCA 1996, 814) y 27 junio 2003 (RJCA 2003, 1097), Cataluña 21 marzo 1997 (RJCA 1997, 770), 2 abril y 17 junio 1998 (RJCA 1998, 1216 y 905), 7 octubre 2004 (RJCA 2004, 1018) y 6 octubre 2007 (JUR 2007, 140622), Aragón 22 enero 2003 (JUR 2003, 208710), Castilla y León/Valladolid 3 abril 2001 (JUR 2001, 166984) y 7 mayo 2004 (JUR 2004, 279609), La Rioja 29 abril 2005 (JUR 2006, 281047), Comunidad Valenciana 16 junio 2003 (JUR 2004, 23978) y 23 febrero 2005 (JUR 2005, 109231), Canarias/Las Palmas 22 julio 2005 (JUR 2005, 216466), Andalucía/Sevilla 28 septiembre 2005 (JUR 2006, 51170), País Vasco 15 febrero 2006 (JUR 2006, 161243), Madrid 4 julio 2002 (RJCA 2003, 420), 18 mayo y 9 junio 2004 (JUR 2004, 233370 y RJCA 2004, 631), 23 octubre y 22 noviembre 2006 (JUR 2007, 166278 y 164405), 20 marzo y 11 abril 2007 (JUR 2007, 230543 y 274020), 28 abril 2008 (JUR 2008, 384382) y 25 noviembre 2009 (JUR 2010, 108865), País Vasco 15 febrero 2006 (JUR 2006, 161243), Galicia 20 febrero 2008 y 11 noviembre 2009 (JUR 2008, 356624 y 2010, 8277) y Murcia 6 marzo 2009 (JUR 2009, 333035). Por lo que se refiere a ISFAS, SSTSJ, Cont.-Admtivo., Murcia 3 marzo 1999 (RJCA 1999, 1107), Canarias/Las Palmas 14 julio 2000 (JUR 2001,

distinta es que de la mala praxis de un acto médico, efectuado en un centro sanitario afecto a una entidad aseguradora concertada con la Mutualidad administrativa correspondiente para la prestación sanitaria a sus mutualistas, deba responder dicha Mutualidad[371].

Con todo, los conceptos de urgencia vital y denegación injustificada de asistencia son distintos y no cabe confundir los presupuestos que han de concurrir en uno u otro para que se produzca el reintegro. En el primero, es suficiente con el hecho de que la no actuación terapéutica inmediata o la tardanza en la dispensa de la misma sea capaz de provocar, bien un riesgo negativo inminente o muy próximo para la supervivencia del enfermo, bien un daño irreparable para la integridad física de la persona[372]. En el segundo, sin embargo, es necesario que el mutualista haya solicitado autorización de los servicios de la entidad correspondiente[373] o que la asistencia sanitaria no le haya sido facilitada sin causa justificativa desde el punto de vista material de acuerdo con los conciertos vigentes[374] y sin ofrecer alternativa terapéutica[375].

2.- La prestación se dispensará a todos los incluidos en el ámbito subjetivo de cada uno de los Regímenes Especiales, incluyendo a los jubilados, a los beneficiarios y a los viudos y huérfanos de asegurados activos o retirados (arts. 15.1 RD Legislativo 1/2000 y 15.1 RD Legislativo 3/2000 y 15.1 RD Legislativo 4/2000)[376]. La condición de familiar-beneficiario se articulará por las normas del Régimen General, siendo menester tener siempre como referentes los arts. 100.1 c) LSS/1974 y 2.2 y 2.3 Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre. No obstante, se establecen previsiones particulares respecto de los viudos y huérfanos de funcionarios activos o jubilados (arts. 12.3 RD Legislativo 1/2000, 15.3 RD Legislativo 3/2000 y 15.3 RD Legislativo 4/2000), no en vano deben cumplir la siguiente condición para acceder a la protección[377]: no tener derecho a recibir asistencia sanitaria en virtud de ninguno de los otros Regímenes del Sistema español de Seguridad Social[378].

15384), Madrid 28 junio 2002 (JUR 2002, 237365), 26 julio 2005 (JUR 2005, 248859) y 11 mayo 2009 (RJCA 2009, 930), Andalucía/Granada 19 marzo 2001 (JUR 2001, 170468), Andalucía/Sevilla 25 mayo 2002 (JUR 2002, 269355) y 19 julio 2002 (JUR 2003, 6372), Comunidad Valenciana 9 junio 2001 (JUR 2004, 32527) y 27 septiembre 2002 (JUR 2004, 16993), Cataluña 6 febrero 2003 (JUR 2003, 148258), Aragón 25 marzo 2004 (JUR 2004, 269458) y 11 abril 2007 (JUR 2008, 53463) y Madrid 17 junio 2008 (JUR 2008, 283666). Para MUGEJU, SSTSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 5 noviembre 2000 (RJCA 1999, 4875), Comunidad Valenciana 22 julio 2002 (JUR 2004, 250876), Madrid 4 abril 2002 (JUR 2002. 235526) y 3 febrero 2004 (JUR 2004, 250876) y Castilla y León/Valladolid 26 octubre 2005 (JUR 2005, 272529).

[371] Por lo que se refiere a MUFACE, SSTS, Cont.-Admtivo., 3 julio 2003 (RJ 2003, 5431) ó 20 febrero y 24 mayo 2007 (RJ 2007, 843 y 5098). En el marco de ISFAS, SSTS, Cont.-Admtivo., 2 diciembre 1995 (RJ 1995, 9878), 3 julio 2003 (RJ 2003, 5431) y 20 febrero 2007 (RJCA 2007, 843).

[372] SSTSJ, Cont.-Admtivo., Comunidad Valenciana 7 junio 2000 (JUR 2001, 75087), Madrid 2 abril 2008 (JUR 2008, 162423), Cataluña 17 noviembre 2008 (JUR 2008, 161540) y Andalucía/Granada 13 y 16 marzo 2009 (JUR 2009, 260921 y 260919).

[373] SSTSJ, Cont.-Admtivo., Comunidad Valenciana 7 junio 2001 (JUR, 2001, 280569) y 2 junio 2002 (JUR 2002, 215237) o Madrid 3 junio 2008 (JUR 2008, 330083).

[374] SSTSJ, Cont.-Admtivo., Murcia 6 marzo 2009 (JUR 2009, 333035), Madrid 6 octubre 2008 (JUR 2009, 93458) y Castilla y León/Valladolid 26 junio 2009 (JUR 2009, 308468).

[375] STSJ, Cont.-Admtivo., Comunidad Valenciana 16 junio 2003 (JUR 2004, 23978).

[376] STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 18 mayo 2000 (RJCA 2000, 2096).

[377] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "Regímenes especiales de funcionarios", cit., pág. 873.

[378] En el ámbito de MUFACE, SSTSJ, Cont.-Admtivo., Cantabria 27 octubre 1998 (RJCA 1998, 3969) y 3 y 9 noviembre 1998 (RJCA 1998, 4451 y 4445), Castilla-La Mancha 9 y 31 enero 2001 (JUR 2001, 113838 y 116046), Aragón 14 marzo 2001 (JUR 2001, 284188) y 18 marzo 2002 (JUR 2002, 196688), Madrid 3 mayo 2001 (JUR 2001, 320254), Extremadura 7 mayo 2001 (JUR 2001, 197345) y Castilla y León/Valladolid 26 noviembre y 3 diciembre 2004 (JUR 2005, 15133 y 14847). En el marco de ISFAS, SSTSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 31 marzo 2004 (JUR 2004, 229335), 29 julio 2008 (JUR 2008, 383308),

3.- La asistencia sanitaria alcanza a la dispensa de los servicios médicos, quirúrgicos y farmacéuticos, conducentes a conservar o restablecer la salud y la aptitud para el trabajo de los beneficiarios, incluyendo la rehabilitación física necesaria en orden a la recuperación profesional de los incapacitados con derecho a ella (arts. 10 RD Legislativo 1/2000, 13 RD Legislativo 3/2000 y 13 RD Legislativo 4/2000)[379]. Las contingencias cubiertas son la enfermedad común o profesional, las lesiones ocasionadas por accidente común o acaecido en acto de servicio y el embarazo, el parto y el puerperio (arts. 11 RD Legislativo 1/2000, 14 RD Legislativo 3/2000 y 14 RD Legislativo 4/2000)[380].

La prestación comprende, de forma similar a lo señalado en el Régimen General[381], los servicios de atención primaria, incluidos los cuidados de urgencia en modalidad ambulatoria o a domicilio, la atención especializada ambulatoria u hospitalaria y los servicios de urgencia hospitalaria [arts. 13 a) RD Legislativo 1/2000, 65 RD 3283/1978 y 16 a) RD Legislativo 4/2000)][382]. Cierto es que la disposición adicional 4ª Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, y la disposición adicional única RD 1030/2006, de 15 de septiembre (actualizada por Orden de 26 de mayo de 2010), en virtud del cual se establece la cartera de servicios comunes de dicho Sistema, permiten a las Mutualidades de funcionarios establecer su propio elenco de servicios sanitarios[383], pero exigen el respeto a la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional, que actuaría como norma de mínimos[384].

Por su parte, las prestaciones complementarias integran, entre otros y como más destacados, los siguientes servicios[385]:

En el ámbito de MUFACE[386]: el transporte sanitario o desplazamiento en medio propio cuando esté debidamente justificado[387], la oxigenoterapia a domicilio, los

---

24 octubre 2008 (JUR 2009, 50293) y 26 noviembre 2009 (JUR 2010, 108840) y Murcia 30 junio 2001 (JUR 2001, 239887) y 5 octubre 2009 (JUR 2009, 469700).

[379] STSJ, Cont.-Admtivo., Cataluña 8 julio 2008 (JUR 2008, 315434). Para MUGEJU, SSTSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 22 octubre 2004 (JUR 2006, 223315) y Murcia 24 abril 2000 (JUR 2000, 142219).

[380] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "Regímenes especiales de los funcionarios públicos", cit., pág. 873.

[381] Para MUFACE, SSTSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 6 mayo 1998 (RJCA 1998, 1788), 15 marzo 2002 (RJCA 2002, 827), 10 enero 2004 (JUR 2005, 4439) y 12 enero 2005 (JUR 2005, 71544). Para ISFAS, STSJ, Cont.-Admtivo., Murcia 16 noviembre 2001 (JUR 2002, 27752).

[382] BLASCO LAHOZ, J.F.: "Las prestaciones sanitarias del Mutualismo administrativo", *AL*, T. III, 2002, págs. 937 y ss.

[383] HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: "Reflexiones críticas sobre el catálogo de prestaciones y la cartera de servicios comunes del sistema nacional de salud", *TL*, núm. 88, 2007, págs. 53 y ss.

[384] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, cit., pág. 121.

[385] CORRAL VILLALBA, J.: *Régimen económico del personal de las Administraciones Públicas*, cit., págs. 873 y ss.

[386] GARCÍA MARCO, C.: "El catálogo de prestaciones sanitarias complementarias de MUFACE. Un ejemplo de falta de equidad, coordinación y armonización del sistema sanitario", *Salud 2000: Revista de la Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública*, núm. 85, 2002, págs. 13-14.

[387] SSTSJ, Cont.-Admtivo., La Rioja 30 diciembre 1996 (RJCA 1996, 2218), Andalucía/Granada 13 julio 1998 (RJCA 1998, 2601), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 15 noviembre 2001 (JUR 2002, 108349) y Comunidad Valenciana 22 octubre 2008 (JUR 2009, 64822).

tratamientos dietoterápicos y dietas enterales[388], las prestaciones ortoprotésicas (implantes quirúrgicos, prótesis externas, vehículos para inválidos, órtesis y prótesis especiales)[389], otras prestaciones mencionadas en los Anexos II, III y IV de la Orden de 18 de septiembre de 2001, actualizadas por Resolución de 8 de mayo de 2007 (prestaciones dentarias[390], oculares[391], audífono, bomba externa de difusión subcutánea continua de insulina, laringófono y colchón antiescaras)[392] y, por remisión, cualquier otra que se determine en el ámbito del Régimen General [art. 74 d) RD 375/2003][393], debiendo entender incluida la modalidad de hospitalización domiciliaria[394] y excluido cualquier tratamiento cuyo beneficio sea puramente estético, salvo cuando derive de procesos de enfermedad que alteren la normalidad física o psíquica del paciente[395]. Singular atención merece la dispensa de tratamientos de fecundación asistida al mutualista o a su pareja siempre que ésta tenga la condición de beneficiaria[396], deviniendo necesario que la causa de esterilidad sea patológica (no fisiológica)[397], con independencia del miembro de la pareja al que afecte la imposibilidad de procreación[398].

Cabe indicar también que, en cumplimiento de lo previsto en Reglamento CE 987/2009, por el que se adoptan normas de aplicación del Reglamento CE 883/2004, sobre coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, ha sido habilitado el disfrute de

---

[388] Incluyendo, según la Orden de 15 de julio de 1998: tratamientos dietoterápicos complejos, es decir, aquéllos que se llevan a cabo con alimentos dietéticos destinados a usos médicos especiales para pacientes que padezcan algún trastorno metabólico congénito establecido en el Anexo II de la citada Orden; los de nutrición enteral, aplicados en el curso de una hospitalización domiciliarias en relación con las mismas patologías y que requieran para su administración medios humanos y técnicos adecuados; y los de nutrición enteral domiciliaria, esto es, aquéllos que se administran por vía digestiva con el fin de evitar o reconducir la desnutrición de los pacientes no hospitalizados en relación con idénticas dolencias y que no requieran para su administración medios humanos y técnicos especiales.

[389] Incluido coche grande de niño, el cual, pese a no tener la consideración de vehículo para inválido, constituye un dispositivo que permite el desplazamiento físico de una persona que no puede hacerlo por sí misma, STSJ, Cont.-Admtivo., 10 marzo 2000 (JUR 2000, 280562). Se cubre, también, la implantación de dentadura definitiva como único tratamiento idóneo ante una malformación congénita de falta de dentición, STSJ, Cont.-Admtivo., 24 marzo 2005 (JUR 2005, 125011). Igualmente, se entiende financiado un injerto óseo en cavidad bucal, STSJ, Cont.-Admtivo., 28 abril 2000 (JUR 2000, 236359). Asimismo sucede con la colocación de una prótesis acrílica "tipo banana", STSJ, Cont.-Admtivo., 24 abril 2002 (JUR 2003, 86325).

[390] Ayudas económicas para la dentadura completa, dentadura superior o inferior, piezas dentales, empastes, implante ostointegrado, tratamiento de ortodoncia, por una sola vez, para menores de 18 años y endodoncia.

[391] Auxilios monetarios para gafas de lejos o cerca, bifocales y/o progresivas, gafas telelupa, sustitución de cristales, lentillas, lentillas desechables, lentes terapeúticas y prismas.

[392] Cabe entender incluida la adquisición de zapatillas deportivas ortopédicas, STSJ, Cont.-Admtivo., 7 mayo 2002 (JUR 2003, 102513). También lo está el tratamiento de ortodoncia para menores de dieciocho años, STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 25 noviembre 2009 (JUR 2010, 108858). No está protegida, sin embargo, la ayuda para la adquisición de un colchón modular de látex, STSJ, Cont.-Admtivo., Aragón 29 mayo 2000 (RJCA 2000, 2456).

[393] DOLZ LAGO, M.J.: *El régimen especial de Seguridad Social de los funcionarios de la Administración Civil del Estado*, cit., págs. 230 y ss.

[394] STS, Cont.-Admtivo., 6 junio 2001 (RJ 2001, 5725).

[395] STSJ, Cont.-Admtivo., Asturias 4 noviembre 1998 (RJCA 1998, 3754). Se debe entender excluida, por tanto, una intervención quirúrgica de liposupción, STSJ, Cont.-Admtivo., Aragón 15 junio 1998 (RJCA 1998, 3505).

[396] SSTSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 18 junio 2003 (JUR 2004, 144069) y 7 abril 2004 (JUR 2006, 201127), Andalucía/Málaga 30 junio 2004 (JUR 2005, 159227) y Andalucía/Sevilla 13 julio 2001 (JUR 2002, 33414) y 21 febrero 2006 (JUR 2006, 161098).

[397] SSTSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 8 junio 2001 (JUR 2002, 29374), 10 abril 2007 (RJCA 2007, 230537) y 5 mayo 2008 (RJCA 2008, 749).

[398] STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 1 febrero y 12 marzo 2002 (JUR 2002, 234604 y 235240).

la tarjeta sanitaria europea, definida como el documento personal e intransferible que acredita el derecho de su titular a recibir las prestaciones sanitarias que resulten necesarias, desde un punto de vista médico, durante su estancia temporal, por motivos de trabajo, estudios o turismo, en el territorio de cualquier país de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo y de Suiza, de conformidad con la normativa del país de destino[399].

b) En el marco de ISFAS: el transporte sanitario[400] o desplazamiento privado debidamente justificado[401], la dietoterapia[402], la oxigenoterapia a domicilio (Orden 3 marzo 1999) y la prestación ortoprotésica, que incluye las prótesis quirúrgicas fijas y su oportuna renovación, las ortopédicas permanentes o temporales (externas) y su reemplazamiento[403] y los vehículos para inválidos (art. 59 RD 1726/2007)[404], así como los servicios de información y documentación sanitaria (art. 60 RD 1726/2007)[405], incluyendo ayudas económicas para actuaciones bucodentales, oculares, audífonos, laringófonos, etc. (Resolución 4B0/38276/2009, de 16 de diciembre)[406]. Al igual que en el régimen anterior, procede entender incluidos los tratamientos de fertilidad[407].

Funciona, al igual que en MUFACE, la tarjeta sanitaria europea. No cabe olvidar, sin embargo, que la dispensa de asistencia médica en el Régimen Especial de las Fuerzas Armadas viene marcada por la existencia de una red de atención sanitaria específica, llamada Sanidad Militar, la cual convive con el Sistema Público de Salud y con las entidades privadas concertadas por la Mutualidad gestora. La Sanidad Militar, dependiente del Ministerio de Defensa y no del ISFAS, parecía llamada en un principio a convertirse en la vía preferente para proporcionar atenciones y tratamientos, pero motivos de eficiencia y racionalización aconsejaron reorientarla hacia un ámbito logístico-operativo y pericial, quedando seriamente limitada su función asistencial al carecer de la dotación de infraestructuras y medios adecuados a lo largo del territorio nacional[408].

---

[399] BLASCO LAHOZ, F.J.: "Regímenes especiales de funcionarios", cit., págs. 451-453.

[400] Excepto aquellos traslados que se realicen en el ámbito de la asistencia sanitaria atribuida a la Sanidad Militar en los supuestos establecidos en la disposición adicional 5ª Ley 39/2007, de la Carrera Militar, y en el art. 96 Ley 42/1999, del Régimen de Personal del Cuerpo de la Guardia Civil.

[401] STSJ, Cont.-Admtivo., La Rioja 17 mayo 2000 (RJCA 2000, 1202).

[402] Existiendo un listado de patologías cuya nutrición enteral es financiada, al igual que sucede en el sistema público de salud, STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 18 febrero 2003 (JUR 2003, 186737).

[403] Sobre el baremo para prótesis y órtesis, STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 25 julio 2001 (JUR 2002, 11893). No queda incluida la prótesis capilar, STSJ, Cont.-Admtivo., Andalucía/Sevilla 21 diciembre 2000 (JUR 2001, 219154).

[404] Quedan excluidos los artículos que incorporan control por microprocesador, los efectos y accesorios, los de uso deportivo, los elaborados esencialmente de neopreno y los productos publicitarios, así como las fajas preventivas, las órtesis de pie, las rodilleras elaboradas con tejido sintético sin flejes, los sujetadores postoperatorios, las sillas de ruedas manuales con ruedas grandes delanteras maniobradas por los dos brazos y las sillas de ruedas propulsadas por el pie (apartado 5 y anexo 4 Resolución 4B0/38276 de 16 de diciembre de 2009, por la que se aprueba la cartera de servicios sanitarios del ISFAS).

[405] Por Orden de 18 de marzo de 2004, modificada por Orden de 18 de junio de 2009, se regula la colaboración concertada del Instituto Social de las Fuerzas Armadas con la Sanidad Militar. Asimismo, por Resolución de 10 de diciembre de 2009 se publican los conciertos suscritos con entidades de seguro para la asistencia sanitaria de los beneficiarios de ISFAS.

[406] Tradicionalmente ha venido estando excluida la enfermedad de alzheimer, SSTSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 7 febrero y 13 mayo 2005 (JUR 2005, 94127 y 1076). Tampoco está incluida la intervención con láser para corregir el astigmatismo, STSJ, Cont-Administrativo, Madrid 28 enero 2003 (JUR 2003, 186053).

[407] STSJ, Cont.-Admtivo., Comunidad Valenciana 27 febrero 2003 (JUR 2004, 22620).

[408] La disposición adicional 5ª Ley 39/2007 atribuye a la Sanidad Militar la dispensación de asistencia sanitaria a los contingentes militares españoles destacados en misiones internacionales, formando parte de fuerzas expedicionarias, de dotaciones de buques y su personal embarcado o participado en ejercicios

c) Por lo que hace a MUGEJU: el traslado de enfermos y transporte, estancia y manutención del acompañante[409], prestaciones ortoprotésicas (implantes quirúrgicos, prótesis externas, sillas de ruedas, órtesis y ortoprotesis especial)[410], tratamiento de psicoterapia[411], reproducción asistida, ayuda a la hospitalización psiquiátrica y a la intervención oftalmológica por defectos de refracción. Dos especialidades adicionales son dignas de destacar en este ámbito[412]: de un lado, en los casos de accidente en acto de servicio y enfermedad profesional, la asistencia sanitaria se extiende a la cirugía estética que guarde relación con la contingencia, así como a toda clase de prótesis, órtesis y demás prestaciones complementarias que se consideren necesarias en atención al proceso patológico; de otro, en los supuestos de intervención o tratamiento médico especial que, siendo objeto de financiación por el Sistema Público de Salud, no puedan proporcionarse a través de los medios propios de la medicina pública o privada dentro del territorio nacional a causa de imposibilidad técnica, la Mutualidad podrá autorizar el reintegro de gastos derivados de la prestación asistencial requerida en país extranjero[413].

3.- Prestación farmacéutica

Comprende las fórmulas magistrales, las especialidades y los efectos y accesorios farmacéuticos y otros productos sanitarios [arts. 13 b) RD Legislativo 1/2000, 65 RD 3283/1978 y 16 b) RD 375/2003][414], con la extensión reconocida a los beneficiarios del Régimen General de la Seguridad Social en el art. 105 LSS/1974 y en numerosas normas de desarrollo[415]. Quedan excluidos, por tanto, los cosméticos o tratamientos destinados a tal utilización, dietéticos, aguas minerales, elixires bucodentales, dentífricos, artículos de confitería medicamentosa, jabones medicinales, especialidades farmacéuticas publicitarias y demás productos similares, así como todos aquéllos que, según la normativa sanitaria vigente en cada momento, estén o sean marginados de la correspondiente financiación con cargo a fondos de la Seguridad Social o fondos estatales afectos a la Sanidad[416].

---

tácticos. Tiene encomendada también la valoración de las condiciones psicofísicas necesarias para ingresar y, en su caso, permanecer en centros docentes militares, así como para determinar la insuficiencia temporal o definitiva de esas condiciones a los fines de baja temporal en el servicio –salvo que la duración estimada de la baja no supere un mes—, o de la limitación para ocupar determinados destinos, del retiro por inutilidad permanente para el servicio o de la resolución del compromiso, según corresponda. Puede, al tiempo, determinar el grado inicial de incapacidad, así como su agravación, y la existencia de lesiones permanentes no invalidantes, respecto a la prestación de inutilidad para el servicio. Por extenso, RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos,* cit., pág. 169.

[409] Resolución de la Gerencia de la Mutualidad General Judicial de 31 de marzo de 2009 (BOE de 14 de abril de 2009). Entendiendo incluido el desplazamiento en vehículo particular, STSJ, Cont.-Admtivo., Castilla-La Mancha 15 diciembre 1999 (RJCA 1999, 4691).

[410] Vid. catálogo de material ortoprotésico (BOE de 23 de mayo de 2008).

[411] Resolución de la Gerencia de la Mutualidad General Judicial de 31 de marzo de 2009.

[412] MUGEJU: *Guía de prestaciones,* www.mjusticia.es

[413] BLASCO LAHOZ, F.J.: "Regímenes especiales de funcionarios", cit., págs. 469-471.

[414] Entendiedo incluidos, a título de ejemplo, los medicamentos para el tratamiento de la hormona del crecimiento [STSJ, Cont.-Admtivo., 23 mayo 2007 Canarias/Santa Cruz de Tenerife (JUR 2007, 295412)] o para enfermedades infecciosas [STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 22 febrero 2003 (JUR 2003, 186881)].

[415] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "Regímenes especiales de los funcionarios públicos", cit., pág. 874.

[416] Comprendidos quedan los "pañales absorbentes de incontinencia de orina". GARCÍA MARCO, C.: "La prestación farmacéutica de las mutualidades de funcionarios españoles: ¿buena, bonita y barata?",

El pago de los medicamentos se distribuirá entre la Gestora y los beneficiarios, quienes participarán mediante el abono de una cantidad por receta o, en su caso, por medicamento [arts. 13 b) RD Legislativo 1/2000, 16.2 RD Legislativo 3/2000 y 16 b) RD Legislativo 4/2000]. Mientras en el Régimen General se abona el 40 por 100 del valor de los fármacos por quienes están en activo, en el ámbito de las Mutualidades el importe ha sido fijado, con carácter general, en el 30 por 100 del precio de venta al público del producto descrito, tanto para los mutualistas en situación de actividad como para los jubilados, quienes no tienen reconocida la exoneración de la prestación farmacéutica[417].

La excepción a estas pautas y, por tanto, la gratuidad de los fármacos viene dada, tal y como sucede en el Régimen General, por los tratamientos dispensados en las instituciones clínicas propias o concertadas por la Entidad Gestora correspondiente y por los que tengan su origen en accidentes en acto de servicio o enfermedades profesionales [arts. 82 RD 375/2003 y 63 RD 1726/2007][418]. Una peculiaridad procede destacar, no obstante, en el ámbito del Mutualismo Judicial, pues, a diferencia de los otros dos Regímenes Especiales de Funcionarios (e, incluso, de lo que sucede en el General), el art. 67 RD 3283/1978 no prevé la gratuidad de los medicamentos que formen parte del tratamiento derivado de alteraciones de la salud producto de contingencias profesionales. Para evitar esta diferencia de trato difícilmente justificable, se ha articulado un mecanismo de reembolso de gastos *a posteriori* [Circular número 76 del Ministerio de Justicia, de 21 de septiembre de 2005][419].

No hay que silenciar tampoco que existe una aportación reducida de un 10 por 100 sobre el precio de venta al público, sin que el importe total pueda exceder de 2,64 euros por envase, en los casos de medicamentos indicados para algunas enfermedades crónicas o graves. A tales efectos, debe tenerse en cuenta lo previsto en el RD 2310/2008, de 26 de diciembre, que se ha encargado de regular el procedimiento para aplicar las deducciones correspondientes a la dispensación de fármacos de uso humano con cargo a las Mutualidades de Funcionarios[420].

Debe señalarse, además, que la prescripción se realiza en las recetas oficiales establecidas por la Mutualidad, con la peculiaridad, respecto del Régimen General, de que es el propio mutualista el depositario de dichos talonarios, obteniéndolos en las respectivas Delegaciones, lo cual, aunque simplifica trámites burocráticos, puede provocar, en el sentir de algún sector de la doctrina, un menor control sobre la expedición de medicamentos[421].

---

cit., pág. 28. En la doctrina judicial, STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 25 febrero 2009 (JUR 2009, 346732).

[417] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, cit., pág. 122.

[418] SEMPERE NAVARRO, A.V. y OLIVARES FRANCO, F.: "Notas sobre el régimen jurídico de la MUFACE", cit., pág. 58. No se reconocer, sin embargo, la aportación gratuita cuando se acredite que la dispensación de la prestación farmacéutica es totalmente ajena a los efectos derivados de la enfermedad profesional, STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 8 julio 2008 (JUR 2008, 328977).

[419] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, cit., pág. 148.

[420] BLASCO LAHOZ, F.J.: "Regímenes especiales de funcionarios", cit., pág. 407.

[421] LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, M.A.: "La protección social de los funcionarios públicos. Régimen actual y perspectivas ante los sistemas privados de pensiones", *RDS*, núm. 25, 2004, págs. 38-39.

Pese a la uniformidad de la ordenación señalada para todos los Regímenes de Funcionarios, existe, empero, una regla peculiar para las prestaciones farmacéuticas a cargo del ISFAS, pues al contar con un servicio farmacéutico específico, los productos elaborados por dicho servicio quedarán extramuros de la protección dispensada en los supuestos y con los requisitos y condiciones que se establezcan en los distintos conciertos suscritos entre el ISFAS y los órganos competentes del Ministerio de Defensa (art. 63 *in fine* RD 1726/2007).

4.- Incapacidad temporal para el servicio

Esta contingencia comprende, al igual que en el Régimen General, las situaciones de enfermedad o accidente (incapacidad temporal real) y los denominados períodos de observación en caso de dolencia profesional (incapacidad temporal presunta)[422]. Ahora bien, las Mutualidades de funcionarios no intervienen en su gestión del mismo modo que lo hace el INSS, sino que se limitan al pago del subsidio cuando proceda, pues no son competentes a efectos de declaración y reconocimiento de la situación, la cual deriva de la concesión de la licencia correspondiente[423]. Procederá su reconocimiento, por tanto, a un órgano administrativo no especializado en tales menesteres; todo ello sin perjuicio de que éste pueda (con carácter opcional) "hacer uso del asesoramiento facultativo propio o ajeno que considere oportuno"[424]. En todo caso, el otorgamiento de la licencia deviene obligatorio tras la presentación del pertinente parte médico justificativo[425]. Lógicamente, la Mutualidad puede poner en conocimiento del órgano competente la concurrencia de una causa de anulación o suspensión del subsidio[426].

Aun cuando en el ámbito de ISFAS y de MUGEJU no es necesario que el funcionario esté impedido para el trabajo ni que reciba asistencia sanitaria para el disfrute de la situación de incapacidad temporal, el art. 88 RD 375/2003, en la redacción proporcionada por el RD 2/2010, de 8 de enero, exige, cuando de funcionarios civiles del Estado se trata, la concurrencia de los tres requisitos siguientes, en lo que supone una clara aproximación al Régimen General de la Seguridad Social: a) padecer proceso patológico; b) recibir asistencia sanitaria para su recuperación; y c) haber obtenido licencia por enfermedad.

1.- En el Régimen General, y de tratarse de contingencias comunes, se establece una percepción del 60 por 100 de la base reguladora entre el cuarto y el vigésimo día de baja o del 75 por 100 a partir del vigésimo primer día; si la causa fuera profesional, la cuantía será del 75 por 100 desde el día siguiente a la baja (Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre). Por contra, dentro el ámbito de MUFACE, y tras la modificación introducida por el mencionado RD 2/2010, el funcionario tendrá derecho a percibir los siguientes derechos económicos:

---

[422] RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.; GORELLI HERNANDEZ, J. y VILCHEZ PORRAS, M.: *Sistema de Seguridad Social*, cit., pág. 426.

[423] LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: *Permisos y licencias de los funcionarios públicos*, 2ª ed., Pamplona (Aranzadi), 2007, págs. 433 y ss.

[424] LORENZO DE MEMBIELA, A. J.: *Permisos y licencias de los funcionarios*, cit., págs. 161 y ss.

[425] STS, Cont.-Admtivo., 18 septiembre 2001 (RJ 2001, 7899) y STSJ, Cont.-Admtivo., Baleares 5 noviembre 1996 (RJCA 1996, 1919).

[426] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, cit., pág. 124.

a) Durante los primeros tres meses, la totalidad de las retribuciones básicas y de las retribuciones complementarias en la misma cuantía que le correspondería en cada momento en su puesto de trabajo si no se encontrase en situación de incapacidad temporal.

b) A partir del cuarto mes, y mientras dure dicha situación, tendrá derecho al percibo de las retribuciones básicas que le corresponderían en cada momento en su puesto de trabajo si no se encontrase en incapacidad temporal, la prestación por hijo a cargo, si procediera, y un subsidio complementario a cargo de MUFACE, de cuantía fija e invariable, que será la mayor de las siguientes cantidades (art. 94 RD 375/2003): bien el 80 por 100 de las retribuciones básicas (sueldo, trienios y grado, en su caso)[427] incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria, correspondientes al tercer mes de licencia, bien el 75 por 100 de las retribuciones devengadas en el tercer mes de licencia (art. 96 RD 375/2003). No se computarán para el cálculo de este auxilio los siguientes conceptos: las gratificaciones por servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo [art. 24 d) EBEP], la indemnización por residencia (Decreto 361/1971, de 18 de febrero y RD 3393/1981, de 29 de diciembre) y los auxilios por razón del servicio, consistentes en dietas, compensaciones de residencia eventual y gastos de viaje (RD 462/2002)[428].

Para el cálculo de la cuantía del subsidio se tendrán en cuenta las reglas siguientes: 1ª) Se entenderán devengadas en el tercer mes de licencia aquellas retribuciones básicas y complementarias que hayan de ser imputadas a dicho mes en virtud de disposición o acto administrativo que así lo reconozca con independencia del momento en el que se produzca su percepción. 2ª) Si se acreditasen retribuciones complementarias con periodicidad superior a la mensual, se imputará al mes en que se inició la tercera licencia la parte alícuota que corresponda de dichas retribuciones. 3ª) En el supuesto de que los ingresos derivados del puesto que viniera desempeñando el afectado no sean los que le correspondan como funcionario de carrera, se atenderá al importe de las últimas retribuciones que haya percibido en su condición de funcionario público, actualizadas al mes de la tercera licencia por enfermedad. 4ª) En aquellos casos en que la licencia no comprenda un mes natural completo, se tomará en cuenta la parte proprocional equivalente a los días de su concesión (art. 14 Orden 30 de junio de 2010).

Sea como fuere, el derecho al percibo de este subsidio nace a partir del día en que finalice el plazo de tres meses desde el inicio de la situación de incapacidad temporal. Para su disfrute el funcionario debe acreditar un período de cotización de seis meses, con independencia de que se trate de un accidente, sea o no de trabajo, o de una enfermedad profesional, pues no se distingue en función del origen de la contingencia[429]. Dicho período de carencia no es exigido cuando el beneficiario tenga cubierta la circunstancia aquí analizada por otro Régimen de la Seguridad Social, organismo o institución, por la misma relación de servicios (art. 95 RD 375/2003). En todo caso, su abono corresponde a MUFACE, si bien cabe la encomienda de gestión del pago a favor del órgano para el que presta servicios el funcionario (art. 97 RD 375/2003)[430].

---

[427] La retribución variable vinculada a la consecución de determinados objetivos sobre la productividad y control del absentismo constituyen una retribución complementaria y no básica, tal y como señalan las SSTSJ, Cont.-Admtivo., Castilla y León/ Burgos 4 mayo y 7 julio 2009 (JUR 2009, 303734 y 424726) y Galicia 6 mayo 2009 (JUR 2009, 270489).

[428] BLASCO LAHOZ, J.F.: "La protección por incapacidad temporal y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural de los funcionarios y funcionarias", *RTSS (CEF)*, núm. 324, 2010, pág. 63.

[429] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, cit., pág. 127.

[430] BLASCO LAHOZ, F.J.: "Regímenes especiales de funcionarios", cit., págs. 412 y ss.

En cambio, si se trata de funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación del ISFAS o de MUGEJU, éstos tendrán derecho a percibir la totalidad de sus derechos económicos con cargo a la Administración para la que presta servicios durante los tres (o seis si se trata de un funcionario de Justicia) primeros meses. A partir del cuarto mes (o del séptimo para los funcionarios de la Administración de Justicia), esta prestación consistirá en las retribuciones básicas, las prestaciones por hijo a cargo --en su caso-- y un subsidio por incapacidad temporal a cargo de ISFAS (sólo para el personal civil --pues el militar y la Guardia Civil seguirán percibiendo íntegramente su retribución--)[431] o MUGEJU, según se trate, cuya cuantía fija e invariable mientras perdure será la mayor de las dos cantidades siguientes: el 80 por 100 de las retribuciones básicas, incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria correspondiente al primer mes de licencia o el 75 por 100 de las retribuciones complementarias devengadas el primer mes de asueto, sin que, en ningún caso, el importe a percibir pueda exceder al de las percepciones que el funcionario tuviera el primer mes de licencia[432].

2.- La duración máxima de la situación de incapacidad temporal es, para las tres Mutualidades y por remisión, prácticamente idéntica a la establecida para el Régimen General de la Seguridad Social (arts. 92 RD 375/2003, 73 RD 1726/2007 y 19 RD Legislativo 3/2000)[433], si bien en el Régimen Especial del personal al servicio de la Administración de Justicia se establece, en previsión de más que dudosa vigencia, que el derecho al subsidio económico por incapacidad temporal cualquiera que haya sido la situación que haya dado lugar al mismo, se entenderá, en todo caso, extinguido por el transcurso del plazo máximo de 27 meses desde el inicio de la situación de incapacidad temporal (art. 20.2 RD Legislativo 3/2000)[434].

Desde el momento en el cual se prevea que la enfermedad o lesión va a impedir definitivamente el desarrollo de las funciones públicas al afectado, el órgano competente para declarar el pase a la jubilación iniciará (de oficio o a instancia del interesado) el procedimiento de incapacidad permanente para el servicio (arts. 92 RD 375/2003, 73 RD 1726/2007 y 19 RD Legislativo 3/2000)[435]. En efecto, el transcurso del plazo máximo establecido en el Régimen General para la incapacidad temporal llevará

---

[431] El art. 121 Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, dispone cómo el militar profesional, que por lesión o enfermedad no pueda prestar servicios temporalmente, permanecerá en la situación administrativa en la que se encuentre, y por tanto percibiendo la retribución íntegra durante todo ese período, sin que se genere en ningún momento el subsidio de incapacidad temporal porque no hay merma de derechos económicos. La misma solución se ha adoptado para el personal del Cuerpo de la Guardia Civil (art. 97 Ley 42/1999, de 25 de noviembre). RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos,* cit., pág. 177.

[432] GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, cit., pág. 46.

[433] SSTSJ, Cont.-Admtivo., Castilla y León/Burgos 16 marzo 2001 (JUR 2001, 106227), Castilla-La Mancha 15 octubre 2001 (JUR 2002, 15638), Andalucía/Sevilla 12 abril 2002 (JUR 2002, 183841), País Vasco 29 mayo 2003 (JUR 2003, 182987), Galicia 25 mayo 2005 (JUR 2005, 192026) y Murcia 28 febrero 2005 (JUR 2007, 6226). En la doctrina, impecables las reflexiones de FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: "Previsiones relativas a la Seguridad Social de los funcionarios públicos en la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009", cit., págs. 85 y ss.

[434] Si se ha superado el mes 21 en situación de incapacidad temporal a fecha 1 de enero de 2008, el plazo límite será de 30 meses si a 1 de enero de 2007 se ha superado el mes 18 de liciencia o bien de 27 meses en caso de que a 1 de enero de 2007 no se hubiera superado dicho mes 18. MUGEJU: *Guía de prestaciones.* www.mjusticia.es

[435] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "Regímenes especiales de los funcionarios públicos", cit., pág. 879.

al examen (en los mismos términos contemplados en aquél) de la situación del funcionario por el Equipo o Unidad de Valoración de Incapacidades Permanentes a la cual la Mutualidad haya encomendado tal función o resulte procedente de acuerdo con el cuerpo o escala del funcionario[436]. Semejante prueba médica será la encargada de determinar si efectivamente ha de ser considerado inapto, y, en consecuencia, ha de pasar a la situación de jubilación por tal motivo, o, por el contrario, admite la expectativa de recuperación o mejora que permita (continuando el tratamiento) la reincorporación a su puesto de trabajo. Bajo esta última situación clínica, se estima aconsejable demorar la calificación por un período que nunca podrá superar el máximo establecido en el Régimen General (730 días)[437], pues en caso contrario la Mutualidad deberá abonar el subsidio económico por incapacidad temporal hasta la fecha de jubilación en el teórico importe de la pensión[438].

3.- El inicio y desarrollo de la contingencia aquí analizada requieren la expedición de los partes médicos con los requisitos y formalidades impuestos por la Orden de 30 de junio de 2010 para el régimen de MUFACE[439].

Así, para que se pueda llevar a cabo el reconocimiento de la situación de incapacidad temporal y antes de alcanzarse el cuarto día hábil, el médico de la Entidad o del Servicio Público de Salud al que se encuentre adscrito el mutualista a efectos de asistencia sanitaria, reconocerá y emitirá el parte inicial, en el cual describirá el diagnóstico mediante el código estandarizado habitual, la limitación en la capacidad funcional, la duración probable del proceso patológico y, cuando sea preciso y por motivos estrictamente de mejor asistencia al paciente, la circunstancia excepcional que recomienda retrasar el plazo de expedición del parte sucesivo de confirmación (art. 4).

A intervalos de quince días naturales contados desde la fecha de inicio del proceso patológico, se deberán emitir sucesivos partes de confirmación (art. 5). El parte de confirmación correspondiente al período en que se cumpla el décimo mes desde el inicio de la situación de incapacidad temporal deberá ir acompañado de un informe médico adicional de ratificación, en el cual constarán las dolencias padecidas y la presunción médica de que el mutualista podría llegar a ser dado de alta por curación o mejoría antes de cumplirse quinientos cuarenta y cinco días naturales o, por el contrario, de que se trata de un proceso que podría calificarse de incapacidad permanente, en cuyo caso el órgano de personal deberá solicitar el correspondiente examen al Equipo o Unidad de Valoración de Incapacidades, que se producirá antes del cumplimiento de trescientos sesenta y cinco días naturales desde el inicio (art. 6). En fin, el parte de confirmación correspondiente al plazo en que se cumpla el decimosexto mes desde el inicio de la situación de incapacidad temporal deberá ir acompañado igualmente de un informe médico adicional, en el cual se recogerán los extremos que, desde el punto de vista médico, justifican la necesidad de mantener para el mutualista los efectos de la incapacidad temporal o bien se señalará el hecho de que el proceso pueda calificarse de

[436] STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 30 mayo 2008 (JUR 2008, 330917), Galicia 9 julio 2008 (JUR 2008, 233116) y Andalucía/Sevilla 9 septiembre 2008 (JUR 2009, 82155).
[437] FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: "Previsiones relativas a la Seguridad Social de los funcionarios públicos en la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009", cit., págs. 83 y ss.
[438] SSTSJ, Cont.-Admtivo., Murcia 14 diciembre 2002 (JUR 2003, 43583) y 7 febrero 2003 (JUR 2004, 1053).
[439] BLASCO LAHOZ, J.: "La protección por incapacidad temporal y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural de los funcionarios y funcionarias", cit., págs. 72 y ss.

incapacidad permanente, lo cual se producirá antes del cumplimiento de quinientos cuarenta y cinco días naturales desde el inicio. Transcurrido dicho plazo, el órgano de personal tendrá que iniciar de oficio el procedimiento de jubilación por incapacidad permanente para el servicio (art. 7).

En el marco de las Fuerzas Armadas, es necesario atender a lo dispuesto en la Instrucción 161/2001, de 31 de julio, del Subsecretario de Defensa, para el personal militar, y en la Orden General núm. 11, de 18 de septiembre de 2007, de la Dirección General de la Policía y Guardia Civil para estos cuerpos. En fin, en el ámbito de MUGEJU, procede tener en cuenta lo previsto en la Circular de 25 de marzo de 2008.

5.- Incapacidad permanente

Singulares diferencias con el Régimen General de la Seguridad Social presentan los tres Regímenes de Funcionarios en lo que hace a la regulación de las prestaciones tendentes a cubrir aquellas secuelas definitivas, capaces de afectar a la capacidad laboral o psicofísica[440]. Como pauta común, dichas situaciones, derivadas de una lesión o proceso patológico, somático o mental, estabilizado o irreversible o de remota o incierta reversibilidad[441], van acompañadas de la percepción de una pensión a cargo del Régimen de Clases Pasivas, en la cual se toma en cuenta como base reguladora un haber que no coincide con el salario real sino que constituye un sueldo teórico fijado anualmente por la Ley de Presupuestos en función de cuerpos y categorías en las que los empleados hayan desarrollado su carrera profesional (art. 30 LCPE)[442]. Se calcula, por tanto, como un anticipo de la cuantía que, en concepto de jubilación o retiro, hubiera obtenido el funcionario al alcanzar la edad forzosa establecida al efecto, computando a tal fin como tiempo de servicios prestados el que faltare al cumplimiento de dicha edad[443]. El sistema de protección mutualista complementa esta cobertura de la siguiente forma:

1.- Si se trata de Funcionarios Civiles del Estado, la situación de incapacidad permanente para el servicio o inutilidad supone que, en paralelo con el Régimen General, el afectado, después de haber seguido el tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médica, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves susceptibles de disminuir o anular su capacidad para la prestación de servicios. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la aptitud para el trabajo, si dicha hipótesis se estima médicamente como incierta o a largo plazo[444]. A efectos de determinar el grado de incapacidad permanente, se entiende como función habitual del funcionario la desempeñada normalmente por éste al tiempo de sufrir el accidente común o en acto de servicio o como consecuencia de él; en caso de enfermedad, cualquiera que sea su origen, se entiende por función habitual aquélla a la que el funcionario hubiera dedicado su actividad fundamental durante los 12 meses anteriores a la iniciación de la incapacidad temporal de la que se derive la incapacidad permanente o, en su defecto, durante los 12

[440] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "Regímenes especiales de los funcionarios públicos", cit., pág. 881.
[441] LORENZO JIMÉNEZ, J.V.: "La jubilación por incapacidad de los funcionarios de los organismos autónomos", *DA*, núm. 203, 1985, pág. 162.
[442] Por extenso, LÓPEZ GANDÍA, J.: *La jubilación de los empleados públicos*, Albacete, 2007.
[443] BLASCO LAHOZ, J.F.: "Las pensiones de jubilación o retiro del régimen de clases pasivas del Estado", *RTSS (CEF)*, núm. 278, 2006, págs. 39 y ss.
[444] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "Regímenes especiales de los funcionarios públicos", cit., pág. 882.

meses anteriores en que se diagnosticó la enfermedad que dio lugar a las reducciones anatómicas o funcionarles[445].

La definición de este estado es, por tanto, prácticamente coincidente con la establecida en el art. 136 LGSS, si bien cabe mencionar una importante diferencia, ya que la incapacidad permanente ha de derivar, para el ámbito protegido por MUFACE, de una previa situación de incapacidad temporal, sin margen alguno de excepción (art. 102 RD 375/2003)[446].

Los grados son similares a los previstos en el Régimen General (parcial, total, absoluta, gran invalidez y lesiones permanentes no invalidantes). La incapacidad permanente total, absoluta y la gran invalidez provocarán la jubilación del mutualista, pasando a recibir una prestación económica a cargo de Clases Pasivas y prestaciones a cargo de la Mutualidad. Procede aclarar, además, que[447]:

A) Si la incapacidad fuera parcial, es decir, sin alcanzar el grado de total, provocara en el funcionario una limitación para el desempeño de las funciones propias de su cuerpo, escala o plaza[448], logrando los valores establecidos en el apartado 3 del art. 137 LGSS (no inferior al 33 por 100 del rendimiento normal)[449], sin impedir la realización de las tareas fundamentales de la misma[450], deviene necesario distinguir, a su vez, dos supuestos: a) cuando el origen sea una enfermedad o accidente común, el funcionario tiene derecho al percibo de todos los haberes correspondientes al puesto de trabajo efectivamente desempeñado, debiendo someterse, si existen posibilidades de mejora, a los procesos de recuperación profesional establecidos al efecto[451]; b) de derivar de un accidente en acto de servicio o como consecuencia de él o de una enfermedad profesional, además de recibir la integridad de los haberes inherentes al puesto desempeñado, tiene derecho a la indemnización prevista para las lesiones permanentes no invalidantes, esto es, 24 mensualidades de la base de cotización al Mutualismo administrativo (art. 103 RD 375/2003)[452].

---

[445] La valoración de la teórica capacidad laboral tiene que verificarse teniendo en cuenta que la prestación de un trabajo o actividad debe ser realizado en condiciones normales de habitualidad, a los efectos de, con un esfuerzo normal, obtener el rendimiento que sea razonablemente exigible sin que, por lo tanto, sea preciso para ello la adición por parte del sujeto afectado de un sobreesfuerzo especial; el trabajo o la actividad haya de desarrollarse tanto con la necesaria profesionalidad como conforme a las exigencias normales de continuidad, dedicación y eficacia, que son legalmente exigibles y, consecuentemente, con desempeño de un modo continuo y de acuerdo con la jornada laboral que sea la ordinaria; y el desempeño de la teórica actividad no debe implicar un incremento del riesgo físico, propio o ajeno; y, en consecuencia, la determinación de si concurre o no un determinado porcentaje de disminución constituye una cuestión de hecho que ha de ser determinada a través de los medios de prueba correspondientes, STSJ, Cont.-Admtivo., Comunidad Valenciana 11 julio 2008 (JUR 2008, 300336).

[446] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, cit., pág. 130.

[447] BLASCO LAHOZ, F.J.: "Regímenes especiales de funcionarios", cit., págs. 423 y ss.

[448] STSJ, Cont.-Admtivo., Galicia 10 noviembre 2004 (JUR 2005, 197507).

[449] SSTSJ, Cont.-Admtivo., Comunidad Valenciana 8 junio 2002 (JUR 2004, 33433), Andalucía/Málaga 21 octubre 2005 (JUR 2006, 213709) y Andalucía/Granada 28 enero 2008 (JUR 2008, 378951).

[450] STSJ, Cont.-Admtivo., Comunidad Valenciana 10 julio 2007 (JUR 2007, 326827) y 10 abril 2008 (JUR 2008, 188902), Madrid 10 octubre 2008 (JUR 2008, 93013) y Andalucía/Sevilla 26 junio 2009 (JUR 2009, 431840).

[451] STSJ, Cont.-Admtivo., Extremadura 8 febrero 2005 (JUR 2005, 92100).

[452] SSTSJ, Cont.-Admtivo., Murcia 6 junio 2003 (JUR 2003, 262909), Cataluña 7 febrero 2005 (JUR 2005, 80931), Aragón 8 marzo 2005 (JUR 2005, 198541) y País Vasco 12 junio 2009 (JUR 2009, 377366).

B) La gran invalidez es la situación del mutualista que, jubilado por incapacidad permanente para el servicio (no por edad), se encuentre afectado por alguna de las siguientes circunstancias: pérdida total de la visión de ambos ojos; pérdida anatómica o funcional, total o en sus partes esenciales, de las dos extremidades superiores o de las dos inferiores, conceptuándose como tales partes esenciales el pie y la mano; cualquier otra pérdida anatómica o funcional que comporte la necesidad del mutualista de ser asistido por otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (art. 104 RD 375/2003)[453].

Además de la protección dispensada por Clases Pasivas, el funcionario declarado gran inválido tendrá derecho a una prestación económica de carácter mensual, incluidas dos pagas extraordinarias al año, a cargo de la Mutualidad, destinada a remunerar a la persona encargada de su asistencia, equivalente al 50 por 100 de la pensión de jubilación que le corresponda con arreglo a la cantidad íntegra que se le acredite por el Régimen de Clases Pasivas del Estado en cada momento[454], cuantía que no coincide con la fijada en el art. 139.4 LGSS para el Régimen General (resultado de sumar el 45 por 100 de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30 por 100 de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente, sin que en ningún caso el complemento señalado pueda tener un importe inferior al 45 por 100 de la pensión percibida, descontado el complemento)[455].

El mutualista que no cause derecho a pensión de jubilación por incapacidad permanente para el servicio por el Régimen de Clases Pasivas, además de poseer los restantes requisitos exigidos, tendrá que acreditar un período previo de cotización de nueve años para tener derecho a ser declarado gran inválido y a la consiguiente prestación, en cuyo caso el porcentaje del 50 por 100 se aplicará sobre la cantidad íntegra que se le conceda, en cada momento, por el Régimen público de Seguridad Social correspondiente, en la nómina de pensión equivalente a la de jubilación por incapacidad permanente para el servicio, excluido, si lo hubiera, el incremento por gran invalidez. En su defecto, dicho porcentaje se calculará sobre una base configurada por el resultado de dividir entre doce la suma de los sueldos, trienios efectivamente completados y pagas extraordinarias correspondientes a un año, valorados de acuerdo con las cuantías en vigor en el mes en que se haya producido la jubilación o, de no

---

[453] SSTSJ, Cont.-Admtivo., Andalucía/Granada 1 junio 1998 (RJCA 1998, 2066), Castilla y León/Valladolid 18 marzo 1999 (RJCA 1999, 1228), Aragón 20 diciembre 2001 (JUR 2002, 84912), Murcia 23 abril 1999 (RJCA 1999, 905), 28 septiembre 2004 (JUR 2006, 298605) y 28 julio 2006 (JUR 2007, 185133), Comunidad Valenciana 11 octubre 2002 (JUR 2004, 17036), Madrid 15 marzo y 5 diciembre 2002 (JUR 2002, 235301 y 2003, 144997), País Vasco 20 marzo 2003 (JUR 2003, 142249), Cataluña 14 febrero 2003 (JUR 2003, 148642), Andalucía/Granada 24 marzo 2003 (JUR 2003, 130317), Galicia 4 febrero 2004 y 13 abril 2005 (JUR 2004, 261147 y JUR 2005, 192846), Madrid 11 marzo 2004 (JUR 2004, 229975), Castilla-La Mancha 12 mayo 2005 (JUR 2005, 128363) y Castilla y León/Burgos 2 diciembre 2005 (JUR 2006, 52610). Si no necesita ayuda de tercera persona para realización de los actos elementales de la vida diaria, pudiéndola requerir en algún momento pero no habitualmente, no cabe reconocer la situación de gran invalidez, STSJ, Cont.-Admtivo., Comunidad Valenciana 11 febrero 2002 (JUR 2004, 17036).

[454] DOLZ LAGO, M.J.: "Comentario a la sentencia de la Sala primera del Tribunal Constitucional núm. 88/2004, de 10 de mayo de 2004, sobre prestaciones de gran invalidez a mutualista de MUFACE", *TS*, núm. 168, 2004, págs. 41 y ss.

[455] OLARTE ENCABO, S.: "Gran invalidez de derecho del trabajo: paradojas del derecho de la Seguridad Social", *TL*, núm. 98, 2009, págs. 213 y ss.

haber estado en activo en dicho mes, las que hubiera correspondido atribuirle (art. 106 RD 375/2003)[456].

Si la situación de gran invalidez concurriera con posterioridad a la declaración a la jubilación por incapacidad permanente para el servicio, la declaración puede efectuarse mientras el mutualista no haya cumplido la edad fijada legalmente para la jubilación forzosa de los funcionarios de su cuerpo, escala o plaza, o bien mientras se encuentre en el período que le faltase para completar la prórroga en el servicio activo, que le hubiere sido concedida [art. 28.2 a) LCPE].

C) Serán considerados daños permanentes no invalidantes las lesiones, mutilaciones y deformaciones de carácter definitivo causadas por enfermedad profesional o en acto de servicio que, sin llegar a alcanzar el grado de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, supongan una alteración o disminución de la integridad física del funcionario (art. 109 RD 375/2003)[457]. La indemnización que conllevan consiste en el abono, por una sola vez, de una de las dos cantidades siguientes: a) la cuantía que corresponda como resultado de la aplicación del baremo establecido para el Régimen General de la Seguridad Social[458], siempre que se trate de detrimentos que no constituyan incapacidad permanente en ninguno de sus grados y aparezcan recogidos en éste (Orden de 18 de abril de 2005); b) si las lesiones son constitutivas de una incapacidad permanente parcial para la función habitual, la cantidad a abonar será la equivalente a 24 mensualidades de la base de cotización al mutualismo administrativo vigente en el mes de la primera licencia por enfermedad o, en su defecto, en la mensualidad en que se produjo el accidente o se diagnosticó la enfermedad que dio lugar a las reducciones anatómicas o funcionales (art. 110 RD 375/2003)[459].

2.- Como principales especialidades del Régimen de Fuerzas Armadas, pero con un planteamiento bastante parecido al anterior, destacan el disfrute de una pensión complementaria de inutilidad, la protección de la situación de gran invalidez y la atención a las lesiones permanentes no invalidantes[460].

A) Tendrán derecho a una pensión complementaria de inutilidad para el servicio, los Militares profesionales, el personal de la Guardia Civil y los funcionarios civiles incluidos en este marco[461], que, a causa de enfermedad o accidente, pasen a la situación

---

[456] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "Regímenes especiales de los funcionarios públicos", cit., pág. 883.

[457] SSTSJ, Cont.-Admtivo., Cantabria 3 febrero 1997 (RJCA 1997, 438), Galicia 29 abril 1999 (RJCA 1999, 1189) y 30 septiembre 2002 (JUR 2003, 8869), Madrid 24 mayo 2002 (JUR 2003, 102603), Galicia 30 octubre y 6 noviembre 2002 (JUR 2003, 120467 y RJCA 2003, 412), Asturias 5 julio 2005 (RJCA 2005, 176), Madrid 9 abril 2002 (JUR 2002, 235628) y 28 septiembre 2005 (JUR 2006, 14397), País Vasco 31 marzo 2006 (RJCA 2006, 442), Extremadura 17 octubre 2006 (JUR 2006, 267695), Canarias/Las Palmas 17 noviembre 2006 (JUR 2007, 68304), Comunidad Valenciana 19 febrero 2001 (JUR 2001, 162460) y 13 septiembre 2007 (JUR 2007, 340107), Castilla y León/ Burgos 5 diciembre 2008 (JUR 2009, 25210), Murcia 16 enero y 22 de mayo 2009 (JUR 2009, 239578 y 303887) y País Vasco 12 junio 2009 (JUR 2009, 377366).

[458] STSJ, Cont.-Admtivo., País Vasco 21 marzo 2003 (JUR 2003, 142284).

[459] DOLZ LAGO, M.J.: *El régimen especial de Seguridad Social de los funcionarios de la Administración Civil del Estado*, cit., págs. 278 y ss.

[460] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "Regímenes especiales de los funcionarios públicos", cit., págs. 884 y ss.

[461] SSTSJ, Cont.-Admtivo., Andalucía/Sevilla 4 febrero y 19 noviembre 2002 (JUR 2002, 112740 y 2003, 173681).

de retiro o jubilación por inutilidad o incapacidad permanente, siempre y cuando el proceso patológico o la lesión causante de la pensión les imposibilite de forma absoluta y permanente para cualquier trabajo (art. 76.1 RD 1726/2007)[462]. Su cuantía será la diferencia entre la pensión de retiro o jubilación por inutilidad o incapacidad permanente prevista en el Régimen de Clases Pasivas, computada al año y en su cuantía inicial, y el 100 por 100 del haber regulador anual que haya servido de base para el cálculo de la indicada pensión, aun cuando ésta se haya determinado por el 200 por 100 de dicho haber regulador por tener su causa en acto de servicio. El montante de la pensión complementaria irá desde el 7 por 100 del haber regulador al 100 por 100, abonándose por meses vencidos y en doce mensualidades (art. 80.1 RD 1726/2007)[463].

Conviene precisar, como mera aclaración terminológica, que la normativa reguladora de este Régimen Especial utiliza la expresión incapacidad permanente cuando se refiere al personal civil, a los Militares de complemento y a los Militares profesionales de Tropa y Marinería que mantienen una relación de servicios de carácter temporal, reservando el término inutilidad para los Militares de carrera y los Militares profesionales de Tropa y Marinería que mantienen una relación profesional de carácter permanente[464].

B) Causarán derecho a la prestación por gran invalidez aquellos beneficiarios que acreditaran la existencia de lesiones o enfermedades capaces de producir pérdidas anatómicas o funcionales tan severas que hagan al afectado totalmente dependiente para poder asumir las actividades inherentes al desarrollo de la vida diaria, requiriendo la asistencia de otra persona para la realización de las actividades más esenciales como vestirse, desplazarse, comer o análogas (art. 76.2 RD 1726/2007)[465]. La cuantía de esta prestación, destinada a remunerar al sujeto que atienda al gran inválido, será igual al 50 por 100 de la pensión de retiro o jubilación de clases pasivas, computada al año y en su cuantía inicial, con el límite del 50 por 100 del importe máximo establecido para las pensiones públicas en la fecha de inicio de aquélla. Se abonará por meses vencidos y en doce pagas. A petición del interesado o de su representante debidamente autorizado, se podrá conceder la sustitución de la pensión por el alojamiento y cuidado del individuo a cargo y por cuenta del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, en régimen de internado en un centro asistencial adecuado, siempre que estos gastos no representen para dicho órgano un incremento superior al 10 por 100 de la prestación total (art. 80.2 RD 1726/2007).

C) Quienes hallándose en situación de servicio activo, expectativa de destino, servicios especiales o de reserva ocupando destino, y con motivo de enfermedad o accidente causados en acto de servicio o como consecuencia de él, sufran lesiones, mutilaciones o deformaciones con carácter definitivo, que, sin llegar a constituir incapacidad permanente, total o absoluta, ni gran invalidez, supongan una alteración o

---

[462] STSJ, Cont.-Admtivo., Murcia 30 marzo 2001 (JUR 2001, 141527). Contra, estimando suficiente que se trate un menoscabo funcional permanente moderado, sin que sea necesario que constituya una incapacidad permanente absoluta, STSJ, Cont.-Admtivo., Andalucía/Sevilla 2 diciembre 2002 (JUR 2003, 126656).

[463] SSTSJ, Cont.-Admtivo., Galicia 27 diciembre 2000 (JUR 2001, 113014) y Castilla y León/Valladolid 1 abril 2005 (JUR 2006, 195792).

[464] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, cit., pág. 181.

[465] SSTSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 24 mayo 2001 (JUR 2001, 320688) y 29 julio 2008 (JUR 2008, 283310).

disminución de la integridad física del afectado, apareciendo reguladas en el baremo establecido al efecto en el Régimen General de la Seguridad Social, recibirán por una sola y única vez las cantidades alzadas que en el mismo se determinan (art. 84 RD 1726/2007).

3.- Siguiendo los parámetros marcados por los dos Regímenes anteriores, se reconocen, en el marco de la Administración de Justicia, las siguientes prestaciones[466]:

A) El mutualista que, por disminución psicofísica o funcional, fuera declarado incapacitado para el desempeño de su función, pasará a la situación de jubilado y tendrá derecho, en concepto de incapacidad permanente, al pago mensual de una suma equivalente al 20 por 100 de las retribuciones básicas ordinarias del último mes en activo, percibiendo dos pagas extraordinarias en julio y diciembre. Dicha prestación se extinguirá cuando cumpla la edad señalada legalmente para la jubilación forzosa (art. 71 RD 3283/1978)[467]. Su percibo requiere, en todo caso, que tenga lugar el paso a la situación de jubilación por incapacidad permanente, no por edad[468].

B) Quien sea declarado gran inválido, además de la prestación vitalicia por incapacidad permanente calculada conforme a las reglas señaladas en el párrafo precedente, percibirá una cantidad mensual equivalente al 40 por 100 de las retribuciones ordinarias percibidas durante el último mes en activo, dividida en doce pagas ordinarias y dos extraordinarias (art. 72 RD 3283/1978)[469]. Tal y como se puede comprobar, el cálculo del importe de este complemento se realiza de una manera peculiar, que no coincide con las otras dos parcelas del Mutualismo funcionarial ni tampoco con el Régimen General[470].

C) El afectado por una lesión, mutilación o deformidad de carácter definitivo causada por enfermedad común o accidente de trabajo, que sin originar una situación de incapacidad suponga una disminución o alteración de la integridad física, podrá recibir por una sola vez una indemnización a tanto alzado, según las reglas establecidas para el Régimen General de la Seguridad Social (art. 74.1 RD 3283/1978 y Orden 18 abril 2005).

D) No se protege la situación de incapacidad permanente parcial.

6.- Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural

En el afán armonizador anteriormente significado, y más tarde que pronto, sucesivas reformas han intentado equiparar el Régimen de Seguridad Social de la funcionaria con aquél reconocido a la mujer bajo tales circunstancias en el modelo

[466] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "Regímenes especiales de los funcionarios públicos", cit., págs. 886-887.
[467] BLASCO LAHOZ, J.: "Regímenes especiales de funcionarios públicos", cit., págs. 471 y ss.
[468] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos,* cit., pág. 142.
[469] SSTSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 9 septiembre 2005 (JUR 2006, 181461) y Andalucía/Málaga 29 septiembre 2008 (JUR 2009, 8854)
[470] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos,* cit., pág. 152.

General; eso sí, manteniendo algunas particularidades[471]. Las funcionarias públicas tienen derecho, al igual que las trabajadoras por cuenta ajena, a la protección por maternidad (biológica, adoptiva o por acogimiento), riesgo durante el embarazo y, ahora, tras la Ley 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOIEMH), riesgo durante la lactancia, pero, como especialidad frente a lo que ocurre en el Régimen General, la primera de estas situaciones genera el derecho al disfrute de un permiso retribuido a cargo de la Administración correspondiente (art. 49 EBEP)[472] y la segunda y la tercera ya no tendrán la misma consideración y efectos que la situación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional subsidiada con el 100 por 100 de la base reguladora, sino que proporcionarán el derecho a contar con una licencia durante la cual quedará garantizada la plenitud de los derechos económicos de la funcionaria (art. 58 LOIEMH).

Al tiempo, los funcionarios públicos tendrán derecho al disfrute de los permisos retribuidos por paternidad [art. 49 c) EBEP], por maternidad jurídica [art. 49 b) EBEP] y, en algunos casos --previa cesión o fallecimiento de la madre-- por maternidad natural [art. 49 a) EBEP].

Un estudio más detallado de todas estas situaciones exige descender a los siguientes extremos, haciendo distinciones precisas en función del correspondiente Régimen Mutualista[473]:

6.1.- Maternidad y paternidad

Partiendo del dictado del art. 39.1 CE, la familia es objeto de protección a través de muy diversas políticas públicas, que responden a las distintas perspectivas desde las que puede observarse esta institución, una de las cuales pasa por el diseño de una serie de medidas tendentes a contribuir a la protección de la institución familiar en el marco de la prestación de servicios profesionales en el seno de las Administraciones Públicas, a través de la oportuna conciliación. Como uno de los pasos más significativos en esta andadura cabe mencionar que en el año 2005, la Administración General del Estado impulsó un Plan Integral para la conciliación de la vida personal y familiar, el conocido como "plan concilia", negociado y acordado con las organizaciones sindicales. Ya en ese momento, se adoptaron un conjunto de medidas relacionadas con los horarios, la jornada y los permisos, encaminadas a favorecer la compatibilidad de las facetas laborales, personales y familiares de los empleados públicos.

Como es lógico, el EBEP no ha podido mostrarse ajeno a esta tendencia, mejorando el régimen anterior y diseñando una serie de permisos tendentes a remover aquellos obstáculos que entorpecen la propia voluntad de los funcionarios a la hora de elegir la dimensión de su familia, a conseguir que la decisión de tener un hijo dependa únicamente de sus convicciones o deseos personales, no de causas ajenas, y, sobre todo, a evitar incompatibilidades entre el desarrollo de la vida familiar y laboral de los progenitores.

---

[471] FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: "Previsiones relativas a la Seguridad Social de los funcionarios públicos en la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009", cit., págs. 84 y ss.

[472] DOLZ LAGO, M.J.: *El régimen especial de Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración civil del Estado*, Valencia, 2004, pág. 371.

[473] BLASCO LAHOZ, F.J.: "Regímenes especiales de funcionarios", cit., págs. 420 y ss., 456 y 473, respectivamente.

Es más, el EBEP vio la luz con una diferencia de pocos días respecto de la LOIEMH, razón por la cual las medidas establecidas en ésta han pasado a formar parte del contenido básico de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, que con carácter mínimo se recogen en el primero. Así, en relación con la maternidad, cabe señalar lo siguiente[474]:

a) El permiso por maternidad natural es uno de los mecanismos más tradicionales de los dispuestos por el legislador para facilitar la protección de la funcionaria ante la realidad biológica del nacimiento de uno o varios hijos. En el momento presente, el régimen jurídico de este permiso puede sistematizarse, a efectos expositivos, en los apartados siguientes.

1º.-El EBEP sigue configurando a la mujer como titular del derecho; el funcionario (a parte de la posibilidad de disfrutar del permiso por paternidad de duración mucho más breve al que luego se hará referencia) sólo accede a este permiso por derivación, sea porque la madre fallece, sea porque ésta decide transferirle una parte del descanso.

2º.- La extensión temporal del permiso en el supuesto de parto simple sigue siendo de dieciséis semanas ininterrumpidas, con independencia de que el alumbramiento sea prematuro o a término, pudiendo la interesada concretar a su gusto el período de disfrute con la única limitación de respetar el requisito de que seis semanas sean inmediatamente posteriores al nacimiento[475].

3º.- Las dieciséis semanas del período de suspensión por maternidad podrán ampliarse en las tres circunstancias siguientes: a) por parto múltiple, en cuyo caso se aumentan en dos semanas "por cada hijo a partir del segundo"; b) por nacimiento de hijo discapacitado (biológico, adoptivo o acogido), necesitado como es lógico de mayores cuidados y atenciones no sólo médicas sino también afectivas, supuesto en el cual la ampliación es igualmente de dos semanas; c) por nacimiento de hijo inmaduro o que requiera hospitalización tras el parto, ampliándose hasta un máximo de trece semanas.

4º.- En el caso de superposición de las vacaciones y el permiso por maternidad, hay que interpretar que el período vacacional quedará interrumpido, pudiendo disfrutar las primeras finalizado el segundo, aun habiendo expirado ya el año natural. Tal interpretación, aun cuando silenciada por el EBEP, puede deducirse de la previsión incorporada al "plan concilia", en virtud de la cual el permiso por maternidad puede acumularse con el disfrute de las vacaciones (punto cuatro Orden 15 diciembre 2005) y, sobre todo, de lo establecido en el párrafo primero del punto noveno de la Resolución de 20 de diciembre de 2005, conforme al cual "en caso de baja por maternidad, cuando esta situación coincida con el período vacacional, quedará interrumpido el mismo y podrán disfrutarse las vacaciones finalizado el período del permiso por maternidad". Dicha tesis es plenamente acorde, además, con un importante pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en virtud del cual se afirma rotundamente la posibilidad de que el trabajador disfrute de sus vacaciones en momento distinto al del permiso por maternidad[476].

5º.- Con un alcance muy simplista, puede decirse que el derecho al permiso por maternidad, en general, ajusta su ejercicio a un patrón típico: concurrente la causa, el

---

[474] NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y VELASCO PORTERO, M.: "Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar de los empleados públicos", *AL*, núm. 17, 2008, págs. 2026 y ss.

[475] CRISTÓBAL RONCERO, R.; AGUILERA IZQUIERDO, R. y GARCIA PIÑEIRO, N.: "Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el Estatuto Básico del Empleado Público", en AA.VV: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (MITIN), 2009, págs. 540 y ss.

[476] STJCE 342/01, de 18 de marzo de 2004, asunto *Mª Paz Merino Gómez frente a Continental Industrias del Caucho, S.A.*

titular del derecho cesa por completo en su prestación de trabajo durante el tiempo indicado en la norma. Sin faltar a la esencia de esta dinámica, el derecho al asueto aquí analizado admite --junto a ese modelo-- otros modos de ejercicio, singularmente a tiempo parcial, lo cual abre la posibilidad (ya prevista en otros ordenamientos jurídicos como Francia, Países Bajos o Suecia) de que el descanso por maternidad se disfrute en régimen de reducción de jornada y de que madre y padre se alternen durante el mismo período en los cuidados correspondientes en el marco de la función pública, siempre que las necesidades del servicio lo permitan y, en tanto no se produzca un nuevo desarrollo reglamentario, de conformidad con lo previsto en el RD 180/2004, de 30 de enero[477].

b) La configuración de la maternidad adoptiva, así como el acogimiento (tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año), entre las circunstancias determinantes del permiso recogido en el art. 49 b) EBEP, responde al reciente criterio político-legislativo de superar la concepción meramente biológica de la maternidad, suponiendo un paso más hacia adelante en la ampliación de los bienes jurídicos protegidos por la norma. Si ambos progenitores trabajan, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, a jornada completa o parcial, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados (dieciséis semanas, ampliables en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo o en los supuestos de discapacidad), lo cual hace suponer que la adopción ha sido realizada por ambos, pues si sólo fuera adoptante uno de ellos, éste sería el único incluido en el ámbito del precepto[478].

Se permite que hasta cuatro semanas se disfruten antes de dictarse la resolución mediante la que se constituye la adopción o el acogimiento, evitando con ello lo que en otro caso pasaría por la necesidad de utilización de figuras previstas para otras finalidades: por ejemplo, el adelanto del disfrute del período de vacaciones o la utilización de un permiso por asuntos propios. Todo ello sin olvidar tampoco que si fuera necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, en los casos de adopción o acogimiento internacional, se tendrá derecho, además, a un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo durante el mismo exclusivamente las retribuciones básicas[479].

c) Una de las grandes novedades incorporadas al texto del "plan concilia", y ahora también al del EBEP, es la relativa al permiso de paternidad, desligado del de la madre, no condicionado a que ésta trabaje, no transferible y retribuido, pues con ello se pretende una mejor conciliación e igualdad en la vida familiar y laboral de mujeres y hombres, al asumir éstos un mayor grado de compromiso en las tareas del cuidado de los hijos [nuevo art. 49.c) EBEP][480]. Tal previsión intenta evitar la desprotección del

---

[477] CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: "Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones", en AA.VV (MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.; OLARTE ENCABO, S. y RIVAS VALLEJO, P., Dirs.): *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril*, Granada (Comares), 2008, pág. 480.

[478] FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "Permisos que propician la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y los establecidos por violencia de género", en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (MITIN), 2009, pág. 158.

[479] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Capítulo V", en AA.VV (PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª edición, Pamplona (Aranzadi), 2009, pág. 512.

[480] GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: "Empleo público y corresponsabilidad familiar: paternidad, protección económica y los claroscuros de una pluralidad de estatutos jurídicos", en AA.VV.: *El Estatuto Básico del*

padre-funcionario, que resultaba especialmente notoria en los supuestos de nacimiento de un hijo biológico, ya que, al margen del permiso de dos días naturales del anterior art. 30.1 a) LMRFP, carecía de un derecho propio que le permitiera establecer vínculos de convivencia con su hijo durante sus primeros meses de vida sin ver mermada su percepción económica, no en vano la única posibilidad que se le ofrecía quedaba mediatizada por la decisión de la madre de cederle parte de las semanas del permiso por maternidad.

El EBEP --y ya con anterioridad el "plan concilia"-- parte de la idea de que para conseguir una ecuación más armonizada entre trabajo y familia es necesario introducir el denominado "permiso por paternidad" de exclusiva titularidad masculina, cuya duración, tras un azaroso proceso de negociación, ha quedado cifrada en quince días, ampliable a cuatro semanas en un futuro período de seis años --disposición transitoria sexta EBEP--, período acortado al 1 de enero de 2011 por la Ley 9/2009, de 6 de octubre. La exigencia de ininterrupción lleva a entender que se trata de días naturales, incluyendo en el cómputo los domingos y días festivos, lo cual es, además, la norma general del cómputo civil.

En fin, consecuentemente con su configuración como permisos retribuidos, tanto la situación de maternidad (biológica o adoptiva) como de paternidad, da derecho al funcionario beneficiario, independientemente de la Mutualidad en que esté encuadrado, a la percepción de las retribuciones correspondientes, cuantificadas, además de modo pleno, lo que supone incluir la percepción íntegra tanto de las retribuciones básicas, como de las complementarias, exceptuando únicamente las correspondientes a servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo, que por su propia naturaleza no pueden ser fijas en su cuantía ni periódicas en su devengo[481].

No obstante, cabe hacer dos matizaciones: de un lado, si la funcionaria, al término del permiso por parto, continuara imposibilitada para incorporarse al trabajo, será entonces cuando procederá iniciar las licencias que den lugar a la prestación por incapacidad temporal analizada anteriormente[482]; de otro, aun cuando el EBEP no hace ninguna mención a los supuestos de aborto de un feto no viable, en cuyo caso el único bien jurídico a tutelar es el de la recuperación de quien aborta, cabe entender, como interpretación más correcta, que tales circunstancias quedan igualmente protegidas en el marco de la incapacidad temporal (pues no hay recién nacido a quien cuidar ni relación familiar que establecer), aun cuando la causa que lo origina no sea exactamente la enfermedad ni el accidente[483].

Todo ello no debe hacer olvidar, al tiempo, que, como asociadas a la maternidad, las tres Mutualidades de funcionarios establecen una serie de medidas tuitivas adicionales al disfrute de la licencia retribuida[484]. Como pauta común, destaca la

---

Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid (MITIN), 2009, págs. 202 y ss.

[481] GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: "Paternidad, protección económica y los claroscuros de una pluralidad de estatutos jurídicos en el empleo público", *AL*, núm. 16, 2008, págs. 1928 y ss.

[482] FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: "Previsiones relativas a la Seguridad Social de los funcionarios públicos en la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009", cit., págs. 85 y ss.

[483] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Capítulo V", cit., págs. 504 y ss.

[484] Sobre el régimen de ISFAS, por extenso, LOPERA CASTILLEJO, M.J.: *La mujer militar: sus derechos laborales y prestaciones sociales*, Madrid (Plaza Edición), 2002.

dispensa de asistencia sanitaria en los procesos de gestación[485], incluyendo desde la preparación al parto, hasta la atención en régimen ambulatorio, hospitalario o de urgencia durante el embarazo, parto y puerperio, pasando por el tratamiento de cualquier patología obstétrica que pueda producirse en tales situaciones. Como especialidades dignas de mención, destacan, entre otras, las siguientes:

1.- En el ámbito de MUFACE, se reconocen dos tipos de ayudas económicas por parto múltiple compatibles entre sí: un subsidio especial y una prestación dineraria[486]. El primero se concede, bien cuando el número de hijos nacidos en el mismo parto sea igual o superior a dos, bien cuando el número de hijos adoptados o acogidos, tanto en su modalidad preadoptiva como permanente, sea igual o superior a dos (art. 120 RD 375/2003)[487]. En el caso de alumbramiento natural, serán beneficiarios de este auxilio tanto la madre como el padre, de acuerdo con la opción elegida por la primera, siempre que ambos sean mutualistas y hayan completado un período mínimo de cotización de 6 meses a la Mutualidad. En los casos de maternidad jurídica, el beneficiario será libremente decidido por ambos adoptantes o acogedores, siempre que ambos fueran mutualistas y, por reunir los requisitos necesarios, tuvieran derecho al subsidio. A falta de acuerdo, será beneficiaria la madre. En cualquier caso, se deberá manifestar expresamente quién adquirirá la condición de beneficiario, cuando uno de los progenitores ostente la consideración de mutualista y el segundo pudiera tener derecho al subsidio a través de otro Régimen público de la Seguridad Social. Como no podía ser de otra manera, percibirá el subsidio el padre, adoptante o acogedor, afiliado a este Régimen, siempre y cuando la madre, adoptante o acogedora, no tuviera derecho al subsidio a través de algún Régimen público de la Seguridad Social, hubiera fallecido antes de la solicitud o hubiera manifestado su opción a favor del otro progenitor (art. 121 RD 375/2003). La cuantía de la ayuda ascenderá al 100 por 100 de la base de cotización a MUFACE correspondiente al día del hecho causante, aplicada al período de seis semanas de descanso obligatorio y calculada en función del número de hijos habidos en el mismo parto o de adoptados o acogidos simultáneamente, a partir del segundo (art. 122 RD 375/2003).

Por su parte, la prestación económica por parto múltiple o adopción (no por acogimiento) se concederá a uno solo de los padres o adoptantes. Si ambos padres reunieran los requisitos exigidos y convivieran, será beneficiario el que designen de común acuerdo, manifestándolo mediante declaración expresa en el momento de la solicitud. A falta de conformidad, será beneficiaria la madre, y si no existiera convivencia, se concederá a quien tuviera a su cargo la guarda y custodia de los hijos. En todo caso, cuando los sujetos causantes sean huérfanos de padre y madre o estén abandonados, será beneficiario quien legalmente haya de hacerse cargo de ellos (art. 124 RD 375/2003). La cuantía de esta prestación se determinará mediante la aplicación de la tabla siguiente en un único pago: dos hijos, darán lugar a la percepción de cuatro veces el importe mensual del salario mínimo interprofesional; tres hijos, a ocho; y cuatro o más, a doce (art. 125 RD 375/2003).

Sea como fuere, se trata "de dos ayudas con idénticos sujetos beneficiarios y sujetos causantes, esto es se da la singularidad de que una misma contingencia es

[485] Los gastos derivados del ingreso en un hospital de una beneficiaria en situación de embarazo, como consecuencia de una neumonía, están cubiertos por la asistencia sanitaria por maternidad. STSJ, Cont.-Admtivo., Cantabria 24 julio 2009 (JUR 2009, 374676).

[486] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "Regímenes especiales de los funcionarios públicos", cit., pág. 887.

[487] STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 26 enero 2005 (JUR 2005, 94226).

protegida a través de dos prestaciones perfectamente compatibles"[488]. La razón que parece justificar tal duplicidad puede encontrarse en el hecho de que las situaciones de necesidad dignas de protección son distintas: para el primer caso, la situación de necesidad que el ordenamiento selecciona "es el período obligatorio que procede en caso de maternidad" y, en el segundo, "se pretende compensar, en parte, los mayores gastos que se producen por nacimiento de hijos… cuando, de forma simultánea, las familias han de cuidar de varios por el hecho del parto múltiple"[489]. En fin, en los mismos términos previstos para el Régimen General, se reconocen también dos tipos de prestaciones, cuya cuantía asciende, con carácter general y en cómputo anual, a 291 euros (art. 182 bis LGSS) [490]: por hijo a cargo menor de dieciocho años y por hijo a cargo discapacitado[491].

Por contra, no gestiona MUFACE (ni ninguna otra Mutualidad de funcionarios), sino el propio INSS, la prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres discapacitadas (arts. 185 y 186 LGSS)[492]. Tampoco lo hace respecto a la prestación no contributiva por nacimiento o adopción de hijo creada por la Ley 35/2007, de 15 de noviembre[493], a extinguir a partir del 31 de diciembre de 2010 de conformidad con lo previsto en el RD Ley 8/2010, de 20 de mayo, cuya competencia venía correspondiendo a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria por delegación del INSS[494].

2.- En el marco de ISFAS, se reconocen igualmente, con carácter compatible entre sí, el subsidio especial por maternidad, adopción o acogimiento múltiples y la prestación económica de pago único cuando el número de hijos nacidos o adoptados sea superior a dos (art. 97 RD 1726/2007)[495].

Podrán ser beneficiarios del subsidio los siguientes sujetos: a) la madre cuando esté obligatoriamente incluida en el campo de aplicación del presente Régimen; b) el padre en las mismas condiciones de afiliación, siempre y cuando la primera no tenga derecho a esta ayuda por otro Régimen de Seguridad Social o cuando teniendo derecho

---

[488] RIVAS VALLEJO, M.P.: "La mejora de la protección familiar", *TS*, núm. 119, 2000, pág. 93.

[489] MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: "El subsidio especial por maternidad en caso de parto múltiple", *Social Mes a Mes*, núm. 57, 2000, pág. 27.

[490] Por todos, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, Albacete (Bomarzo), 2007 ó VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: "Las prestaciones familiares a la luz de las políticas de apoyo a la familia y de conciliación de la vida laboral y familiar", *TL*, núm. 84, 2006, págs. 45 y ss.

[491] SSTSJ, Cont.-Admtivo., Comunidad Valenciana 15 marzo 1999 (RJCA 1999, 3894), Castilla-La Mancha 7 julio 2008 (JUR 2009, 31088), Madrid 9 julio 2008 (RJCA 2009, 21) y Murcia 7 noviembre 2008 (JUR 2009, 120025).

[492] GOERLICH PESET, J.M. y ROQUETA BUJ, R.: "Las prestaciones familiares: balance y perspectivas", en AA.VV (MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N., Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada (Comares), 2008, págs. 965 y ss. ó BARRIOS BAUDOR, G.L.: "Prestaciones familiares", en AA.VV (MONTORO GURICH, C. y BARRIOS BAUDOR, G.L., Coords.): *Políticas familiares*, Madrid (Rialp), 2008, págs. 269 y ss.

[493] CAVAS MARTINEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "Acción protectora no contributiva: pensiones, complementos a mínimos y prestaciones familiares", *Foro de Seguridad Social*, núm. 17, 2007, págs. 118 y ss.

[494] Resolución de 16 de noviembre de 2007.

[495] Sin olvidar, a modo de ejemplo, lo previsto en el RD 293/2009, de 6 de marzo, por el que se aprueban las medidas de protección de la maternidad en el ámbito de la enseñanza en las Fuerzas Armadas, esto es, también en fase de formación y perfeccionamiento de su carrera profesional. VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, cit., pág. 568.

hubiera fallecido o hubiera optado porque sea el padre quien lo ejercite; c) las viudas en caso de hijos póstumos habidos con el titular, o cuando éste fallezca tras el parto sin haber ejercido el derecho; y d) los viudos en caso de que la progenitora titular del derecho fallezca durante o después del parto (art. 98.1 RD 1726/2007). En todo caso, para disfrutar del subsidio se requiere haber cotizado al ISFAS durante 180 días naturales como mínimo durante los cinco años inmediatamente anteriores (art. 99.1 RD 1726/2007). Su cuantía ascenderá al 100 por 100 de la base de cotización al ISFAS durante las seis semanas de descanso obligatorio (art. 100.1 RD 1726/2007)[496].

La prestación económica será disfrutada por las personas ubicadas en el ámbito de aplicación de este Régimen, incluidos los viudos y viudas en los mismos términos previstos anteriormente para el subsidio, sin que se exija ningún período de carencia (art. 99.2 RD 1726/2007). Se calculará de la misma manera que se indicó para el Régimen de Funcionarios Civiles del Estado (art. 100.2 RD 1726/2007)[497].

Se reconoce, además, una ayuda destinada a la protección por hijo o menor acogido que padezca una discapacidad igual o superior al 33 por 100[498], cuya cuantía será la fijada anualmente en la Ley de Presupuestos o en la normativa correspondiente del Régimen General (art. 91 RD 1726/2007), esto es, 1.000 euros cuando el hijo o menor acogido a cargo tenga un grado de discapacidad igual o superior al umbral anteriormente citado; 3.129,48 euros cuando el hijo a cargo sea mayor de 18 años y esté afectado por una minusvalía en un grado igual o superior al 65 por 100; ó 4.694,28 euros cuando el hijo sea mayor de 18 años y esté afectado por una minusvalía en grado igual o superior al 75 por 100 y cuando, como consecuencia de las pérdidas anatómicas o funcionales padecidas, neceesite el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida (art. 182 bis LGSS)[499].

3.- En el ámbito de MUGEJU, tanto las prestaciones familiares por hijo a cargo[500] como el subsidio por parto múltiple, la prestación económica por parto plural y por nacimiento de hijo[501] se regirán por lo dispuesto para el Régimen General (art. 21 RD Legislativo 3/2000). Cabe destacar, no obstante –a modo de ejemplo—la siguiente peculiaridad: el importe del subsidio especial por parto, adopción o acogimiento múltiple, no se calcula multiplicando la remuneración del funcionario por el número de hijos nacidos, adoptados o acogidos, sino que se atiende a la cantidad resultante de multiplicar el haber regulador para la determinación de las pensiones de Clases Pasivas establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, correspondiente al índice multiplicador del cuerpo al que pertenezca el mutualista, por 42 y el resultado dividido por 365. El montante hallado se multiplicará, a su vez, por el número de hijos a partir del segundo que nazcan en un mismo parto o menores adoptados o acogidos simultáneamente[502].

---

[496] FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "Regímenes especiales de los funcionarios públicos", cit., pág. 888.

[497] Así, para el año 2010, si el número de hijos nacidos es de dos, el importe de la ayuda será de 2.533,20 euros; si son 3, 5066,40 euros; y si son 4 o más, 7.599,60 euros.

[498] STSJ, Cont.-Admtivo., Andalucía/Málaga 25 junio 1999 (RJCA 1999, 4670).

[499] En definitiva, si el hijo es menor de 18 años y la minusvalía es igual o superior al 33 por 100, se percibirán 83,33 euros al mes; si es mayor de 18 con una minusvalía igual o superior al 65 por 100, se percibirán 339,70 euros al mes; y si el hijo es mayor y la minusvalía igual o superior al 75 por 100, se percibirán 509,60 euros al mes.

[500] Circular núm. 78, de 1 de marzo de 2006. Sobre la prestación por hijo minusválido, STSJ, Cont.-Admtivo., Cataluña 4 enero 2000 (JUR 2001, 131990).

[501] Circular núm. 69, de 27 de marzo de 2000, actualizada por Resolución del Presidente de MUGEJU de 21 de mayo de 2005.

[502] Circular núm. 69, de 27 de marzo de 2000, modificada por Resolución de 27 noviembre 2000.

6.2.- Riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural

El art. 99 RD 375/2003, en su nueva redacción otorgada por el RD 2/2010, reconoce la situación de licencia por riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural a las funcionarias civiles del Estado, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 58 LOIEMH, el cual establece que si las condiciones del puesto de trabajo de una funcionaria incluida dentro del ámbito del Mutualismo administrativo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo, podrá concederse licencia por esta circunstancia. La presente previsión se encamina a equiparar el tratamiento de las féminas protegidas por el Sistema Mutualista con el dispensado por el Régimen General de la Seguridad Social al resto de empleadas públicas (disposición adicional 20ª *quater* LOIEMH)[503].

Es más, procede entender íntegramente aplicable al ámbito de la función pública el régimen jurídico recogido en el art. 26 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) (en el cual se regulan los aspectos preventivos del riesgo durante el embarazo), no en vano el art. 3.1 de esta Ley se esfuerza en aclarar que su ámbito subjetivo se extiende no sólo a las empresas privadas sino también a los Entes administrativos. No está de más recordar que, conforme a este precepto, sobre la Administración pesa la obligación básica de planificar la acción preventiva, para lo cual será imprescindible la previa evaluación de los riesgos existentes en la misma y en cada concreto puesto de trabajo, de forma que si los resultados de dicha evaluación revelasen la existencia de un riesgo para la seguridad y salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las funcionarias –"aunque no haya peligro cierto de que se produzca"-, la Administración deberá adoptar las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo[504]. Tales medidas, en una enumeración no exhaustiva sino meramente enunciativa, pues en ningún caso impide la adopción de cualesquiera otras tendentes a evitar la exposición de la funcionaria al riesgo, se estructuran, de forma subsidiaria, en los tres niveles siguientes (art. 26 LPRL)[505]:

En el primer nivel de protección aparece la adaptación provisional de las condiciones de trabajo del propio puesto o función que realiza la funcionaria habitualmente. Cuando la modulación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resulte posible o, a pesar de tal adaptación, no pudiera evitarse el riesgo, entra en juego un segundo nivel de protección, recogido en el art. 26.2 LPRL y que comporta la incorporación a la escena de variaciones en las funciones desempeñadas, produciéndose un cambio de destino. En tercer y último lugar, en aquellos supuestos en los que no fuera materialmente posible, o ni siquiera razonablemente exigible, el cambio de las condiciones de ejecución del puesto de trabajo habitual y tampoco la movilidad de la funcionaria, podrá declararse el paso de la afectada a la situación de riesgo durante el embarazo, que abarcaría el período necesario para la protección de su seguridad o de su

[503] CASTRO ARGÜELLES, M.A. y ÁLVAREZ ALONSO, D.: *La igualdad efectiva entre mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Madrid (Civitas), 2007, pág. 191.

[504] PUÑET GÓMEZ, P.: "Las medidas para la promoción de la igualdad efectiva en la función pública", en AA.VV (SALA FRANCO, T. *et alii)*: *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres*, Madrid (La Ley) , 2008, pág. 202.

[505] QUINTANILLA NAVARRO, R. y MATEOS DE CABO, O.I.: "Art. 56", en AA.VV (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Coords.): *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Pamplona (Aranzadi), 2008, págs. 413 y ss.

salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado (art. 26.3 LPRL)[506].

Así, no se trata de un mecanismo dirigido a tutelar a la funcionaria con carácter general ante un supuesto de imposibilidad de desarrollo de la prestación de trabajo a consecuencia de las repercusiones negativas que el embarazo puede generar sobre su estado físico, pues no quedan protegidos por la situación de riesgo durante el embarazo aquellos casos en los que, por las molestias propias de la gestación o las afecciones que dicho estado conlleva, la funcionaria no pueda desarrollar temporalmente su prestación. De esta forma, los denominados embarazos de alto riesgo (cada vez más numerosos) no entrarían dentro del ámbito de aplicación del permiso aquí analizado, no en vano los problemas de la viabilidad del feto y la salud de la madre dependen, en tales casos, no de un potencial riesgo laboral, sino del hecho mismo de la gestación y sus circunstancias adversas (un parto múltiple amplio, un desprendimiento de placenta, amenaza de aborto, avanzada edad de la madre...)[507].

Es más, tampoco cabe olvidar que la reforma introducida en el art. 26 LPRL por la LOIEMH extiende el régimen jurídico previsto para la licencia por riesgo durante el embarazo a una situación hasta ese momento carente de protección cual era la conocida como "riesgo durante la lactancia", de la cual podrá beneficiarse ahora lógicamente también la funcionaria pública, no en vano la disposición adicional 20ª LOIEMH, introduce modificaciones en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Decreto de 7 de febrero de 1964 (LFCE), para que se pueda conceder esta licencia en la función pública en los mismos términos y condiciones que para el resto de personal, estando actualmente regulada en el art. 22 RD Legislativo 4/2000 y en los arts. 99 y ss. RD 375/2003.

De este modo, cuando una funcionaria civil del Estado, que esté lactando a su hijo de forma natural, deba cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación conforme a la LPRL y ello no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, puede solicitar una licencia por riesgo durante la lactancia sin sufrir pérdidas económicas[508].

Con ambas instituciones no sólo se protege a la funcionaria embarazada o que ha dado a luz recientemente de la posibilidad de sufrir un riesgo que afecte al feto, eximiéndola temporalmente del trabajo, sino que además se establece una prestación monetaria a cargo del Mutualismo administrativo para paliar la situación de necesidad provocada por la falta de ingresos derivada de la actualización de la contingencia (art. 101 RD 375/2003). Dicha prestación tendrá la naturaleza de incapacidad temporal derivada de enfermedad profesional y conllevará unos derechos económicos equivalentes a un subsidio en cuantía igual al 100 por 100 de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer mes de licencia a cargo de la Mutualidad (art. 22 RD Legislativo 4/2000)[509].

La competencia para la concesión de las licencias por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural corresponderá a los órganos administrativos con atribuciones en materia de gestión de personal (art. 22.2 RD Legislativo 4/2000),

---

[506] Por extenso, SÁNCHEZ CASTILLO, M.: *La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2009.

[507] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La familia ante el ordenamiento jurídico laboral. Situación y protección*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2008, págs. 215-216.

[508] NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y VELASCO PORTERO, M.: "Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar de los empleados públicos", *AL*, núm. 17, 2008, págs. 2028 y ss.

[509] FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: "Previsiones relativas a la Seguridad Social de los funcionarios públicos en la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009", cit., págs. 90 y ss.

debiendo seguir el procedimiento establecido en la Orden de 30 de junio de 2010, que será coincidente, sólo en parte, con el diseñado para la prestación de incapacidad temporal[510]:

1.- La acreditación de estas situaciones se documentará mediante un informe del médico dependiente de la Entidad o, en su caso, del Servicio Público de Salud al que figure adscrita la mutualista y que asista facultativamente a la misma o al lactante, en el que se diagnostique su situación de embarazo y la fecha probable del parto o la situación de lactancia natural, según corresponda. Además, se ha de aportar un informe del Servicio de Prevención del centro de trabajo donde desempeñe sus tareas la mutualista, en el cual se hará constar, de acuerdo con la evaluación de riesgos en la actividad desarrollada y las condiciones del puesto de trabajo que desempeña, si concurren o no agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que pueden influir negativamente en la salud de la mutualista y/o en la del feto o en la del lactante. Alternativamente, el certificado podrá ser emitido por el Servicio médico del centro si colabora en el Servicio de Prevención (art. 15).

2.- En los tres primeros meses de licencia se expedirá, con carácter general, un único parte antes de alcanzar el cuarto día del inicio de la situación de riesgo; y si se hubiera previsto una duración de este período inferior a tres meses y se alcanzara esa fecha sin que desapareciera el riesgo, será necesario expedir un nuevo parte acreditativo de la situación y del nuevo período de duración probable (art. 16).

3.- Si se alcanzara el comienzo del cuarto mes de prórroga de la licencia y continuara la situación de riesgo, deberá expedirse un parte en dicha fecha o en el posterior día hábil (art. 16 *in fine*).

4.- A la vista de los informes presentados por la mutualista, el órgano de personal podrá conceder o denegar motivadamente la licencia solicitada. En caso de resolver la concesión de la misma deberá declarar que no procede el cambio de puesto de la funcionaria porque no resulta reglamentaria, técnica u objetivametne posible o porque no puede razonablemente exigirse por motivos justificados (art. 17).

El régimen descrito resulta aplicable también al personal al servicio de las Fuerzas Armadas, no en vano los art. 66 y 68 LOIEMH establecen que "las normas y criterios relativos a la igualdad, la prevención de la violencia de género y la conciliación de la vida profesional, personal y familiar establecidos para el personal al servicio de la Administración General del Estado serán aplicables a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado". En tanto en cuanto la situación de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia reciben tratamiento similar a la situación de incapacidad temporal por contingencias profesionales, podría entenderse, en una primera aproximación, que dicha prestación se limita a las funcionarias civiles pertenecientes al ISFAS, pero no a las Militares o a las Guardias Civiles, pues no tienen reconocida expresamente la protección por incapacidad temporal sino que las ausencias al trabajo por lesión o enfermedad se retribuyen íntegramente por el órgano para el cual vinieran prestando servicios como si continuaran en activo. Ello quedaría corroborado por lo dispuesto en el art. 101.6 Ley 39/2007, en virtud del cual "durante el periodo de embarazo la mujer militar tendrá derecho a ocupar, por prescripción facultativa, un puesto orgánico o cometido adecuado a las circunstancias de su estado que podrá ser distinto del que estuviera desempeñando; la aplicación de este supuesto no implica pérdida del destino". Por su parte, el RD 179/2005, de 18 de febrero, sobre prevención de riesgos laborales en la Guardia Civil, determina en su art. 10 que "si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión

[510] BLASCO LAHOZ, J.F.: "La protección por incapacidad temporal y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural de los funcionarios y funcionarias", cit., págs. 77-78.

sobre el embarazo o la lactancia, los mandos competentes de las unidades a que pertenezcan adoptarán las medidas necesarias de las previstas en las normas sobre destinos y permisos en el mentado cuerpo y en la regulación vigente sobre permisos para el personal al servicio de las Administraciones Públicas, para evitar la exposición a dichos riesgos". No obstante, cabe interpretar que la finalidad de la LOIEMH es erradicar todo tipo de discriminación de la mujer incluida en el ámbito de aplicación del Régimen Especial de las Fuerzas Armadas y que el art. 26 LPRL es directamente aplicable en este ámbito, razón por la cual tanto el riesgo durante el embarazo como el riesgo durante la lactancia natural deberían conllevar, si de dan los requisitos necesarios para ello, a que la mujer Militar o Guardia Civil queden exoneradas de prestar servicios efectivos pero sin pérdida de la retribución.

Por su parte, las prestaciones por riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural se concederán a las funcionarias judiciales en los mismos términos previstos para el Régimen General, que será de aplicación supletoria (art. 1.3 RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia natural)[511]. En todo caso, la repercusión real en el Mutualismo Judicial del riesgo durante la lactancia natural resulta muy reducida, atendiendo al especial tratamiento que en este Régimen se otorga a la incapacidad temporal. Así, la duración conjunta de la licencia por maternidad (dieciséis semanas) y de los seis meses en los que se conservan derechos económicos íntegros en el caso de incapacidad temporal (mejor licencia por enfermedad) superan los nueve meses que abarca la situación de riesgo durante la lactancia natural, de modo que, salvo excepciones (disfrute de un período relevante de maternidad con carácter previo al parto o renuncia a agotar íntegramente la duración del descanso por maternidad), la funcionaria judicial no va a recibir el subsidio por riesgo durante la lactancia natural[512].

VII.- Auxilio por defunción y ayuda al sepelio

Por RD 630/1982, de 26 de marzo, se concedió una especie de subsidio por defunción destinado a subsanar las necesidades económicas causadas por la muerte del mutualista funcionario civil del Estado, cuya cuantía se determina en función de la edad del fallecido (más o menos de 41 años), aplicando un módulo multiplicador (187,82 euros) y con un mínimo garantizado (1.502,53 euros). Se trata de una prestación de asistencia social consistente en una cuantía dineraria de pago único (cuyo montante se actualizará por Orden del Ministerio con competencias en materia de función pública), concedida sin sumisión a ningún tipo de obligación formal[513], a un amplio elenco de beneficiarios, con carácter excluyente, que convivan con el mutualista y a sus expensas por este orden (art. primero Orden de 12 de enero de 2004)[514]: 1) Cónyuge (salvo que existiera divorcio, separación legal o declaración de nulidad del matrimonio) o persona asimilada que acredite

[511] ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. y PÉREZ YÁÑEZ, R.: "Sobre la regulación de las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia (a propósito del RD 295/2009, de 6 de marzo)", *RL*, 2009, T. II, págs. 1143 y ss. ó PANIZO ROBLES, J.A.: "La nueva regulación reglamentaria de las prestaciones económicas de la Seguridad Social relacionadas con la maternidad: comentario al RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural", *RTSS (CEF)*, núm. 313, 2009, págs. 3 y ss.

[512] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La* Seguridad *Social de los empleados, cargos y servidores públicos,* cit., pág. 151.

[513] STSJ, Cont.-Admtivo., Andalucía/Sevilla 27 mayo 2005 (JUR 2005, 201950).

[514] SSTSJ, Cont.-Admtivo., Islas Canarias/Las Palmas 23 febrero 2002 (JUR 2002, 277464), Galicia 5 junio 2002 (JUR 2003, 4916) y Madrid 14 febrero 2005 (JUR 2005, 160348).

su condición de tal; 2) Hijos del causante por naturaleza o adopción, sin que pierdan la condición de beneficiarios por convivir con el otro progenitor cuando se hubiera producido divorcio, separación o declaración de nulidad matrimonial; 3) Hijos por naturaleza o adopción de la persona asimilada al cónyuge; 4) Acogidos, permanentes o preadoptivos, por el mutualista fallecido; 5) Otros descendientes del causante; 6) Hermanos del mutualista fallecido; 7) Padres del causante tanto por naturaleza como por adopción; 8) Abuelos del causante, tanto por naturaleza como por adopción; 9) Cualquier otro familiar o asimilado. Ello no obstante, el mutualista podrá determinar un orden de preferencia distinto, haciéndolo constar expresamente ante la correspondiente Delegación de MUFACE[515].

Se prevé, además, la concesión de una ayuda (450,76 euros) destinada a sufragar los gastos del sepelio[516] de un beneficiario o del titular de un documento asimilado al de afiliación (art. 134 RD 375/2003)[517].

Con una regulación parecida, se reconocen, en el ámbito del ISFAS, unos auxilios económicos o, en su caso, a modo de reintegro de gastos, que tienen por objeto ayudar en el esfuerzo económico familiar directamente derivado del fallecimiento de titulares y beneficiarios. Sus cuantías y límites se determinan para cada ejercicio por la correspondiente resolución de la Secretaría General Gerente. En la actualidad, asciende a 1.307,37 euros, si el fallecido es el titular por derecho propio, cuando el perceptor sea el cónyuge viudo no separado legalmente o los huérfanos aparecen incluidos como hijos en el documento de afiliación del difunto. Si fallece alguno de los beneficiarios con derecho a asistencia social, el importe a recibir es de 654,22 euros. En el resto de los casos, la ayuda por fallecimiento se convierte en un reintegro de los gastos del sepelio, con un máximo de 1.307, 37 euros en el caso del titular por derecho propio, y de 654, 22 cuando se trate de un titular por derecho derivado o beneficiario (Resolución 480/19364/2008, de 30 de octubre)[518].

Por Resolución de 22 de diciembre de 2008, de MUGEJU, se actualiza en este ámbito la cuantía destinada a la ayuda para gastos del sepelio[519], que será de 1.578 euros si fallece el mutualista o de 947 euros si el fallecido es un titular no mutualista o un beneficiario[520].

---

[515] SEMPERE NAVARRO, A.V. y OLIVARES FRANCO, F.: "Notas sobre el régimen jurídico de la MUFACE", cit., pág. 75.

[516] No los gastos derivados del desplazamiento de familiares, STSJ, Cont.-Admtivo., Murcia 19 febrero 1999 (JUR 1999, 111360).

[517] STSJ, Cont.-Admtivo., Castilla y León/Valladolid 1 abril 2005 (JUR 2005, 102936).

[518] BLASCO LAHOZ, F.J.: "Regímenes especiales de funcionarios", cit., pág. 463.

[519] Sobre la necesidad de presentar solicitud en plazo [SSTSJ, Cont.-Admtivo., Canarias/Santa Cruz de Tenerife 24 mayo 1999 (RJCA 1999, 1477) y Madrid 16 junio 2004 (JUR 2006, 215137)], salvo imposibilidad manifiesta ante la falta de publicación de una convocatoria [STSJ, Cont.-Admtivo., Andalucía/Sevilla 27 febrero 2001 (JUR 2001, 162617)].

[520] Se concede en los casos de fallecimiento de mutualistas, titulares no mutualistas y beneficiarios incluidos en el documento de afiliación de ambos, siempre que se encuentren en situación de alta en el momento del hecho causante, siendo perceptores de la misma: 1) En el supuesto de fallecimiento del mutualista (titular por derecho propio), las siguientes personas siguiendo el orden excluyente que se indica: a) el cónyuge viudo no separado judicialmente; b) los hijos que estuvieran incluidos como beneficiarios en su documento de afiliación; c) quien acredite haber abonado los gastos del sepelio mediante factura original. 2) Si el fallecido es un titular no mutualista (titular por derecho derivado), la persona que justifique haber abonado los gastos de sepelio mediante factura original. 3) Cuando fallezca un beneficiario, el titular del documento de afiliación en el que aquél figure incluido. MUGEJU: *Guía de prestaciones.*www.mjusticia.es

En fin, contrasta la regulación prevista para estos tres Regímenes, bastante generosa en su montante económico, con el exiguo auxilio cifrado en 39,08 euros, que se concede en el Régimen General, y por este orden, al cónyuge supérstite, al sobreviviente de una pareja de hecho o a los hijos y parientes del fallecido que convivieran con él habitualmente (art. 173 LGSS).

8.- Prestaciones "singulares"

Como prestaciones "singulares" otorgadas por cada entidad de carácter Mutualista, cabe citar, entre otras, las siguientes fundamentales[521]:

1.- En el ámbito de MUFACE:

a) El "subsidio por jubilación", a percibir por aquellos mutualistas que se jubilen con carácter forzoso por razón de edad o por incapacidad permanente para el servicio[522]. Consiste en una prestación económica resultante de multiplicar el importe íntegro de una mensualidad ordinaria de las retribuciones básicas que correspondan al funcionario en el momento de la jubilación por un coeficiente fijado en la actualidad en el duplo (art. 131 RD 375/2003)[523].

b) Becas para estudios universitarios de mutualistas[524] o para la residencia de hijos y huérfanos de mutualistas[525], con las condiciones y requisitos marcados en la correspondiente convocatoria de cada curso académico (Resolución de 5 de junio de 2009).

c) Ayuda para la adquisición de vivienda (Resolución de 25 de marzo de 2010)[526].

d) Programas sociosanitarios, dirigidos a atender las necesidades de personas mayores, personas con discapacidad, drogodependientes, enfermos psiquiátricos crónicos[527], así como de otros sujetos en situación de dependencia (art. 135 RD

---

[521] GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, cit., págs. 46-47.

[522] No se concederá en los supuestos de jubilación voluntaria, SSTSJ, Cont.-Admtivo., Aragón 1 junio 2000 (JUR 2000, 282455) y Andalucía/Sevilla 27 mayo 2008 (JUR 2009, 83776).

[523] Sobre la jubilación forzosa, FERNÁNDEZ PROL, F.: "Criterios significativos de la jubilación forzosa de los funcionarios públicos", *AL*, núm. 9, 2006, págs. 1010-1026.

[524] Siempre que no sea incompatible con otro tipo de ayudas, SSTSJ, Cont.-Admtivo., La Rioja 13 abril 1996 (RJCA 1996, 509), Navarra 8 mayo 2007 (JUR 2007, 338527). En todo caso, debe solicitarse para la titulación que efectivamente se vaya a cursar, STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 26 mayo 2004 (JUR 2004, 227239). Es necesario, asimismo, que se trate de una titulación académica o equivalente, STSJ, Cont.-Admtivo., Murcia 13 octubre 1998 (JUR 1998, 27798).

[525] En este último caso, "será concedida atendiendo a los ingresos económicos de la familia, en función de los ingresos concretos por miembro de la unidad familiar atendiendo a la base imponible del IRPF correspondiente al último año en que el funcionario fallecido era integrante de la familia", STSJ, Cont.-Admtivo., Andalucía/Sevilla 1 octubre 1998 (RJCA 1998, 5037).

[526] Que debe ser adquirida en el año correspondiente a la convocatoria, STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 8 octubre 2002 (JUR 2003, 144294). Además, el beneficiario debe pedir el crédito hipotecario en una entidad comprendida en la relación de las adheridas al convenio a cuyo amparo se solicita la ayuda, SSTSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 4 febrero 1997 (RJCA 1997, 700) y Cataluña 5 febrero 1999 (RJCA 1999, 579). Como es lógico, debe acreditarse la condición de mutualista al tiempo de la adquisición, STSJ, Cont.-Admtivo., Andalucía/Granada 12 febrero 1996 (RJCA 1996, 437).

[527] Incluyendo asistencia psicoterapéutica [STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 13 abril 2002 (JUR 2002, 235739)]; internamiento psiquiátrico [SSTSJ, Cont.-Admtivo., Castilla y León/Burgos 21 abril 1998 (RJCA 1998, 3860), Murcia 2 noviembre 2001 (JUR 2002, 26759) y Madrid 19 abril 1999, 28 febrero y 6 marzo 2002 (RJCA 1999, 998 y JUR 2002, 235052 y 235178) y 28 marzo 2003 (JUR 2004, 160549) ó Andalucía/Granada 28 julio 2003 (JUR 2003, 241925)]; atención psicológica [STSJ, Cont.-Admtivo., Castilla y León/Valladolid 16 febrero 2005 (JUR 2006, 108398)] y psiquiátrica [STSJ, Cont.-Admtivo., 7

375/2003). La modificación de los programas, la concreción de las modalidades, las condiciones específicas de acceso a las mismas, el número de ayudas dentro de cada una de ellas, si ello fuera preciso, así como las cuantías correspondientes, se determinan de acuerdo con el crédito consignado a tal fin en el presupuesto de MUFACE para cada ejercicio económico, mediante la oportuna convocatoria pública, que se efectúa por resolución del Director General de MUFACE y se publica en el BOE[528].

Procede hacer referencia, así, al régimen jurídico establecido en la Resolución de 24 de febrero de 2010, en la cual se regulan las ayudas adicionales al Sistema Nacional de Atención a la Dependencia, destinadas a sufragar el internamiento en residencias asistidas[529], tratamiento en centros de día y de noche, apoyo domiciliario, contratación de asistencia personal, cuidados en el entorno familiar, mantenimiento y potenciación de la capacidad residual y para eliminación de barreras arquitectónicas. Todo ello sin olvidar, de un lado, la existencia de un servicio telefónico de orientación médica, social y psicológica para mayores y, de otro, las ayudas de podología básica y termalismo social para personas mayores[530]. A lo que hay que añadir el programa de ayudas para estancias temporales en centros específicos durante los períodos de convalecencia con pérdida transitoria de autonomía y los de ayudas destinadas a enfermos celiacos (Resolución de 19 de febrero de 2010).

e) Asistencia social, consistente en la prestación por MUFACE de los servicios y auxilios económicos que se consideren precisos para atender los estados y situaciones de necesidad en los que pudieran encontrarse los causantes, siempre y cuando éstos carezcan de recursos suficientes[531]. Comprende ayudas por tratamientos en intervenciones especiales, en casos de carácter excepcional, cuando no estén cubiertos por la prestación de asistencia sanitaria; por inexistencia, pérdida o insuficiencia de prestaciones en supuestos concretos; por gastos de carácter urgente en casos de importancia extraordinaria debidamente justificados; y por cualesquiera otras causas análogas cuya percepción no haya sido regulada en las normas aplicables a este Régimen Especial[532].

f) Fondo especial, formado por las Mutualidades que sucesivamente se han ido integrando en MUFACE. Las disposiciones transitorias de la Ley 29/1975, de 27 de junio, establecieron el marco para proceder a dicha integración, que suponía, por un lado, la aportación de dichas Mutualidades de la totalidad de bienes, derechos y acciones que poseían a MUFACE; por otro, esta última debía hacer frente a las prestaciones ya reconocidas y a las que pudieran generarse en el futuro, en la medida que los mutualistas podían seguir cotizando. Con dichos bienes, derechos, acciones y cuotas satisfechas se constituyó un patrimonio separado dentro de la Mutualidad de destino, de modo que si éste no permitía cubrir las obligaciones devengadas el Estado debía aportar la correspondiente subvención (disposición adicional 1ª Ley 29/1975)[533]. La disposición adicional 5ª Ley 74/1980, de 29 de diciembre, de Presupuestos para

---

marzo 2002 (JUR 2002, 235192)]. Sobre la cobertura de MUFACE respecto de la enfermedad mental, STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 5 octubre 2001 (JUR 2002, 92116).

[528] AA.VV: *Memento Práctico Francis Lefebvre. Empleado Público 2010-2011,* Madrid (Francis Lefebvre), 2010, pág. 748.

[529] STSJ, Cont.-Admtivo., 18 febrero 2003 (JUR 2003, 186731).

[530] SAEZ, CH.: "Las prestaciones y servicios de la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado", *Revista Muface,* noviembre 2007, págs. 9 y ss.

[531] STSJ, Cont.-Admtivo., Castilla-La Mancha 18 mayo 2009 (JUR 2009, 281089).

[532] AA.VV.: *Memento Práctico Francis Lefebvre. Empleado Público, 2010-2011,* cit., pág.749.

[533] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos,* cit., pág. 105.

1981, llevó a cabo una reducción de la acción protectora de este Fondo especial, congelando la cuantía de las prestaciones devengadas a 31 de diciembre de 1973 y estableciendo una reducción progresiva de las cotizaciones en perjuicio de los futuros beneficiarios[534]. La disposición adicional 6ª RD Legislativo 4/2000 prohíbe la incorporación de nuevos socios a las Mutualidades integradas, si bien admite la baja individual del funcionario con "la pérdida, por parte del beneficiario, de cualquier prestación y sin derecho a la devolución de cuotas", lo cual ha provocado grandes dosis de litigiosidad en cuanto al alcance de la retroactividad y la consideración de los derechos adquiridos[535].

g) Aunque no forman parte de la acción protectora de MUFACE, conviene recordar que el art. 67 LFCE recogía otras modalidades asistenciales, pues exigía al Estado que facilitara a sus funcionarios la adecuada asistencia social, "fomentando la construcción de viviendas, residencias de verano, instalaciones deportivas, instituciones educativas, sociales, cooperativas y recreativas y cuanto contribuya al mejoramiento de su nivel de vida, condiciones de trabajo y formación profesional y social", precepto convertido, en gran medida, en letra muerta por falta de desarrollo[536].

2.- En ISFAS[537]:

a) Ayuda económica para la adquisición de vivienda, de pago único (808 euros), para los titulares y viudos/as o huérfanos afiliados, que accedan en propiedad a un primer domicilio (Resolución 480/18364/2008, de 30 de octubre)[538].

b) Ayuda social para celiacos, destinada a paliar las especiales necesidades de estos pacientes, siempre y cuando sean menores de dieciocho años, cuyo importe no podrá ser inferior a 94,5 euros ni superior a 661,50 euros, en función de los recursos económicos de la unidad familiar (Resolución 4B0/18364/2008, de 30 de octubre).

c) Ayuda económica por cada día de hospitalización psiquiátrica (84,70 euros) o de hospital de día (49 euros) (apartado 2.3 Resolución 4B0/38276/2009, de 16 diciembre 2009).

d) Ayudas por tratamientos de psicoterapia, calculadas en función del número de sesiones con el límite de 41,60 euros por sesión.

e) Ayudas por la compra de jeringuillas de insulina y/o reflectómetro y para bombas de infusión de insulina (apartado 2.4 Resolución 4B0/38276/2009).

f) Asistencia a la tercera edad, a través de ayudas para residencias asistidas, centros de día, auxilio a domicilio[539], ayuda económica adicional a la del Sistema Nacional de Dependencia, teleasistencia, ayuda económica a personas mayores de 75 años y bajo nivel de recursos o balneoterapia (Instrucción 4B0/19544/2009, de 2 de diciembre).

---

[534] Sobre la constitucionalidad de tales previsiones, STCo 27/1981, de 20 de julio.

[535] SSTS, Cont.-Admtivo., 29 noviembre 1982 (RJ 1982, 6798), 14 mayo y 6 junio 1993 (RJ 1993, 3887 y 4908), 11 febrero 1994 (RJ 1994, 872), 29 enero 1995 (RJ 1995, 472), 24 septiembre 1996 (RJ 1996, 6461) y 23 junio 1997 (RJ 1997, 5316).

[536] MANZANA LAGUARDA, R.: *Derechos y deberes del funcionario público*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2006, págs. 377 y ss.

[537] BLASCO LAHOZ, F.J.: "Regímenes especiales de funcionarios", cit., págs. 463-464.

[538] SSTSJ, Cont.-Admtivo., Islas Baleares 26 septiembre 1995 (RJCA 1995, 515), Navarra 8 junio 2001 (JUR 2001, 237170) y Aragón 24 junio 2003 (JUR 2004, 46380).

[538] SSTSJ, Cont.-Admtivo., Islas Baleares 26 septiembre 1995 (RJCA 1995, 515), Navarra 8 junio 2001 (JUR 2001, 237170) y Aragón 24 junio 2003 (JUR 2004, 46380).

[539] SSTSJ, Cont.-Admtivo., Canarias/Las Palmas 21 marzo 1998 (RJCA 1998, 2516) y Galicia 30 junio 1999 (RJCA 1999, 2002).

f) Programas sociosanitarios, cuyo objeto es la protección de situaciones de necesidad fundadas en contingencias relacionadas con la salud o calidad de vida de los asegurados, siempre que éstos no tengan derecho a su cobertura al amparo de las prestaciones de asistencia sanitaria que ofrece el ISFAS y cuyo coste genere una especial situación de necesidad atendiendo a sus circunstancias económicas. Incluyen recursos destinados a la atención de personas drogodependientes (para el ingreso en centros especiales a fin de seguir tratamientos de deshabituación), a personas discapacitadas (en centros especializados y ocupacionales), a enfermos crónicos (cama articulada, colchón antiescaras, grúa elevadora, elevador de W.C, asiento giratorio de bañera, adaptación de vehículos a motor, supresión de barreras arquitectónicas…), etc. (Instrucción 4B0/19544/2009, de 2 de diciembre).

g) Centro ocupacional para la atención directa a personas con discapacidad intelectual con edades comprendidas entre 18 y 60 años que no dispensen ayuda de tercera persona para las actividades básicas de la vida diaria[540].

3.- En fin, en MUGEJU[541]:

a) Ayudas a jubilados forzosos, consistente en el pago de una cantidad económica del 200 por 100, por una sola vez, del importe íntegro de una mensualidad ordinaria de las retribuciones básicas que corresponda percibir al mutualista que se encuentra en situación de alta y se jubile con carácter forzoso por edad o incapacidad permanente[542] y que en el momento de la jubilación se encuentre en servicio activo, servicios especiales, excedencia voluntaria por cuidado de familiares o por razón de violencia de género [art. 12.1 e) RD Legislativo 3/2000 y Resolución de 27 de mayo de 2009][543].

b) Ayudas económicas para adquisición de primera vivienda financiada mediante préstamo hipotecario (Resolución de 10 de diciembre de 2009)[544], siempre y cuando se hubiera comprado durante el año anterior a la fecha de presentación de la solicitud[545].

c) Programa de atención a personas mayores y otros beneficiarios, mediante el otorgamiento de ayudas de podología básica y termalismo social (Resolución de 10 de diciembre de 2009).

d) Ayuda económica para apoyo domiciliario, estancia en residencia o centro de día y servicio de teleasistencia[546].

e) Auxilios económicos tendentes a sufragar el coste de los servicios, actividades o medios técnicos que precisen los mutualistas o sus beneficiarios con discapacidad bajo las dos siguientes modalidades: para mantenimiento y potenciación de la capacidad residual y para la autonomía personal, bien tendentes a la eliminación de barreras arquitectónicas, bien destinadas a la adquisición de medios técnicos (Resolución de 12 de junio de 2008).

---

[540] www.ceisfas.es

[541] BLASCO LAHOZ, F.J.: "Regímenes especiales de funcionarios", cit., págs. 475-476.

[542] Indemnización sujeta al principio de suficiencia presupuestaria [STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 24 septiembre 2008 (JUR 2009, 40671)] y, por supuesto, al cumplimiento de los requisitos [STSJ, Cont.-Admtivo., Cataluña 12 noviembre 2001 (JUR 2002, 93091).

[543] BOE, de 27 de enero de 1998.

[544] En la actualidad asciende a 675 euros. MUGEJU: *Guía de prestaciones*, www.mjusticia.es

[545] STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 30 junio 2004 (JUR 2006, 210595). En todo caso, la solicitud ha de ser presentada en plazo [SSTSJ, Cont.-Admtivo., Galicia 16 diciembre 1998 (RJCA 1998, 4812) y Castilla y León/Valladolid 7 septiembre 1999 (RJCA 1999, 3505)], salvo causa de fuerza mayor como pudiera ser, en paradigmático ejemplo, la permanencia en la UVI del beneficiario [STSJ, Cont.-Admtivo., Cataluña 19 marzo 1999 (RJCA 1999, 2179)].

[546] Circular núm 72 (BOE 19 diciembre 2002), modificada y actualizada por Resoluciones de la Gerencia de la Mutualidad General Judicial de 5 de diciembre de 2007 y 22 diciembre 2008.

f) Ayudas para la deshabituación por drogadicción o alcoholismo (Resolución de 4 de julio de 2008) y para personas afectadas por el síndrome de inmunodeficiencia adquirida[547].

g) Ayudas del Fondo de Asistencia Social, destinado, tal y como señala el art. 82 RD 3283/1978, a atender a aquellas situaciones excepcionales de extrema necesidad en que se pueden encontrar los mutualistas o familiares a su cargo (Resolución de 10 de diciembre de 2009)[548]. Cabe entender incluidos, entre otros, los siguientes tipos de auxilios: por adopción de hijos, por alimentación especial (celiacos menores de 18 años), por necesidad de tercera persona, por tratamientos de medicina alternativa[549] o para enfermedades crónicas y oncológicas[550]. En definitiva, atiende situaciones de extrema necesidad de los mutualistas y sus familiares mediante prestaciones de pago único que deben enmarcarse en las posibilidades económicas del propio Fondo, pues no generan un derecho subjetivo en sentido estricto[551].

g) En fin, cabe alertar de que la disposición adicional 21ª Ley 54/1984, de Presupuestos Generales del Estado para 1985, posibilitó la constitución del Fondo Especial de MUGEJU y la consiguiente integración en el mismo de las Mutualidades de Funcionarios de la Administración de Justicia. Siguiendo lo pautado en dicho precepto, por Acuerdos del Consejo de Ministros de 10 de abril de 1987, de 3 de febrero de 1989 y de 27 de marzo de 1992, se llevó a efecto, respectivamente, la integración en dicho Fondo de la Mutualidad Benéfica de Funcionarios de la Justicia Municipal, de la Previsión de Funcionarios de la Administración de Justicia y de la Benéfica de Auxiliares de la Administración de Justicia[552]. Los socios y beneficiarios de dichas Mutualidades conservan en el Fondo Especial los derechos adquiridos o en curso de adquisición en relación con las prestaciones enumeradas en los acuerdos de integración (jubilación, viudedad y orfandad, auxilios por defunción y becas de estudios para huérfanos), rigiéndose su concesión y cuantía por lo establecido en dichos Acuerdos, en los Reglamentos de las respectivas Mutualidades[553] y en la disposición adicional 21ª Ley 54/1984, siendo la permanencia en el Fondo Especial y el mantenimiento del derecho a prestaciones de carácter voluntario[554].

VIII.- Orden jurisdiccional competente

---

[547] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, cit., pág. 154.

[548] Procediendo a revisar el baremo de renta para la concesión de las ayudas: a) peticionario soltero, separado o viudo sin cargas familiares, 40.890 euros/año; b) peticionario con cónyuge o pareja de hecho sin hijos, 47.395 euros/año; c) peticionario con cónyuge o pareja de hecho, con un hijo menor de 21 años, 56.688 euros/año; d) peticionario con cónyuge o pareja de hecho, con dos o más hijos menores de 21 años, 60.406; e) peticionario soltero, separado o viudo con un hijo menor de 21 años, 50.182; f) peticionario soltero o viudo, con dos hijos menores de 21 años, 59.474 euros; f) peticionario soltero o viudo, con tres o más hijos menores de 21 años, 60.406 euros.

[549] Como pudiera ser, por ejemplo, un supuesto de cirugía ocular, STSJ, Cont.-Admtivo., Galicia 6 marzo 2002 (JUR 2002, 138049).

[550] Circular núm 84 de la Mutualidad General Judicial (BOE de 3 de enero de 2009).

[551] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, cit., pág. 154.

[552] Integración a petición de la propia Mutualidad, SSTS, Cont.-Admtivo., 5 julio 1996 (RJ 1996, 5690), 7 marzo 1997 (RJ 2171), 2 abril 1998 (RJ 1998, 3965), 8 abril 1998 (RJ 1998, 3974), 13 abril 1998 (RJ 1998, 3975), 20 abril 1988 (RJ 1998, 4523) y 30 abril 1998 (RJ 1998, 3983).

[553] Aprobados por Orden de 6 de mayo de 1969, Orden de 24 de abril de 1974 y Decreto 1776/1971, de 1 de julio.

[554] MUGEJU: *Guía de prestaciones*. www.mjusticia.es.

Con el fin de no hacer demasiado tediosa esta enumeración de especialidades, es menester señalar, en último lugar, cómo permanecen excluidas del conocimiento de la jurisdicción social todas las cuestiones relacionadas con la protección social de los funcionarios públicos tanto en lo que hace a la modalidad de derechos pasivos cuanto, por lo que aquí interesa, al Régimen Mutualista[555], reconociéndose la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para el enjuiciamiento de los conflictos suscitados en relación con el funcionamiento y su dinámica prestacional[556], previo agotamiento de la vía administrativa.

Y ello no sólo porque las distintas normas que regulan con carácter general el peculiar Sistema de Seguridad Social de los funcionarios públicos hayan venido atribuyendo esta competencia de forma expresa a la jurisdicción contenciosa, sino --y sobre todo-- porque la relevante posición de tan particular empresario hace que entre sus privilegios no encuentre excepción, *ratione materiae*, a la normal revisión de sus actos. Todo ello sin perjuicio de poder argumentar determinadas circunstancias que pudieran hacer rectificar el criterio inicial y llevar a entender más apropiada la ubicación de ciertos pleitos referidos a la Seguridad Social de los funcionarios públicos en el marco de la jurisdicción social[557], habida cuenta la literalidad del art. 9.5 LOPJ ("los del orden jurisdiccional social conocerán... las reclamaciones en materia de Seguridad Social") y del propio art. 2 b) LPL ("los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan... en materia de Seguridad Social, incluida la prestación por desempleo")[558].

En efecto, el tenor literal del art. 9.5 LOPJ y el hecho de ser posterior a las normas legales y reglamentarias que atribuyen competencia a la jurisdicción contenciosa en esta materia posibilitarían una interpretación extensiva de la jurisdicción social, al ser, sin más, "materia de Seguridad Social"[559], resultando --por lo demás-- conveniente que un mismo orden jurisdiccional tuviera atribuida prerrogativa sobre cuestiones que, sin perjuicio de aspectos puramente organizativos y formales, son sustancial y materialmente iguales en tanto forman parte del Sistema público de protección previsto en el art. 41 CE. Ahora bien, pese a lo acertado de esta opinión, la realidad normativa actual sigue encomendando esta materia a la jurisdicción contencioso administrativa.

IX.- Bibliografía

AA.VV.: Memento Práctico Francis Lefebvre. Empleado Público 2010-2011, Madrid (Francis Lefebvre), 2010.

ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Las pensiones de los funcionarios públicos en España*, Madrid (Civitas), 1988.

ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, 7ª edición, Madrid (Tecnos), 1991.

[555] SSTS, Social, 20 abril y 5 octubre 1992 (RJ 1992, 2662 y 7611).
[556] En este sentido, STS, Sala 6ª, 9 octubre 1986 (RJ 1986, 5427).
[557] FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: "Jurisdicción social", en AA.VV (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Coord.): *Diccionario Procesal Social*, Madrid (Civitas), 1996, pág. 267.
[558] MERCADER UGUINA, J.R.: *Delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1996, pág. 116.
[559] CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: *Jurisdicción social y jurisdicción contencioso-adminsitrativa. Concurrencia y conflictos en materias laborales y de Seguridad Social*, Madrid (CEOE), 1986, pág. 126.

ALONSO OLEA, M.: “Los límites de una aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las Administraciones Públicas”, en AA.VV.: *Libro homenaje al Profesor Villar Palasí*, Madrid (Civitas), 1989.

-- y SERRANO GUIRADO, E.: *La Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Madrid (Instituto de Estudios Políticos), 1957.

ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. y PÉREZ YÁÑEZ, R.: “Sobre la regulación de las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia (a propósito del RD 295/2009, de 6 de marzo)”, *RL*, T. II, 2009.

ARROYO YANES, L.M.: “El desempeño de funciones y cometidos de hecho por parte de los funcionarios públicos y su problemática jurídica”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 24, 1995.

BALDASANO DE PADURA, M.: “Ordenación económica, financiera y actuarial de la Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado”, *DA*, núm. 81, 1964.

BARCELÓN COBEDO, S.; GONZÁLEZ ORTEGA, S. y QUINTERO LIMA, M.G.: *Introducción al Derecho del la Seguridad Social*, Valencia (Tirant Lo Blanc), 2009.

BARRIOS BAUDOR, G.L.: “Prestaciones familiares”, en AA.VV (MONTORO GURICH, C. y BARRIOS BAUDOR, G.L., Coords.): *Políticas familiares*, Madrid (Rialp), 2008.

BAYOD y SERRAT, V.: “Hacia una nueva jurisdicción contenciosa-laboral única e igualdad de trato para trabajadores y funcionarios públicos”, *Tapia*, núm. 39, 1988.

BLANCO, J.A.: “La sobrevenida inferioridad de los funcionarios públicos”, *DA*, núm. 71, 1963.

BLASCO LAHOZ, J.: “Las prestaciones sanitarias del mutualismo administrativo”, *AL*, T. III, 2002.

-- *El régimen de clases pasivas del Estado*, Albacete (Bomarzo), 2006.

--“Las pensiones de jubilación o retiro del régimen de clases pasivas del Estado”, *RTSS (CEF)*, núm. 278, 2006.

--“La protección por incapacidad temporal y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural de los funcionarios y funcionarias”, *RTSS (CEF)*, núm. 324, 2010.

--“Regímenes especiales de funcionarios públicos”, en BLASCO LAHOZ, J.F.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, M.A.: *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, 8ª edición, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2010.

BORRAJO DACRUZ, E.: “La Seguridad Social en la Constitución Española”, en AA.VV.: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, Madrid (Civitas), 1991.

CABEZA PEREIRO, J. y FERNANDEZ DOCAMPO, B.: “Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones”, en AA.VV (MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.; OLARTE ENCABO, S. y RIVAS VALLEJO, P., Dirs.): *El*

Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril, Granada (Comares), 2008.

CALVO RAMÍREZ, C.: "Régimen de clases pasivas de los funcionarios del Estado", *RSS*, núm. 37, 1988.

CANALES GIL, A.: *El sistema español de clases pasivas del Estado*, Barcelona (Cedecs), 1996.

CARDONA TORRES, J.: *El personal laboral en las Corporaciones Locales*, Barcelona (Bosch), 1989.

CARRASCO BELINCHÓN, J.: "El Estatuto de clases pasivas y la Seguridad Social del funcionario público", *DA*, núm. 12, 1958.

--"Inexistencia de una normativa general en el sistema de previsión social mutualista de los funcionarios públicos del Estado", *DA*, núm. 71, 1963.

CASTRO ARGÜELLES, M.A. y ÁLVAREZ ALONSO, D.: *La igualdad efectiva entre mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Madrid (Civitas), 2007.

CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "Acción protectora no contributiva: pensiones, complementos a mínimos y prestaciones familiares", *Foro de Seguridad Social*, núm. 17, 2007.

COLMEIRO QUERO, A.: "Los funcionarios de los organismos autónomos y su encuadramiento en materia de Seguridad Social", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 84, 2009.

COMAS BARCELÓ, A.: "La posible integración de los regímenes especiales de funcionarios públicos en el Régimen General", *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008.

CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: *Jurisdicción social y jurisdicción contencioso-adminsitrativa. Concurrencia y conflictos en materias laborales y de Seguridad Social*, Madrid (CEOE), 1986.

CORRAL VILLALBA, Y.: *Régimen económico del personal de las Administraciones Públicas*, Madrid (AC Jurídico), 2006.

CRISTÓBAL RONCERO, R.; AGUILERA IZQUIERDO, R. y GARCIA PIÑEIRO, N.: "Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el Estatuto Básico del Empleado Público", en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (MTIN), 2009.

DE FRUTOS ISABEL, J.A.: "Una laguna en el régimen jurídico de los funcionarios públicos: el supuesto de accidente", *DA*, núm. 126, 1968.

DE LA VILLA GIL, L.E.: "La previsión social mutualista de los funcionarios públicos del Estado", *RAP*, núm. 40, 1963.

-- *Estudios sobre Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Madrid (BOE), 1971.

DESDENTADO BONETE, A.: "La nostalgia del sistema: reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del `Código de la Protección Social", *RL*, T. I, 1996.

--; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, B. y GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E.: *La reforma de las pensiones de la Seguridad Social*, Madrid (Civitas), 1986.

DOLZ LAGO, M. J.: "El Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Amadas", *Revista de Seguridad Social*, núm. 10, 1981.

--"La jubilación de los funcionarios públicos en España", *RSS*, núm. 16, 1982.

--"Comentario a la sentencia de la Sala primera del Tribunal Constitucional núm. 88/2004, de 10 de mayo de 2004, sobre prestaciones de gran invalidez a mutualista de MUFACE", *TS*, núm. 168, 2004.

-- *El régimen especial de Seguridad Social de los funcionarios de la Administración civil del Estado*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2004.

DURÁN LOPEZ, F.: "Las plazas vinculadas de los hospitales universitarios", *RL*, T. II, 1990.

ERRANDONEA ULAZIA, E.: "Algunas cuestiones respecto de la protección social de los funcionarios de la Administración Local después de su integración en el régimen general", *TS*, núm. 75, 1997.

ESCOBAR JIMÉNEZ, J.: *La acción protectora de la Seguridad Social de los funcionarios públicos*, Madrid (Ibidem), 1997.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: "Previsiones relativas a la Seguridad Social de los funcionarios públicos en la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009", *AS*, núm. 2, 2009.

--"Jurisdicción social", en AA.VV (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., Coord.): *Diccionario Procesal Social*, Madrid (Civitas), 1996.

-- y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: "De las oportunidades perdidas en Seguridad Social por la ambigüedad y las urgencias políticas (a propósito del Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social)", *REDT*, núm. 81, 1997.

-- *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, Albacete (Bomarzo), 2007.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "Regímenes especiales de los funcionarios públicos", en AA.VV: *Factbook Seguridad Social. Sagardoy abogados*, 5ª edición, Pamplona (Aranzadi), 2008.

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "Permisos que propician la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y los establecidos por violencia de género", en AA.VV.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (MTIN), 2009.

FERNÁNDEZ PROL, F.: “Criterios significativos de la jubilación forzosa de los funcionarios públicos”, *AL*, núm. 9, 2006.

GARCÍA MARCO, C.: “El catálogo de prestaciones sanitarias complementarias de MUFACE. Un ejemplo de falta de equidad, coordinación y armonización del sistema sanitario”, *Salud 2000: Revista de la Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública*, núm. 85, 2002.

--“La prestación farmacéutica de las mutualidades de funcionarios españoles: ¿buena, bonita y barata?”, *Revista de Administración Sanitaria*, núm. 5, 2007.

GARCÍA MURCIA, J.: “Responsabilidad por incumplimiento de las Administraciones Públicas”, *Alcor de MGO*, núm. 9.

GARCÍA NINET, J.I. y DOLZ LAGO, M.J.: “Regímenes especiales de funcionarios”, en AA.VV (DE LA VILLA GIL, L.E., Dir.): *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1997.

GARCÍA PASCUAL, P.: “La permanencia y la Seguridad Social del personal de la Administración Pública”, *DA*, núm. 30, 1960.

GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: “Paternidad, protección económica y los claroscuros de una pluralidad de estatutos jurídicos en el empleo público”, *AL*, núm. 16, 2008.

GETE CASTRILLO, P.: *El nuevo derecho común de las pensiones públicas*, Valladolid (Lex Nova), 1997.

GOERLICH PESET, J.M. y ROQUETA BUJ, R.: “Las prestaciones familiares: balance y perspectivas”, en AA.VV (MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N., Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada (Comares), 2008.

GONZÁLEZ BERNAL, J.: “Si no existieran las clases pasivas habría que inventarlas”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Delimitación de competencias entre los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y social en materia de Seguridad Social. Responsabilidad en la gestión de la Seguridad Social. Seguridad Social de los funcionarios públicos y materias afines de Seguridad Social”, en AA.VV.: *Problemas de delimitación de competencias entre el orden contencioso-administrativo y el orden social de relaciones laborales en el sector público*, Madrid (Cuadernos de Derecho Judicial), 1993.

GONZALO GONZÁLEZ, B.: *La estructura actual en la Seguridad Social española y su reforma*, Madrid (Instituto de Estudios Económicos), 1981.

--“El debate actual para la reforma de las pensiones”, *TL*, núm. 40, 1996.

-- y NUÑO RUBIO, J.L.: *Tipología, estructura y caracteres de la protección social de los funcionarios públicos en España*, Madrid (Marcial Pons), 1995.

-- *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, Madrid (Marcial Pons), 1997.

HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: "Reflexiones críticas sobre el catálogo de prestaciones y la cartera de servicios comunes del sistema nacional de salud", *TL*, núm. 88, 2007.

JORDANA DE POZAS, L.: "La Seguridad Social de los funcionarios públicos en España", *CPS*, núm. 12, 1951.

JUAZOS VALLES, F. y CERVERA I FORNAS, V.: "Diferentes regímenes de previsión social y problemática derivada de su inclusión en la Seguridad Social", *RTSS (CEF)*, núm. 107, 1992.

JUNQUERA GONZALEZ, J.: "Comentarios a la nueva Ley de Seguridad Social de Funcionarios Civiles del Estado", *DA*, núm. 164, 1975.

LOPERA CASTILLEJO, M.J.: *La mujer militar: sus derechos laborales y prestaciones sociales*, Madrid (Plaza Edición), 2002.

LÓPEZ GANDÍA, J.: *La jubilación de los empleados públicos*, Albacete (Bomarzo), 2007.

-- y MOMPARLER CARRASCO, M.A.: "La protección social de los funcionarios públicos. Regulación actual y perspectivas ante los sistemas privados de pensiones", *RDS*, núm. 25, 2004.

LORENZO DE MEMBIELA, J.B.: *Permisos y licencias de los funcionarios públicos*, 2ª edición, Pamplona (Aranzadi), 2007.

LORENZO JIMÉNEZ, J.V.: "La jubilación por incapacidad de los funcionarios de los organismos autónomos", *DA*, núm. 203, 1985.

MADRIGAL GARCÍA, C.; YAGÜE GIL, P.J. y ENRÍQUEZ SANCHO, R.: *Los juzgados de Paz*, Madrid (Instituto de Estudios de Administración Local), 1982.

MAGÁN PERALES, J. M.: "El reservista voluntario. Una nueva (y oportuna) figura para permitir la ósmosis entre el ejército y la sociedad civil", *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 87, 2006.

MAIRAL JIMÉNEZ, M.: *El Derecho Constitucional a la igualdad en las relaciones jurídicas de empleo público*, Granada (CENCI), 1990.

MANZANA LAGUARDA, R.: *Derechos y deberes del funcionario público*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2006.

MARTÍN MATEO, R.: "La inamovilidad de los funcionarios", *Revista de Administración Pública*, núm. 51, 1996.

MARTÍN VALVERDE, A.: "Prólogo" a la obra de RODRIGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, Pamplona (Aranzadi), 2008.

MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: "El subsidio especial por maternidad en caso de parto múltiple", *Social Mes a Mes*, núm. 57, 2000.

MERCADER UGUINA, J.R.: *Delimitación de competencias entre el orden social y el contencioso-administrativo*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1996.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: "Campo de aplicación y estructura del sistema de la Seguridad Social", en AA.VV (MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, N., Coords.): *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Granada (Comares), 1999.

MONTOYA MELGAR, A.: "La fragmentación de la Seguridad Social y sus razones", *RPS*, núm. 98, 1973.

MUGEJU: *Guía de prestaciones*, www.mjusticia.es

NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y VELASCO PORTERO, M.: "Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar de los empleados públicos", *AL*, núm. 17, 2008.

OLARTE ENCABO, S.: "Gran invalidez de derecho del trabajo: paradojas del derecho de la Seguridad Social", *TL*, núm. 98, 2009.

ORAD TECLES, A.: "Supervivencia contra Ley de un trato perjudicial a los derechos pasivos de la mujer funcionario", *DA*, núm. 107, 1966.

PANIZO ROBLES, J.A.: "La nueva regulación reglamentaria de las prestaciones económicas de la Seguridad Social relacionadas con la maternidad: comentario al Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural", *RTSS (CEF)*, núm. 313, 2009.

--"El final de las entidades sustitutorias de la Seguridad Social: la integración en el Régimen General de la Seguridad Social del colectivo de médicos de asistencia médico-farmacéutica y de accidentes de trabajo", *RTSS (CEF)*, núm. 327, 2010.

PUÑET GÓMEZ, P.: "Las medidas para la promoción de la igualdad efectiva en la función pública", en AA.VV (SALA FRANCO, T. *et alii)*: *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres*, Madrid (La Ley), 2008.

QUINTANILLA NAVARRO, R. y MATEOS DE CABO, O.I.: "Art. 56", en AA.VV (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Coords.): *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Pamplona (Aranzadi), 2008.

RIVAS VALLEJO, M.P.: "La mejora de la protección familiar", *TS*, núm. 119, 2000.

RODRÍGUEZ BLANCO, M.: "Relevancia de la condición de ministro de culto a efectos de Seguridad Social", *RL*, Tomo I, 2002.

RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: *La Seguridad Social de los militares en activo: el mutualismo militar*, Madrid (MITIN), 2008.

-- *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos,* Pamplona (Aranzadi), 2008.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "La necesaria integración de la protección social de los funcionarios públicos en el Régimen General de la Seguridad Social. Una tarea pendiente", *RTSS (CEF)*, núm. 183, 1998.

--"Las necesaria reestructuración y simplificación de los regímenes especiales. Nuevas perspectivas tras la firma del Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del sistema de protección social", *TS*, núm. 131, 2001.

--"Los regímenes especiales de los funcionarios públicos: situación actual y perspectivas", *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008.

-- *La familia ante el ordenamiento jurídico laboral. Situación y protección,* Valencia (Tirant Lo Blanch), 2008.

--"Capítulo V", en AA.VV (PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs.): *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, 2ª edición, Pamplona (Aranzadi), 2009.

--"Responsabilidad patrimonial de la Administración en materia laboral. En especial, las lesiones por mobbing", en AA.VV (QUINTANA LOPEZ, T., Dir.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública,* Valencia (Tirant Lo Blanch), 2009.

RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: *El Estatuto de los funcionarios públicos. Su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores*, Granada (Comares), 1997, págs. 436 y ss.

SAEZ, CH.: "Las prestaciones y servicios de la Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado", *Revista Muface*, noviembre 2007.

SAGARDOY BENGOECHEA, J.A.: "La imprecisión del concepto de funcionario público en la previsión social administrativa", *DA*, núm. 71, 1963.

SÁNCHEZ CASTILLO, M.: *La protección de la maternidad frente a los riesgos derivados del trabajo,* Albacete (Bomarzo), 2009.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y OLIVARES FRANCO, F.: "Notas sobre el régimen jurídico de la Muface", *RPS*, núm. 144, 1984.

TORRENTE GARI, S.: "Acto de servicio y accidente de trabajo: una perspectiva jurisprudencial", *RDS*, núm. 27, 2004.

TORTUERO PLAZA, J.L.: "Viudo no discriminado. Sobre la naturaleza de la protección otorgada por el mutualismo funcionarial integrado en los Fondos especiales", *REDT*, núm. 49, 1991.

--"Los diferentes sistemas de pensiones públicas en España: su necesidad de armonización", en AA.VV.: *Los sistemas de Seguridad Social y las nuevas realidades sociales*, Madrid (MTSS), 1992.

VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “Las prestaciones familiares a la luz de las políticas de apoyo a la familia y de conciliación de la vida laboral y familiar”, *TL*, núm. 84, 2006.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Estructura del sistema de Seguridad Social y protección de los trabajadores autónomos”, *RL*, núm. 17, 1995.

VIDA SORIA, J.: “Sobre la inactualidad del régimen de clases pasivas”, *DA*, núm. 71, 1963.

--; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, 5ª ed., Madrid (Tecnos), 2009.

CAPÍTULO IV.- RACIONALIZACIÓN Y SIMPLIFICACIÓN DE LOS REGÍMENES ESPECIALES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. CLASES PASIVAS DEL ESTADO

Roberto Fernández Fernández
TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

SUMARIO: I.- Contexto normativo de las Clases Pasivas del Estado. II.- Ámbito personal de aplicación. III.- Constitución de la relación jurídica. IV.- Aportaciones al Régimen de Clases Pasivas del Estado. V.- Gestión del Régimen. VI.- Características de las prestaciones. VII.- Principios comunes a los auxilios garantizados. VIII.- Pensiones de jubilación o retiro. 1.- Hecho causante. 2.- Período de carencia. 3.- Cuantía de la pensión. IX.- Muerte y supervivencia. 1.- Viudedad. 2.- Orfandad. 3.- En favor de los padres. X.- Pensiones extraordinarias. XI.- Conclusiones: hacia una progresiva simplificación e integración de los Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos. XII.- Bibliografía.

I.- Contexto normativo de las Clases Pasivas del Estado

Conforme se ha indicado en el Capítulo anterior, las peculiaridades inherentes a la prestación de los servidores públicos han llevado al legislador a considerar como Régimen Especial de Seguridad Social a aquél que encuadra a los funcionarios, ya sean civiles o militares [art. 10.2.d) LGSS].

A partir de tal precepto, y atendiendo al criterio hermenéutico literal, cabría interpretar que la norma pretende regular solamente un Régimen común y único de Seguridad Social para todo aquél que presta servicios para una Administración en tal calidad, pero la realidad muestra lo desatinado de dicha conclusión habida cuenta de que el ordenamiento español carece de una regulación homogénea al respecto.

En efecto, no solamente recoge tres Regímenes Especiales distintos en atención a la vinculación funcional del empleado, sino que ordena la acción protectora en dos modelos completamente separados, cada uno de ellos gestor de diferentes prestaciones y auxilios y con unos principios y reglas particulares y, en muchos casos, independientes entre sí[560]. Se trata, en definitiva, del Mutualismo Administrativo, ya tratado en profundidad en el Capítulo precedente, y las Clases Pasivas del Estado, cuyo análisis detallado tendrá lugar en los siguientes epígrafes.

De esta manera, el Régimen de Clases Pasivas del Estado encuentra ubicación fundamental en el RD Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido en la materia, regulando "en puridad un subsistema (no un Régimen) dentro del Sistema español de Seguridad Social"[561]. Se opera, por tanto, con una ordenación que, a diferencia de cuanto ocurre con el Mutualismo Administrativo, muestra unas disposiciones comunes para los tres colectivos expuestos, sin perjuicio de algunas matizaciones en atención a las peculiaridades presentes en el quehacer de cada uno de ellos.

---

[560] STS, Cont.-Admtivo., 6 marzo 1980 (RJ 1980, 895).
[561] GONZÁLEZ BERNAL, J.: "Si no existieran las 'clases pasivas' habría que inventarlas", *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008, pág. 170.

Sin embargo, dicho texto ha quedado obsoleto, pues sus previsiones no son las más óptimas para hacer frente a las necesidades actuales de la protección social de los funcionarios públicos, de ahí las múltiples modificaciones que ha sufrido en estos casi 25 años de vigencia. El legislador español ha sido consciente de estas insuficiencias pero no ha hecho nada, salvo poner parches parciales, para afrontar una reforma global de este Sistema; es más, incluso el Gobierno no ha cumplido con el encargo encomendado en las disposiciones finales 4ª de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre y 10ª de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, para que dictara un nuevo texto refundido sobre el particular destinado a regularizar, aclarar y armonizar la materia.

En sentido parecido, pero con una pretensión más reducida, la disposición adicional 22ª de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, mandataba al Gobierno, previa negociación con las organizaciones sindicales en la Mesa del Diálogo Social existente en el marco del Pacto de Toledo, la realización, en el plazo de seis meses, de una propuesta sobre las medidas legales necesarias con el fin de continuar con el proceso de armonización del Régimen de Clases Pasivas del Estado con el Régimen General de la Seguridad Social.

Sin lugar a dudas el camino de la integración no va a resultar fácil ni sencillo, pues a la existencia, conforme consta, de variados mecanismos de cobertura, se une, al menos en cuanto afecta a Clases Pasivas, la concurrencia de una estructura de gestión completamente divergente al Régimen General, utilización de instrumentos de protección particulares, aplicación de principios y reglas peculiares y la subsistencia de un modelo de financiación y acción protectora en muchas ocasiones radicalmente distinto.

Con todo, no parece imposible transitarlo, habida cuenta de que a pesar de las diferencias entre ambos Regímenes éstas no pueden calificarse como infranqueables dada la coincidencia en tres aspectos de naturaleza nuclear entre uno y otro: "los riesgos protegidos (vejez, incapacidad, muerte y supervivencia), el carácter de las contingencias (comunes --que dan lugar a prestaciones ordinarias en el Régimen de Clases Pasivas-- y profesionales --en acto de servicio o como consecuencia del mismo con derecho a prestaciones extraordinarias--), [o] el sometimiento de las pensiones a las reglas anuales de fijación, limitación y revalorización fijadas por la Ley de Presupuestos, y la existencia de complementos a mínimos"[562]. Ahora bien, semejante cometido debe ser realizado en varias etapas, pues a corto y medio plazo no parece factible proceder a la integración total.

Sea como fuere, esta labor de racionalización no debe ser realizada con estrechez de miras al considerar que de los Regímenes Especiales no pueden ser extraídas ventajas aplicables en el marco del General, pues las experiencias de aquéllos también pueden servir como referente para mejorar este último, y así lo ha considerado el legislador español en la reforma de alguna de las prestaciones del segundo, copiando el esquema que hasta ese momento ordenaba las Clases Pasivas del Estado, tal y como ha sucedido en tiempos cercanos, por ejemplo, con una de las modernas modificaciones de los auxilios por incapacidad permanente.

[562] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Los regímenes especiales de los funcionarios públicos: situación actual y perspectivas", *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008, pág. 157.

II.- Ámbito personal de aplicación

El RD Legislativo 670/1987 establece en su art. 2.1 cuál es el marco de cobertura del Régimen de Clases Pasivas, considerando amparados bajo su manto protector a los siguientes empleados públicos:

1º.- Los funcionarios de carrera de carácter civil de la Administración del Estado.

2º.- El personal militar de carrera, y el de las escalas de complemento y reserva naval y el de tropa y marinería profesional que tuvieran adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro.

3º.- Los funcionarios de carrera de la Administración de Justicia.

4º.- Los funcionarios de carrera de las Cortes Generales.

5º.- Los funcionarios de carrera de otros órganos constitucionales o estatales, siempre que su legislación reguladora así lo prevea.

6º.- El personal interino a que se refiere el art. 1 del Decreto-Ley 10/1965, de 23 de septiembre; esto es, los nombrados con anterioridad a 1 de enero de 1965 y que hayan percibido sueldo detallado en los Presupuestos Generales del Estado con cargo a personal.

7º.- El personal mencionado en las precedentes letras que preste servicio en las diferentes Comunidades Autónomas como consecuencia de haber sido transferido al servicio de las mismas, siempre y cuando puedan continuar adscritos al Régimen del Mutualismo Administrativo, situación excepcional en el momento actual pues el encuadramiento de este personal presenta como cauce ordinario el Régimen General.

8º.- Los funcionarios en prácticas pendientes de incorporación definitiva a los distintos cuerpos, escalas y plazas, así como los alumnos de Academias y Escuelas Militares a partir de su promoción a Caballero, Alférez-Cadete, Alférez alumno, Sargento-alumno y Guardiamarina.

9º.- Los ex Presidentes, Vicepresidentes y Ministros del Gobierno de la Nación y otros cargos referidos en el art. 51 de este texto, tales como ex Presidentes del Congreso y del Senado, del Tribunal de Cuentas, del Consejo de Estado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, así como los ex Jefes de la Casa de su Majestad el Rey[563].

[563] En este sentido, "debemos remitirnos a la jurisprudencia de la Sala y, como hemos declarado repetidamente, concluir: a) que las pensiones vitalicias de los ex-ministros [y otros Altos Cargos] no tienen carácter indemnizatorio; b) que tienen unas características semejantes a las demás pensiones o derechos pasivos que devengan quienes han desempeñado puestos al servicio del Estado o de otras Administraciones Públicas; y c) que son compatibles con otras que pueda percibir el beneficiario, al no existir impedimento normativo en tal sentido, pero también, como las demás pensiones públicas, y por preverlo así el Real Decreto 2734/1982, están sujetas, en caso de concurrencia, a las limitaciones cuantitativas que se vienen estableciendo en las sucesivas leyes presupuestarias", STS, Cont.-Admtivo., 30 junio 2003 (RJ 2003, 5753), añadiendo otro pronunciamiento otras dos aclaraciones en este privilegiado régimen jurídico, habida cuenta de que "d) no existe laguna normativa en el RD Legislativo

10º.- Los caballeros cadetes, alumnos y aspirantes de las Escuelas y Academias Militares, debiendo entender sin vigencia la referencia a quienes cumplan el servicio militar o realicen la prestación social sustitutoria por haber desaparecido dichas situaciones del ordenamiento español en virtud de lo previsto en el RD 247/2001, de 9 de marzo y RD 342/2001, de 4 de abril[564].

11º.- El personal militar de complemento, y el de las Escalas de Complemento y Reserva Naval y el de tropa y marinería profesional que no tengan adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro.

La enumeración precedente tiene un carácter inacabado por, al menos, dos motivos: de una parte, para completarlo es necesario tener en cuenta el ámbito subjetivo del Mutualismo Administrativo recogido en el RD Legislativo 4/2000, RD Legislativo 1/2000 y RD Legislativo 3/2000 en los términos ya indicados, de manera tal que es razonable entender que todos cuantos se encuentren incluidos en sus disposiciones también lo van a estar en las previsiones de las Clases Pasivas --pues así cabe percibirlo a partir de lo señalado en el art. 1.2 RD Legislativo 670/1987--, sin que tal hermeneusis vulnere lo dispuesto en el art. 2.2 RD Legislativo 670/1987, de conformidad con el cual, el ámbito personal de las Clases Pasivas únicamente podrá ser ampliado o restringido por Ley.

De otra, es necesario tomar en consideración la gran panoplia de supuestos con un tratamiento especial, fruto de las diferentes reformas acaecidas en el ordenamiento español a lo largo de los años en materia de Clases Pasivas, y que han supuesto la pervivencia en el tiempo de Regímenes transitorios que aún hoy día continúan ofreciendo cierta litigiosidad y causan al intérprete jurídico numerosas dificultades a fin de conocer con exactitud y claridad qué disposiciones aplicar.

En este sentido, otro ejemplo de racionalización de estos Regímenes Especiales podría pasar por una remisión en el Texto Refundido al ámbito de cobertura del Mutualismo, sin establecer un listado que, en la práctica, puede llevar a confusiones e inseguridades en torno al encuadramiento en el sistema de protección social del empleado público, pues como cabrá observar uno y otro mecanismo no se encuentran perfectamente coordinados; quizás la razón para su mantenimiento estribe en que "el Régimen de Clases Pasivas ha desbordado esas fronteras, y dispensa protección a

---

de Clases Pasivas 670/1987, de 30 de abril, dado que el art. 3.2 b) determina con meridiana claridad cuál es la normativa aplicable a los derechos pasivos de los ex-Ministros (y otros altos cargos), que es la vigente en 31 de diciembre de 1984 con la concreción que se realiza en el apartado 3º del precitado art. 3; e) tampoco existe exceso alguno en cuanto al ejercicio de la refundición autorizada por la Disposición Final 5ª de la Ley 50/1984, de 30 de diciembre, ya que el Gobierno se ciñó estrictamente a los términos de la autorización, sin incluir en el texto refundido precepto alguno que no estuviera en vigor al cumplir el mandato", STS, Cont.-Admtivo., 13 febrero 2003 (RJ 2003, 2494); en términos similares, entre muchas, SSTS, Cont.-Admtivo., 17 febrero 1999 (RJ 1999, 1764) y 17 y 23 febrero 2000 (RJ 2000, 10111 y 9141).

[564] Eso sí, los beneficios correspondientes se extenderán para quienes hubieran cumplido el servicio militar o la prestación sustitutoria con posterioridad a 31 de diciembre de 1984 hasta la fecha de desaparición de los mismos; al respecto, STSJ, Cont.-Admtivo., Cataluña 25 septiembre 2009 (JUR 2009, 498389).

colectivos que no han estado incluidos en ninguna de las Mutualidades de funcionarios”[565].

Por otra parte, el paso de los años ha llevado a un decrecimiento de la afiliación al Régimen de Clases Pasivas --también al Mutualismo Administrativo-- como consecuencia de una fuga de empleados públicos hacia el Régimen General de Seguridad Social. En efecto, el continuo adelgazamiento competencial de la Administración Central en favor de las Autonómicas y, en menor medida, de la Local, ha provocado que este Sistema haya pasado de ser el común para los funcionarios a convertirse en secundario en atención al número de ellos a él adscrito, llegando a afirmarse, no sin ciertas dosis de razón, que “Clases Pasivas es como un nosocomio, en el que ni están todos los que son, ni son todos los que están”[566].

En consecuencia, y como ya se ha dicho, “conviene poner el énfasis necesario en señalar que si el Régimen General ha venido siendo objeto de ampliaciones sucesivas, en número que no deja de crecer, para incorporar en su ámbito de cobertura a determinados colectivos de empleados públicos, nada debe impedir seguir avanzando en este camino con el fin de impedir que dos empleados públicos ocupados en puestos de trabajo equivalentes, y destinados en la misma dependencia administrativa”[567], puedan disponer “de muy diferentes derechos pasivos y de distintos beneficios --en extensión e intensidad--”[568].

A partir de tal línea de tendencia, una gran panoplia de servidores públicos tienen garantizada su protección social mediante el Régimen General, en especial los siguientes:

1º.- Funcionarios de organismos autónomos, como consecuencia de la falta de elaboración de la correspondiente regulación ordenadora de un Régimen Especial en el cual encuadrar a este colectivo[569].

2º.- Funcionarios interinos y de empleo (art. 1.1 Decreto-Ley 10/1965, de 23 de septiembre y art. 2.1 OM de 28 de abril de 1967), habida cuenta de que se trata de empleados “atípicos”[570].

3º.- Funcionarios interinos y de empleo de la Administración de Justicia, esto es, magistrados suplentes (excluidos los eméritos), jueces, fiscales y secretarios judiciales sustitutos y los funcionarios interinos al servicio de la Administración de Justicia de conformidad con el art. 472.2 LOPJ (art. 1 RD 960/1990, de 13 de julio), en tanto sus funciones “les obligan a la incompatibilidad y a un determinado régimen profesional”[571].

---

[565] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, Cizur Menor (Thomson/Aranzadi-Instituto Asturiano de Administración Pública), 2008, pág. 189.
[566] GONZÁLEZ BERNAL, J.: “Si no existieran las ‘clases pasivas’ habría que inventarlas”, cit., pág. 173.
[567] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Los regímenes especiales de los funcionarios públicos: situación actual y perspectivas”, cit., pág. 160.
[568] GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, Madrid (Marcial Pons), 1997, pág. 10.
[569] STS, Cont.-Admtivo., 10 febrero 1987 (RJ 1987, 583).
[570] STSJ Andalucía/Sevilla 30 junio 1997 (AS 1997, 4552).
[571] STSJ Cataluña 9 noviembre 1995 (AS 1995, 4448).

Con esta incorporación, el ordenamiento español viene a poner fin a una medida calificada como discriminatoria, cual era la exigencia adicional, para los jueces y fiscales sustitutos, de desempeñar durante más de un mes sus tareas, no en vano creaba "una situación de desigualdad dentro del propio personal interino al servicio de la Administración de Justicia al hacer de peor condición, sin razón alguna que lo justifique, a dicho colectivo frente al resto de los colectivos a los que refiere el Real Decreto". Semejante previsión privaba a los afectados de algunas prestaciones --en el caso concreto la maternidad-- en una circunstancia contraria radicalmente al principio de igualdad y no discriminación[572].

4º.- Funcionarios en prácticas aspirantes a una incorporación a cuerpos o escalas que no están sujetos al Régimen de Clases Pasivas; también los altos cargos de las Administraciones Públicas cuando no sean funcionarios públicos, así como los funcionarios de nuevo ingreso de las Comunidades Autónomas [art. 97.2.h) LGSS].

5º.- Funcionarios del Estado transferidos a las Comunidades Autónomas que hayan ingresado o ingresen voluntariamente en cuerpos o escalas propios de la Administración de destino, cualquiera que sea el sistema de acceso [art. 97.2.i) LGSS].

6º.- Españoles no residentes en territorio nacional que ostenten la condición de empleados, "sin distinción entre funcionarios y no funcionarios"[573], de organizaciones internacionales de carácter supranacional (art. 1.1 RD 2805/1979, de 7 de diciembre).

7º.- El personal residente en España que desempeñe tareas para las siguientes organizaciones de naturaleza internacional:

-- Sede Central de la Organización Mundial del Turismo (art. único RD 1975/1982, de 24 de julio).

-- Sedes Centrales del Consejo Oleícola Internacional y en la Oficina de Educación Iberoamericana (art. único RD 317/1985, de 6 de febrero).

8º.- Personal español no residente en territorio nacional al servicio de la Administración española en el extranjero (art. 1.1 RD 2234/1981).

9º.- Funcionarios de la Administración Local (art. 1.1 RD 480/1993, de 2 de abril), cuya integración en el Régimen General ha sido considerado como perfectamente acorde a la legalidad vigente por numerosos fallos judiciales[574].

10º.- Personal de Administración y Servicios dependiente de las Universidades [art. 3.2.h) RD Legislativo 4/2000].

11º.- Los funcionarios de la Administración de la Seguridad Social [art. 3.2.e) RD Legislativo 4/2000].

---

[572] STSJ País Vasco 9 julio 1998 (AS 1998, 3802).
[573] STSJ Cataluña 7 abril 1997 (AS 1997, 1410).
[574] Entre otras, SSTS, Cont.-Admtivo., 16 enero y 27 febrero 1997 (RJ 1997, 375 y 1528) y 28 marzo 1998 (RJ 1998, 3353).

12º.- El personal civil no funcionario dependiente de la Administración Militar [arts. 56 RD 2205/1980 y 97.2.c) LGSS].

III.- Constitución de la relación jurídica

La inclusión en Clases Pasivas no presenta peculiaridad significativa, al resultar instantánea en cuanto se adquiere la condición de funcionario, siendo común para los tres colectivos de empleados públicos analizados. En efecto, "innecesaria es en el Régimen aquí analizado la constitución de una relación jurídica expresa a través de los denominados actos de encuadramiento, pues la inclusión del funcionario tiene lugar --al contrario que en la relación laboral-- de forma automática, a partir del momento en el cual el sujeto entra en el ámbito personal de cobertura, pudiendo afirmar que la pertenencia al Régimen de derechos pasivos forma parte del propio estatuto del funcionario"[575].

En consecuencia, esta relación jurídica queda constituida de manera mecánica por mandato legal en el momento de toma de posesión del funcionario[576], de manera que, al ser el Estado el sujeto obligado en la misma, una de las principales diferencias con el Régimen General pasa por lo innecesario de establecer previsiones en torno a las consecuencias de posibles incumplimientos de este peculiar "empleador" en relación con la falta de encuadramiento o ausencia de cotización, ni tener que acudir a figuras como el alta de pleno derecho o la responsabilidad directa del empresario en caso de contravenir dichas obligaciones tal y como regulan, entre otros, los arts. 125 y 126 LGSS y 94, 95 y 96 del Decreto 907/1966, de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado primero de la Ley de Bases de la Seguridad Social[577].

Con ello, además, se eliminan un sinfín de conflictos y litigios presentes en el ámbito del modelo común habida cuenta de que en este subsistema no concurren "muchas de las 'cuestiones problemáticas' de la Seguridad Social..., como los descubiertos de cotización o el incumplimiento de los actos de encuadramiento o la delimitación de competencias entre Gestoras y colaboradoras"[578].

IV.- Aportaciones al Régimen de Clases Pasivas del Estado

La financiación de este Régimen corre a cargo sustancialmente del Estado mediante transferencias previstas en los Presupuestos Generales del Estado, sin perjuicio de un pequeño importe que se retiene al empleado público.

De esta manera, la base de cotización será el haber regulador que sirva para calcular la correspondiente pensión de jubilación o retiro (art. 23.1 RD Legislativo 670/1987), el cual vendrá fijado en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio económico (art. 30.1 RD Legislativo 670/1987), tal y como hace para el

---

[575] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Los regímenes especiales de los funcionarios públicos: situación actual y perspectivas", cit., pág. 161.
[576] ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, 7ª ed., Madrid (Tecnos), 1991, pág. 636.
[577] Un estudio crítico sobre esta norma y las dificultades de su aplicación en el momento actual, por todos, en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Incumplimientos empresariales de los actos de encuadramiento y responsabilidad de las mutuas*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2007.
[578] MARTÍN VALVERDE, A.: "Prólogo", a la obra de RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, cit., pág. 17.

año 2010 el art. 40 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, sin que dicho precepto se haya visto afectado por el RD Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, a pesar de la disminución de las retribuciones de los servidores públicos, pues como declara la propia Exposición de Motivos de dicha norma "es importante destacar que las citadas medidas no afectan a la cuantía de los haberes reguladores... y que... se mantiene una base de cotización semejante en su cuantía a aquélla por la que se ha venido cotizando hasta el mes de mayo del año en curso".

El tipo de cotización (art. 23.1 RD Legislativo 670/1987) supone aplicar un porcentaje del 3,86 por 100 a la base --que se verá disminuida de manera proporcional en caso de prestación en jornada reducida[579]--, minorado al 1,93 por 100 para el personal militar profesional que no sea de carrera y para el personal militar de las Escalas de Complemento o Reserva Naval, siempre y cuando estos colectivos no hayan cumplido 15 años de servicios efectivos (art. 29 RD Legislativo 670/1987) o no se hayan incorporado a ellos procedentes de Escalas Profesionales, en cuyo caso será de aplicación el tipo general (art. 23.1.1º final RD Legislativo 670/1987).

El funcionario es el obligado al pago y a él se le detraerá de su nómina una cuota mensual (art. 23.3.1º RD Legislativo 670/1987), si bien no estarán sujetos a su pago los funcionarios que presten servicios no considerados expresamente como efectivos o se encuentren en cualquier situación no considerada a dichos efectos (art. 23.1.3º RD Legislativo 670/1987). La cuantía de tal detracción se obtendrá de dividir entre catorce la aportación anual obtenida según las reglas anteriores, descontando el doble en los meses de junio y diciembre (art. 23.2 RD Legislativo 670/1987).

De no ser posible la retención en nómina de las contribuciones reseñadas, el funcionario deberá ingresar mensualmente en el Tesoro Público las cantidades correspondientes a las cuotas que vaya devengando (art. 23.3.4º RD Legislativo 670/1987).

Se trata ésta de una materia donde mayor peculiaridad presenta este Régimen Especial en relación con el General, pues además de cotizar por un solo concepto sin diferenciar entre diferentes contingencias, no se detrae cantidad alguna para desempleo, FOGASA o formación profesional, por tratarse de situaciones de necesidad no amparadas para los funcionarios y, por tanto, de disfrute no permitido para ellos.

Asimismo, la forma de financiación es radicalmente distinta, pues mientras el General se basa en un modelo de naturaleza contributiva, éste presenta unas características eminentemente impositivas, al costearse, fundamentalmente, a través de cantidades previstas en los Presupuestos Generales del Estado, sin que exista un empleador en sentido estricto que realice la mayor cantidad de las aportaciones; en

[579] En el supuesto de no tener lugar la minoración, el funcionario podrá solicitar la devolución de lo debidamente ingresado o, según algún autor, "podría pensarse en la viabilidad de una fórmula, si asimismo consiente el funcionario, que es la de no proceder a la devolución de estos ingresos indebidos y a cambio, en beneficio de la renuncia del funcionario al cobro de estas devoluciones, conservar íntegro el haber regulador, a efectos del cálculo de futuras prestaciones económicas", DOLZ LAGO, M.J.: "Nota sobre la problemática de la reducción del haber regulador, a efectos pasivos, en los funcionarios con régimen de jornada reducida por tiempo igual o superior a un año, en especial, la situación de los profesores universitarios con dedicación a tiempo parcial", *TS*, núm. 88, 1998, pág. 54.

efecto, “brilla... por su ausencia el tipo que determinaría una hipotética ‘cuota patronal’, que --como se ha expuesto-- es inexistente”[580].

Sobre las premisas previas, el corolario parece lógico sin que pueda sorprender la afirmación de que esta materia constituye una de las más espinosas a la hora de racionalizar y simplificar el Régimen y acercarlo al común de los trabajadores por cuenta ajena.

V.- Gestión del Régimen

La gestión queda encomendada al Ministerio de Economía y Hacienda, órgano encargado de realizar una administración de forma unitaria (art. 4.1 RD Legislativo 670/1987), sin perjuicio de las obligaciones contraídas por las diferentes Comunidades Autónomas respecto del personal transferido y adscrito a su servicio por parte de la Administración del Estado (art. 4.2 RD Legislativo 670/1987).

En cualquier caso, esa pretendida armonía es más teórica que real pues es posible resaltar cómo “se trata, en todo caso, de una gestión muy peculiar, porque los órganos administrativos que deben proceder a la declaración de jubilación o retiro no son los mismos que tienen encomendada la función de reconocer la pensión, ni que los que han de determinar el tiempo de servicios efectivos al Estado”[581], de manera tal que se conforma como “un claro ejemplo de quiebra del principio básico llamado unidad de gestión del Sistema de Seguridad Social”[582].

De esta manera, y con carácter general, en materia de reconocimiento de derechos pasivos y concesión de prestaciones es competente la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda (art. 11.1 RD Legislativo 670/1987). Contra sus resoluciones, expresas o presuntas, cabrá recurso ante el Tribunal Económico-Administrativo Central con carácter previo a interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo (art. 5.1 RD 1769/1994, de 5 de agosto), salvo si fueran susceptibles de ser impugnadas mediante recurso de alzada ante el Ministro de Economía y Hacienda, en cuyo caso serán de aplicación las previsiones recogidas en los arts. 107 y ss. de la Ley 30/1992 (art. 5.4 RD 1769/1994).

Sin embargo, para los militares profesionales y el personal militar de las Escalas de Complemento y Reserva Naval, la competencia en las materias reseñadas corresponde a la Dirección General de Personal del Ministerio de Defensa (art. 11.2 RD Legislativo 670/1987 en relación con el art. 52.1 Ley 37/1988). En tal supuesto, los acuerdos alcanzados por este órgano pueden ser recurridos ante el Ministro de Defensa con carácter previo a interponer el oportuno recurso contencioso-administrativo (art. 14.2 RD Legislativo 670/1987).

---

[580] COMAS BARCELÓ, A.: “La posible integración de los Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos en el Régimen General”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008, pág. 180.

[581] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, cit., pág. 192. Constatando la afirmación anterior, entre muchas, SSAN, Cont.-Admtivo., 22 febrero y 19 abril 2010 (JUR 2010, 82747 y 163040).

[582] DOLZ LAGO, M.J.: *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004, pág. 137.

Por su parte, en el caso de los funcionarios que hubieran prestado servicios de carácter civil y militar, será competente la Dirección General que corresponda de las anteriormente citadas, según la naturaleza de los últimos servicios prestados, con independencia de la duración de unos y otros (art. 11.3 RD Legislativo 670/1987).

Asimismo, y tras la reforma del art. 12 RD Legislativo 670/1987 por la disposición final 3ª.uno Ley 51/2007, la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas también es el órgano competente para realizar las funciones inherentes al reconocimiento de las obligaciones y propuesta de pagos en todas las prestaciones de Clases Pasivas, sin perjuicio de su delegación, por motivos organizativos, en las Delegaciones de Economía y Hacienda, así como para administrar y disponer los créditos que figuren en la Sección de Clases Pasivas del Presupuesto de Gastos del Estado (arts. 12.1 y 2 RD Legislativo 670/1987).

Las funciones de abono material de las ayudas son asumidas por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera (art. 12.4 RD Legislativo 670/1987), siendo su Director General el encargado de disponer los desembolsos correspondientes, en tanto Ordenador General de pagos en virtud de la normativa general presupuestaria (art. 12.3 RD Legislativo 670/1987).

Eso sí, las tareas reseñadas en los dos párrafos anteriores para dichos órganos recogidas en la norma de 2007 debían entrar en vigor paulatinamente, asumiéndolas en la práctica cuando los recursos y medios disponibles lo vayan permitiendo, debiendo en todo caso estar desarrolladas a más tardar el 1 de enero de 2010 (disposición final 3ª.dos Ley 51/2007).

Sobre las premisas anteriores, cabe constatar en esta materia una de las más significativas peculiaridades de este Sistema si comparado con el Régimen General y una de las facetas donde mayores dificultades se encontrará para la integración, no en vano la gestión es realizada "sin efectuar separación económica (autoaseguramiento) ni administrativa (gestión indiferenciada alguna), lo cual implica que, de modo distinto a otros Regímenes de protección social con Entidad Gestora interpuesta, las relaciones jurídicas entre empleado, empresario y asegurador quedan simplificadas por la unidad de las partes e identificada, por tanto, la relación de cotización o servicios cotizados y la relación de servicios funcionariales o servicios prestados al Estado"[583]. Tampoco resulta posible la opción de acudir a un tercero con el fin de asegurar determinado tipo de contingencias, caso de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, ni es factible la aplicación de instrumentos como la colaboración empresarial obligatoria ni la voluntaria.

VI.- Características de las prestaciones

Las características propias de las prestaciones del Régimen de Clases Pasivas son las siguientes[584]:

---

[583] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Los regímenes especiales de los funcionarios públicos: situación actual y perspectivas", cit., págs. 160-161.

[584] Siguiendo en la exposición a FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "Capítulo 15.4. Regímenes Especiales de los Funcionarios Públicos", en AA.VV.: *Factbook de Seguridad Social*, 5ª ed., Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2008, págs. 703 y 704.

1ª.- Legalidad, habida cuenta de que únicamente mediante norma con tal rango pueden ser establecidos derechos pasivos distintos a los recogidos en el Texto Refundido analizado, así como ampliarse, mejorarse, reducirse o alterarse los mismos (art. 5 RD Legislativo 670/1987).

2ª.- Inembargabilidad. Tal regla quiebra únicamente en los casos y en la proporción y preferencias señaladas en las normas civiles (art. 21.1 RD Legislativo 670/1987). En consecuencia, no pueden ser objeto de retención las pensiones que no excedan de la cuantía señalada como salario mínimo interprofesional (art. 607.1 LECiv); de ser superior a tal referente, será de aplicación la escala prevista en el art. 607.2 LECiv.

3ª.- Irrenunciabilidad e inalienabilidad, convirtiéndolas en un derecho personal e intransmisible, que no puede ser objeto de cesión, convenios o contratos de cualquier clase; en consecuencia, su generación, transmisión y extinción únicamente tendrá lugar por las causas determinadas en la normativa vigente en cada momento (art. 6.1 RD Legislativo 670/1987).

4ª.- Rogación, en tanto su reconocimiento ha de instarse, con carácter general, a instancia de parte, bien por los propios interesados, bien por sus representantes legales, ya por sí ya por medio de mandatario designado en forma, sin perjuicio de los supuestos en los cuales reglamentariamente se determine la incoación de oficio del procedimiento administrativo correspondiente (art. 7.1 RD Legislativo 670/1987).

5ª.- Imprescriptibilidad, si bien existen dos reglas específicas en cuanto a la caducidad de sus efectos:

a.- El reconocimiento de los derechos pasivos puede ser instado en cualquier momento después de ocurrir el hecho causante (art. 7.2.1º RD Legislativo 670/1987). De esta manera, las pensiones se devengarán:

-- En las contingencias de jubilación o retiro, desde el primer día del mes siguiente a tener lugar el hecho causante [art. 20.1.a) RD Legislativo 670/1987][585].

-- En el supuesto de pensiones de viudedad y orfandad, desde el primer día del mes siguiente al fallecimiento del causante [art. 20.1.b) RD Legislativo 670/1987].

-- Respecto a la pensión en favor de padres existen dos previsiones en función de los beneficiarios: de no existir cónyuge viudo o huérfanos con aptitud legal para cobrar pensión, el derecho nacerá desde el primer día del mes siguiente al del fallecimiento del causante; en cambio, de concurrir aquéllos, su devengo únicamente tendrá origen desde la primera fecha del mes siguiente a la muerte o pérdida de aptitud del cónyuge viudo o los huérfanos [art. 20.1.c) RD Legislativo 670/1987].

Cuando la solicitud de titularidad de tales prerrogativas fuera ejercitada una vez transcurridos cuatro años computados a partir del día siguiente al de su nacimiento, los efectos económicos sólo se producirán desde el día primero del mes siguiente al de presentación de la correspondiente petición (art. 7.2.3º RD Legislativo 670/1987).

[585] STSJ, Cont.-Admtivo., Andalucía/Granada 28 octubre 1996 (RJCA 1996, 1483).

Asimismo, si el reconocimiento del derecho a la titularidad de las prestaciones no pudiera efectuarse, por causa imputable al interesado, dentro de los cuatro años contados a partir del día en que éste se ejercitó, caducarán todos los efectos derivados de la petición deducida, y los efectos económicos de ese derecho sólo se producirán a partir del día primero del mes siguiente al de la subsanación por el interesado de los defectos a él imputables (art. 7.2.2º RD Legislativo 670/1987).

b.- Reconocida la titularidad de las prestaciones, el derecho a su cobro puede ser solicitado en cualquier momento. Su no ejercicio durante cuatro años, contados a partir del reconocimiento del derecho, o la falta de presentación dentro de igual plazo de la documentación necesaria para la inclusión en nómina conllevará la caducidad de sus efectos (art. 7.3.2º RD Legislativo 670/1987). En tales supuestos, la rehabilitación en el cobro o la inclusión en nómina tendrá efectos económicos el primer día del mes siguiente al ejercicio del derecho o al de presentación de la documentación requerida (art. 7.3.3º RD Legislativo 670/1987).

Como aclaración final, es necesario reseñar que con efectos de 1 de enero de 2008 y vigencia indefinida, el plazo de caducidad de cinco años para el ejercicio de los derechos o para el cumplimiento de obligaciones económicas, establecido en el Régimen de Clases Pasivas del Estado, cualquiera que sea su legislación reguladora, se ha reducido a cuatro años (disposición adicional 12ª Ley 51/2007).

VII.- Principios comunes a los auxilios garantizados

Las prestaciones concedidas por esta norma serán causadas en el momento en que el funcionario se jubile, fallezca o sea declarado fallecido (art. 18.1 RD Legislativo 670/1987), de manera tal que el Estado asume una posición de asegurador contra ciertos riesgos[586], cuya cobertura comprende las pensiones de jubilación o retiro, viudedad, orfandad y en favor de los padres (arts. 1.1 y 18.2 RD Legislativo 670/1987).

Todas ellas presentan las siguientes reglas comunes[587]:

1ª.- Tendrán exclusivamente carácter económico y su pago será periódico (art. 18.2 RD Legislativo 670/1978), a realizar en doce mensualidades ordinarias y dos extraordinarias (art. 22.2 RD Legislativo 670/1978). El régimen jurídico de estas últimas es el siguiente:

-- Su devengo tendrá lugar el primer día de los meses de junio y diciembre y serán abonadas en la nómina junto con los conceptos ordinarios [art. 22.2.a) RD Legislativo 670/1978].

-- Serán retribuidas en la misma cuantía que las ordinarias y no podrán ser inferiores a la pensión más los complementos para mínimos aplicables en el caso concreto [art. 22.2.b) RD Legislativo 670/1978].

[586] STS, Cont.-Admtivo., 21 abril 1999 (RJ 1999, 5177).
[587] Siguiendo en la exposición a FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: "Capítulo 15.4. Regímenes Especiales de los Funcionarios Públicos", cit., págs. 704 a 706.

2ª.- La norma distingue dos clases de pensiones: ordinarias y extraordinarias, según que su hecho causante tenga lugar por circunstancias comunes o acaezca por razón de lesión, muerte o desaparición producida en acto de servicio o como consecuencia de tal situación (art. 19.1 RD Legislativo 670/1987); y excepcionales, reconocidas en virtud de Ley a persona determinada (art. 19.2 RD Legislativo 670/1987).

3ª.- Tales prestaciones tratan de hacer frente a estados de necesidad y, a tal fin, se recogen una serie de reglas sobre incompatibilidad de auxilios, tanto interna como externa. Tal limitación en "la percepción única o plural de pensiones de Clases Pasivas está basada fundamentalmente en razones de política económica y de gasto público"[588].

a.- La incompatibilidad interna contempla dos supuestos:

-- Imposibilidad de percibir simultáneamente más de tres pensiones ordinarias de Clases Pasivas de jubilación, viudedad, orfandad o en favor de los padres causadas por diferente persona (art. 25.1 RD Legislativo 670/1987).

-- Incompatibilidad en el cobro de dos o más pensiones ordinarias de Clases Pasivas causadas en su favor, o en el de su familiares, por idéntica persona (art. 25.2 RD Legislativo 670/1978).

En ambos casos el interesado está facultado para elegir el abono de la prestación que estime más beneficiosa (art. 9.1.1º RD Legislativo 670/1987). Tal prerrogativa sólo puede ser ejercida una vez, salvo alteración de la cuantía en alguna de las ayudas incompatibles operada a partir de disposiciones de carácter general, en cuyo caso el beneficiario puede cambiar su opción también por una única vez para cada supuesto (art. 9.1.2º RD Legislativo 670/1987).

b.- Incompatibilidad externa, pues en aplicación del principio de no duplicidad de cobertura, una misma prestación de servicios no puede generar pensiones para el causante, en su favor o en el de sus familiares, en cualquier Régimen de Seguridad Social y, por el mismo concepto, en el de Clases Pasivas, habida cuenta de que se impone el cómputo de uno sólo de los períodos de cotización "excluyendo los períodos superpuestos de doble cotización"[589]. En consecuencia, nada impide causar auxilios en ambos modelos, siempre y cuando su lucro derive del desempeño de varios quehaceres profesionales y sean cumplidas las prescripciones oportunas en caso de pluriactividad recogidas en el ordenamiento español.

De concurrir el impedimento, el interesado deberá elegir la que estime más conveniente, pudiendo modificar su opción con posterioridad, ya que, se reitera, la intercomunicación de cotizaciones[590] impide cobrar ambas a la vez (arts. 26.1 y 9.2 RD Legislativo 670/1987).

En cualquier caso, el beneficiario puede considerar apropiado recibir la ajena a los derechos pasivos; pero de quedar acreditada la prestación por el causante de algún

[588] STS, Cont.-Admtivo., 21 abril 1999 (RJ 1999, 5181).
[589] STS 17 abril 2000 (RJ 2000, 3965) y SSAN, Cont.-Admtivo., 27 octubre 2003 (JUR 2004, 26426), 8 marzo 2004 (JUR 2004, 133933) o 23 noviembre 2009 (JUR 2009, 487703).
[590] STSJ Cantabria 10 abril 2000 (AS 2000, 1404).

período de servicio para la Administración no simultáneo con el que ha dado origen a aquélla, tendrá derecho a cobrar las pensiones del Régimen de Clases Pasivas deducidas, exclusivamente, de dicho período de tiempo (art. 26.2 RD Legislativo 670/1987)[591].

En definitiva, está permitido el reconocimiento y percepción de las pensiones con cargo a ambos Sistemas, esto es, su compatibilidad pero de manera excepcional, pues tal posibilidad "queda limitada a los casos en que no exista intercomunicación entre uno y otro Régimen que haya podido dar lugar, en cualquiera de ellos, a completar el período mínimo de cotización exigido para su reconocimiento, o a la determinación del porcentaje aplicable para calcular su cuantía, o a ambas cosas a la vez"[592], circunstancia presente, por ejemplo, en los casos de contingencias profesionales en los cuales no es necesario demostrar período de carencia alguno[593]. Por tal razón, es necesario vincular "la incompatibilidad al mero hecho de la intercomunicación [...], excluyendo esa pretendida facultad de atribuir el cómputo de determinadas cuotas o períodos cotizados a uno u otro Régimen, según los intereses del beneficiario y sin el efecto legal de la incompatibilidad"[594].

A este respecto, y en determinadas circunstancias, sí podrán sumarse los períodos cotizados en ambos Regímenes, por cuanto "existiendo el cómputo recíproco entre este Régimen [Clases Pasivas] y el Sistema de Seguridad Social (concretamente, el RG en este caso) debe sumarse el período en cuestión al tiempo de cotización a dicho RG que posee el actor, al no constar que se haya beneficiado separadamente de tal espacio cronológico para causar también derecho a una pensión de jubilación de Clases Pasivas"[595]. Dicha posibilidad es aplicable para el incremento de una pensión en el Régimen General, de manera tal que "el cómputo recíproco de prestaciones en Clases Pasivas requiere la existencia de cotizaciones sucesivas o alternativas, y no procede respecto de las cotizaciones simultáneas por la realización de actividades encuadradas en cualquier otro mecanismo de protección social"[596].

4ª.- El beneficiario viene obligado a reintegrar al Tesoro Público las cantidades indebidamente percibidas, haciéndolo por sí mismo o transmitiendo tal deber a sus derechohabientes, pudiendo ser exigible la deuda por la vía de apremio, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden en que hubiera podido incurrirse (art. 16.1.1º RD Legislativo 670/1987). Ahora bien, si el perceptor continuara lucrando los auxilios correspondientes podrá acordarse el pago del débito con cargo a las sucesivas mensualidades de pensión (art. 16.1.2º RD Legislativo 670/1987).

En cualquier caso, la devolución no resultará jurídicamente exigible sin la previa revisión o reforma del acto que hubiera dado origen al pago de tales cantidades (art.

---

[591] Sobre el particular, por cuanto "la circunstancia de que para el señalamiento de la pensión de jubilación del causante se hubieran tomado en consideración los servicios reseñados, no predetermina los servicios que hayan de tomarse en cuenta para el señalamiento de la pensión de viudedad causada a su fallecimiento", SAN, Cont.-Admtivo., 21 diciembre 2009 (JUR 2010, 25137).
[592] STSJ Madrid 29 abril 1996 (AS 1996, 2039); en términos similares, STS 13 marzo 1995 (RJ 1995, 1768).
[593] STS 10 mayo 2006 (RJ 2006, 7989).
[594] STSJ Galicia 4 febrero 2000 (AS 2000, 117).
[595] STSJ Madrid 6 febrero 1997 (AS 1997, 385).
[596] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, cit., pág. 209.

16.2 RD Legislativo 670/1987)[597], siguiendo a tal fin el procedimiento establecido en el art. 15 RD Legislativo 670/1987 y en los arts. 102 a 106 Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

5ª.- La cuantía de las pensiones analizadas será revalorizada al comienzo de cada año en función del índice de precios al consumo (art. 27.1.1º RD Legislativo 670/1987). Tal actualización se realiza normalmente en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, "cauce normativo que es el adecuado al tener las normas presupuestarias un contenido variable cuya congelación no sería conveniente ni posible en un texto con vocación de permanencia como es el Texto Refundido de Clases Pasivas"[598].

En consecuencia, el art. 27 RD Legislativo 670/1987 intenta dar las pautas generales para armonizar las previsiones sobre revalorización y complementos económicos de mínimos con las normas limitativas respecto al señalamiento inicial, crecimiento y congelación previstas en la legislación presupuestaria de años anteriores[599].

La vigente para el año 2010 establece un incremento del 1 por 100 (art. 44.uno Ley 26/2009), sin que en ningún caso puedan superar un valor íntegro anual superior a 34.526,80 € (art. 46.uno Ley 26/2009)[600]. Ahora bien, se declaran pensiones no revalorizables, a los efectos que aquí interesan, las siguientes:

-- Aquéllas cuya cuantía exceda de 2.466 € íntegros en cómputo mensual [art. 45.a) Ley 26/2009], si bien dicha previsión no será de aplicación a las pensiones extraordinarias del Régimen de Clases Pasivas por actos terroristas, ni a las reconocidas en favor de las víctimas del terrorismo [45.a) *in fine* Ley 26/2009].

-- Las reconocidas a los camineros del Estado y causadas con anterioridad a 1 de enero de 1985, con excepción de aquellas cuyo titular sólo percibiera esta pensión como tal caminero [45.b) Ley 26/2009].

---

[597] Eso sí, "las resoluciones de la Administración de regularización definitiva de la cuantía de pensiones públicas inicialmente señalada y de las revalorizaciones efectuadas, cuando el señalamiento de la cuantía se hubiese acordado con carácter provisional, sin haber podido conocer la cuantía y naturaleza de las otras pensiones que correspondan al beneficiario, o la revalorización se hubiese decidido con el mismo carácter provisional, sin haber podido comprobar fehacientemente la realidad de la cuantía de las otras pensiones públicas que percibiese el titular, así como las que exigen en estos supuestos el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas por el titular de las pensiones, pueden adoptarse sin necesidad de declarar la previa lesividad e impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo los aludidos actos provisionales de fijación inicial de la cuantía de la pensión o de determinación de la revalorización, ni de acudir a los otros procedimientos de revisión de oficio de los actos declarativos de derechos que regulan los arts. 102 y 103 de la Ley 30/1992", STS, Cont.-Admtivo., 26 junio 1998 (RJ 1998, 5919).

[598] STS, Cont.-Admtivo., 21 abril 1999 (RJ 1999, 5180).

[599] STS, Cont.-Admtivo., 21 abril 1999 (RJ 1999, 5178).

[600] De esta manera, "las pensiones públicas tienen establecida una limitación máxima en su percepción por una norma de rango legal, independientemente de la cuantía que tenga reconocida su titular, salvo para las pensiones referidas a actos de terrorismo, que quedan excluidas de la anterior limitación... [y] tales disposiciones presupuestarias son plenamente constitucionales, al no existir creación de nuevos tributos ni privación de derechos, sino ordenación general del régimen de las pensiones públicas en el ámbito de la potestad del legislador", SAN, Cont.-Admtivo., 23 noviembre 2009 (JUR 2009, 487700).

Ahora bien, la actual crisis económica, y la necesidad de contener el gasto en un intento por reducir el déficit público, ha llevado al legislador a ordenar la suspensión para el año 2011 de lo regulado en el art. 27.1 RD Legislativo 670/1987, congelando cualquier revalorización de las pensiones del Régimen de Clases Pasivas para el próximo ejercicio, quedando excluidos únicamente los aumentos aplicables a los complementos para mínimos (art. 4.dos RD Ley 8/2010).

La Ley de Clases Pasivas del Estado también establece previsiones tendentes a mantener el poder adquisitivo de las pensiones. Cuando el índice de precios al consumo previsto en la revalorización fuera inferior al real alcanzado en el año, será menester realizar la correspondiente actualización conforme a las reglas establecidas en la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado (art. 27.1.2º RD Legislativo 670/1987).

Sin embargo, la evolución del IPC durante el año 2009 con un comportamiento negativo de la inflación, ha llevado a no tener que aplicar para el año 2010 el abono de ninguna cuantía extra relativa al mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones.

6ª.- Estas ayudas intentan garantizar un nivel de vida suficiente para sus beneficiarios; por tal razón, aquéllas que no alcancen la cuantía mínima de protección podrán ser complementadas hasta dicho importe (art. 27.2 RD Legislativo 670/1987). De nuevo es la Ley de Presupuestos Generales del Estado la que fija estas cuantías para cada ejercicio económico.

De esta manera, y para el año 2010, los pensionistas de Clases Pasivas que por rentas de trabajo o capital --incluyendo las plusvalías o ganancias patrimoniales-- no obtengan ingresos superiores a 6.923,90 euros al año (art. 47.uno.1º Ley 26/2009) tendrán derecho a las mejoras oportunas, debiendo entender cumplidos los requisitos anteriores cuando el interesado hubiera percibido durante 2009 ingresos por cuantía igual o inferior a 6.923,90 € anuales. Esa presunción tiene naturaleza *iuris tantum* pudiendo ser destruida a través de las pruebas obtenidas por la Administración (art. 47.uno.3º Ley 26/2009), teniendo en sus manos los poderes públicos dos facultades: de una parte, la de solicitar al pensionista una declaración de las rentas e ingresos obtenidos y, en su caso, la aportación de las declaraciones tributarias presentadas (art. 47.uno.2º Ley 26/2009); de otra, la de revisar periódicamente, de oficio o a instancia del interesado, las resoluciones de reconocimiento de complementos económicos, pudiendo llevar aparejado la exigencia del reintegro de lo indebidamente percibido por el titular de la pensión (art. 47.dos.2º Ley 26/2009).

En consecuencia, para el presente ejercicio presupuestario las cuantías mínimas de los auxilios a cobrar en materia de Clases Pasivas queda fijada en los siguientes importes mensuales y anuales (art. 45.tres Ley 26/2009):

-- Pensión de jubilación o retiro: 725,20 €/mes o 10.152,80 €/año con cónyuge a cargo; 587,80 €/mes o 8.229,20 €/año sin cónyuge y tratándose de una unidad económica unipersonal; en fin, 557,50 €/mes o 7.805 €/año con cónyuge no a cargo.

-- Pensión de viudedad: 587,80 €/mes o 8.229,20 €/año.

-- Pensión familiar distinta de la de viudedad: 572,80 €/mes o 8.019,20 €/año, dividida en este caso entre el número de beneficiarios.

El desarrollo reglamentario de estas previsiones encuentra su cauce en los arts. 6 a 8 del RD 2005/2009, de 23 de diciembre, al cual habrá que estar para conocer las reglas y el procedimiento en materia de complementos económicos para mínimos.

VIII.- Pensiones de jubilación o retiro

1.- Hecho causante

El hecho causante es la jubilación o retiro del funcionario (art. 28.1 RD Legislativo 670/1978), pues los empleados públicos tienen derecho a la jubilación según los términos y condiciones establecidas en las normas aplicables [art. 14.n) Ley 7/2007, de 12 de abril, Estatuto Básico del Empleado Público, EBEP]. En este sentido, es posible diferenciar hasta cuatro supuestos[601]:

1.- Forzosa, por cumplimiento de la edad legalmente señalada para cada caso como determinante del cese en el trabajo [art. 28.2.a).1º RD Legislativo 670/1987].

Esta edad está fijada con carácter general en los sesenta y cinco años, aunque la Ley permite prolongar la prestación de servicios hasta --como máximo-- la edad de setenta años (art. 67.3 EBEP), si bien "el régimen de prolongación de la permanencia en el servicio activo diseñado no será de aplicación a aquellos funcionarios pertenecientes a cuerpos o escalas que cuenten con normas específicas de jubilación"[602]. En efecto, algunos empleados públicos tienen disposiciones peculiares en la materia (art. 67.3 *in fine* EBEP); así ha ocurrido tradicionalmente, por ejemplo, con los funcionarios docentes universitarios (disposición adicional 15ª.5 Ley 30/1984) o con los jueces y magistrados (art. 386 LOPJ), cuya edad de jubilación viene fijada en los 70 y 75 años respectivamente, aun cuando puedan adelantar tal acontecimiento una vez hayan cumplido los sesenta y cinco años.

Cumplida la edad señalada legalmente, la jubilación será declarada automáticamente[603], salvo que el personal afectado tuviera reconocidos al menos doce años de servicio al Estado y no hubiera completado el período de carencia --quince años (art. 29 RD Legislativo 670/1987)-- exigido para causar derecho a pensión. En tal supuesto podrá solicitar una prórroga en el servicio activo por el tiempo que le falte para cubrir el período mencionado, la cual le será otorgada de ser considerado apto para la prestación de servicios [art. 28.2.a).2º RD Legislativo 670/1987][604].

Con todo, y siguiendo las tendencias europea y del Régimen General, se insta al Gobierno a remitir un proyecto de ley desarrollando los términos de la prolongación de

---

[601] Un estudio exhaustivo de estos supuestos, en MARTÍNEZ BARROSO, Mª.R.: "La jubilación o retiro del empleado público. Entre la voluntariedad y el carácter forzoso", *Revista doctrinal Aranzadi Social*, núm. 13, 2009, págs. 73 y ss.
[602] STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 5 octubre 2009 (JUR 2010, 109308).
[603] STS, Cont.-Admtivo., 26 mayo 1989 (RJ 1989, 10339).
[604] En cualquier caso, "no se puede hacer depender el derecho por ella pretendido de la circunstancia del momento en que la Administración fije correctamente el tiempo real de servicios efectivos que debía reconocerle, cuando este reconocimiento tiene un valor meramente declarativo, que en nada altera la realidad de su efectiva prestación", STS, Cont.-Admtivo., 25 febrero 2002 (RJ 2002, 6885).

la permanencia en el servicio activo regulada en el art. 67.3 EBEP, en términos idénticos a cuanto señala el art. 163.2 LGSS (disposición adicional 8ª Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social).

2.- Voluntaria, a petición del interesado, sin por ello ver minorada la cuantía por ningún coeficiente reductor --tal y como sucede en el Régimen General-- y cumpliendo alguno de los siguientes requisitos [art. 28.2.b) RD Legislativo 670/1987]:

-- Haber cumplido sesenta años de edad y tener reconocidos treinta años de servicios efectivos al Estado[605].

-- Por disposición legal en tal sentido, siempre y cuando el solicitante acredite las condiciones y requisitos que, a tal efecto, se determinen[606].

3.- Como consecuencia de incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, declarada de oficio o a instancia de parte, por estar el interesado afectado por una lesión o proceso patológico, somático o psíquico estabilizado y de naturaleza irreversible o de remota e incierta reversibilidad, capaz de imposibilitarle totalmente para realizar las tareas propias de su cuerpo, escala, plaza o carrera, de acuerdo con el dictamen preceptivo y vinculante del órgano médico que en cada caso corresponda [art. 28.2.c) RD Legislativo 670/1987], conformándose esta declaración como "el resultado objetivo de complejas interrelaciones, en las que intervienen factores médicos, jurídicos y funcionariales que han de valorarse en conjunto para determinar si los padecimientos sufridos por el funcionario y las secuelas de ellos derivadas en relación con las características objetivas del puesto o actividad realmente desempeñada comportan una limitación que determine su inaptitud para la labor que como funcionario desempeña"[607].

A la vista de la definición legal, dos son los factores de necesaria presencia para calificar el proceso patológico determinante de la incapacidad para el servicio como causa de jubilación: la intensidad o gravedad de la lesión o proceso sufridos por el sujeto paciente junto con su permanencia en el tiempo y la imposibilidad total para el ejercicio de funciones públicas en el cuerpo, escala, plaza o carrera donde esté adscrito el empleado afectado, de manera que "la incapacidad no tiene que valorarse en abstracto y con referencia exclusiva a la patología de la enfermedad, sino que ésta ha de ser puesta en relación con las circunstancias del sujeto paciente y la repercusión en su capacidad para el desempeño de las funciones propias" de su categoría[608], respecto a las

---

[605] Al respecto, STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 24 julio 2009 (JUR 2010, 30978).

[606] Un análisis exhaustivo de esas disposiciones legales que establecen modalidades de jubilación anticipada para colectivos concretos, en RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, cit., págs. 217 y ss.

[607] SSTS, Cont.-Admtivo., 16 mayo 2001 (RJ 2001, 4848) y 10 febrero 2010 (Rec. 8/2007) o SSTSJ, Cont.-Admtivo., Galicia 7 julio 2009 (JUR 2009, 341687) y Asturias 23 noviembre, 28 diciembre y 30 diciembre 2009 (JUR 2010, 62515, 107843 y 107615).

[608] SSTSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 29 y 30 diciembre 2009 (JUR 2010, 107811 y 127605). En efecto, "la graduación de la invalidez permanente requiere siempre la decisión sobre supuestos específicos e individualizados --el de cada trabajador afectado--, difícilmente reconducibles a una unidad susceptible, a su vez, de generalización, a lo que se añade que a esa graduación solo puede llegarse mediante la ponderación singularizada de los padecimientos, la profesión y el estado del sujeto y sobre todo las secuelas y limitaciones que las mismas producen, únicos extremos a considerar, debiendo apreciarse más que la índole y naturaleza de los padecimientos, las limitaciones que éstos generan en cuanto

cuales ha de mantener una capacidad para desarrollarlas con profesionalidad, asiduidad y dedicación[609].

Se trata, en definitiva, de dos nociones indeterminadas "de carácter técnico-jurídico, las cuales deben precisarse en el caso concreto por la Administración y los interesados sobre la base de las pruebas y dictámenes precisos que identifiquen la concurrencia o no de los requisitos legalmente definidos de forma abstracta"[610]. En esta materia, los informes del EVI presentan un papel trascendental, pues gozan de la presunción *iuris tantum* de legalidad y certeza al estar reforzados por la cualificación pericial, especialización de funciones e imparcialidad del órgano administrativo que los emite, aun cuando sus juicios técnicos pueden ser destruidos y sustituidos por otros mejor fundados, si bien esta última circunstancia resulta ciertamente excepcional en la práctica forense.

En este sentido, "el concepto de totalidad, utilizado como requisito valorativo para la apreciación del impedimento, no tiene que entenderse, necesariamente, en su estricto sentido literal de una afectación íntegra de facultades en sentido espacio-temporal, lo que conduciría ocasionalmente a situaciones rayanas en lo absurdo"[611]; en consecuencia, "puede ser suficiente aquel impedimento cuyo grado de incidencia con la continuidad temporal de la prestación y en su nivel de funcionalidad posible están afectando de modo sustancial a la posibilidad de desempeño de las tareas asignadas al funcionario, cumplido siempre el requisito de la irreversibilidad o de la remota o incierta reversibilidad"[612].

De concurrir dichas circunstancias, procederá partir de la declaración de incapacidad permanente para el servicio o inutilidad[613], situación que llevará anudada la jubilación del funcionario en cuestión[614] y, por tal razón, "la fijación de la fecha de los efectos de la declaración de retiro no podrá ser anterior al hecho que lo motivó

---

impedimentos reales con proyección sobre la capacidad de trabajo", STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 24 noviembre 2009 (JUR 2010, 62301).

[609] STSJ, Cont.-Admtivo., Comunidad Valenciana 5 noviembre 2009 (JUR 2010, 51385).

[610] SSTSJ, Cont.-Admtivo., Andalucía/Granada 21 --dos-- septiembre 2009 (JUR 2010, 11983 y 11894).

[611] STS, Cont.-Admtivo., 30 enero 2006 (RJ 2006, 2853) y SSTSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 22 octubre y 9 y 17 --dos-- diciembre 2009 (JUR 2010, 39202, 170739, 138370 y 138374) o Castilla y León/Burgos 23 diciembre 2009 (JUR 2010, 25111) y 29 enero 2010 (JUR 2010, 42928). Matizando dicha aseveración por cuanto "en nuestro ordenamiento jurídico únicamente existirá incapacidad a efectos de la jubilación cuando se cumplan dos requisitos: primero, una lesión o proceso patológico, somático o psíquico que esté estabilizado y sea irreversible o de remota e incierta reversibilidad, y, segundo, que esta lesión o proceso suponga una imposibilidad 'total' para el desempeño de las funciones del Cuerpo, Escala, plaza o carrera al que pertenezca el funcionario afectado. Como consecuencia de esta afirmación resulta que cuando el Cuerpo o Escala al que pertenezca el funcionario tenga asignados una pluralidad de puestos de trabajo diferenciados y la imposibilidad derivada de las lesiones no afecte a la totalidad de ellos y sus funciones sino únicamente a alguna o algunas, no cabe declarar la jubilación por incapacidad permanente al no concurrir aquella total limitación que resulta inexcusable", SAN, Cont.-Admtivo., 21 enero 2010 (JUR 2010, 180205) y SSTSJ, Cont.-Admtivo., Comunidad Valenciana 24 noviembre 2009 (JUR 2010, 118830), Extremadura 26 noviembre 2009 (JUR 2010, 17673), Madrid 15 septiembre, 22 octubre, 20 noviembre y 18 diciembre 2009 (JUR 2010, 30686, 39192, 171050 y 170547) y 19 enero 2010 (JUR 2010, 169893) o Galicia 30 septiembre 2009 (JUR 2009, 470327) y 27 enero 2010 (JUR 2010, 101382).

[612] STS, Cont.-Admtivo., 8 abril 1994 (RJ 1994, 2759).

[613] SSAN, Cont.-Admtivo., 16 --dos-- diciembre 2009 (JUR 2010, 17400 y 17410) y SSTSJ, Cont.-Admtivo., Murcia 3 noviembre 1997 (RJCA 1997, 2289), Galicia 2 diciembre 2009 (JUR 2010, 25341) y Canarias/Las Palmas 20 noviembre y 10 diciembre 2009 (JUR 2010, 70600 y 69415).

[614] S. Juzgado Central de Madrid, Cont.-Admtivo., 20 marzo 2000 (RJ 2000, 555) y SAN, Cont.-Admtivo., 27 enero 2010 (JUR 2010, 60103).

(declaración de inutilidad)”[615]; así, “el elemento determinante de la jubilación es la incapacidad para el ejercicio de las funciones, sin perjuicio de que el alcance de las patologías causantes se deba tener en cuenta para evaluar los derechos pasivos del interesado”[616], pues no resulta necesario, al no presentar “repercusión en la cuantía de las pensiones..., señalar la condición de incapaz total, absoluto o gran inválido en el señalamiento de pensión, aunque nada impide que así se haga”[617].

Cabe detectar aquí, una vez más, otra de las peculiaridades más significativas de este Régimen, pues las situaciones de incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez no generan una prestación propia y específica, sino que constituyen una modalidad más de la jubilación o retiro quedando sometido su régimen jurídico a idénticas vicisitudes que los auxilios derivados por alcanzar una determinada edad. Aun cuando en los últimos tiempos es posible apreciar una progresiva aproximación en las previsiones aplicables a la incapacidad permanente y la vejez en el Régimen General, no es posible obviar las grandes diferencias existentes entre ellos, circunstancia no tan manifiesta en el Régimen objeto de análisis.

4.- Parcial, prevista para aquellos servidores públicos a quienes les falten menos de cinco años para cumplir la edad de jubilación forzosa, quienes podrán solicitar una reducción de su jornada hasta la mitad con la lógica disminución de retribuciones a determinar reglamentariamente. El derecho será concedido siempre y cuando las necesidades del servicio lo permitan (art. 30.4 Ley 30/1984).

Finalmente, la disposición adicional 7ª Ley 40/2007 establecía el mandato al Gobierno de presentar en el plazo de un año un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, así como del personal de

---

[615] STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 22 julio 2009 (JUR 2009, 381983). En efecto, “la declaración para cualquier funcionario de una situación de incapacidad o inutilidad no solo exige apreciar un estado de salud y unas limitaciones físicas o intelectuales derivadas del mismo, requiere también contrastar esas limitaciones con el concreto cometido profesional que corresponda a la persona de que se trate y decidir, a la vista del resultado que ofrezca ese contraste, si las limitaciones tienen o no entidad invalidante para ese singular cometido profesional. Lo primero incumbe al correspondiente informe o dictamen médico, pero lo segundo corresponde al órgano administrativo en el que está residenciada la competencia para acordar la jubilación o retiro”, STS, Cont.-Admtivo., 25 mayo 2005 (RJ 2005, 6590).
Eso sí, en caso de dilaciones indebidas acreditadas en la resolución del procedimiento los efectos pueden retrotraerse “al primer día del mes siguiente a aquél en el que se deba entender que procedía por la Administración el dictado de la resolución”, STSJ, Cont.-Admtivo., Andalucía/Sevilla 17 julio 2009 (JUR 2010, 13333).

[616] SAN, Cont.-Admtivo., 25 marzo 2010 (JUR 2010, 124027).

[617] SAN, Cont.-Admtivo., 17 mayo 2010 (JUR 2010, 182801); de idéntico parecer, SSAN, Cont.-Admtivo., 30 septiembre y 7 octubre 2009 (JUR 2009, 444519 y 444465) o SSTSJ, Cont.-Admtivo., Galicia 16 septiembre 2009 (JUR 2009, 453619), Comunidad Valenciana 17 y 23 febrero 2010 (JUR 2010, 156262 y 155659) y Asturias 11 diciembre 2009 (JUR 2010, 37791) y 17 marzo 2010 (JUR 2010, 184300).
En otras palabras, “que el concepto de invalidez permanente absoluta es propio y tiene relevancia en el Sistema de Seguridad Social pero no en Régimen de Clases Pasivas, pues el art. 28.2.c) de ese mencionado Texto Refundido de 1987, por lo que se refiere a la jubilación por incapacidad permanente o inutilidad, solamente exige que la correspondiente lesión o proceso patológico imposibiliten totalmente (al interesado) para el desempeño de las funciones propias de su cuerpo, escala, plaza o carrera... Y que toda esa regulación pone de manifiesto que en la jubilación por incapacidad del régimen de derechos pasivos hay un único grado de incapacidad, que está referido a las funciones propias del cuerpo, escala, plaza o carrera, por lo que en los procedimientos declarativos de esta clase de jubilaciones resulta inadecuado o improcedente hacer pronunciamientos sobre el grado de invalidez absoluta”, STS, Cont.-Admtivo., 30 septiembre 2009 (RJ 2009, 7368).

las Fuerzas Armadas y al servicio de la Administración de Justicia, que abordara la aplicación de la normativa reguladora de tales modalidades de jubilación, las condiciones en que esta aplicación no generara problemas de sostenibilidad a los sistemas de protección social y la homogeneización, en términos equiparables, de los diferentes Regímenes.

2.- Período de carencia

Con carácter general, y salvo en el caso de la jubilación o retiro voluntario, para causar derecho a las pensiones analizadas será necesario haber completado quince años de "servicios efectivos al Estado" (art. 29 RD Legislativo 670/1987), regulando de manera detallada el art. 13 RD Legislativo 670/1987 las unidades administrativas encargadas de su reconocimiento. A partir de tales preceptos, resulta plenamente acertada aquella aseveración de conformidad con la cual "la cuota de derechos pasivos es un 'valor entendido', no significa nada en el Sistema, lo que importa son los servicios efectivos al Estado certificados por el Órgano competente, no las cotizaciones, porque quien tiene reconocidos servicios al Estado, evidentemente, ha satisfecho la cuota... y no existe Tesorería en Clases Pasivas que contraste la anterior afirmación"[618], marcando nuevamente otra de las grandes diferencias entre uno y otro Régimen.

En consecuencia, la Ley de Clases Pasivas delimita de manera taxativa lo que se ha de interpretar como "servicios efectivos al Estado", sin perjuicio de haber sido reconocidos en determinado caso individual por sentencia judicial o acto propio de la Administración, algunos distintos a los enumerados (art. 32.4.1º RD Legislativo 670/1987). Así, se entenderán como años de servicio efectivo al Estado los siguientes (art. 32.1 RD Legislativo 670/1987):

1.- Los de permanencia en servicio activo en cualquier cuerpo, escala, plaza, empleo o categoría.

2.- Los cumplidos en situación de servicios especiales y en las extinguidas de excedencia especial o supernumerario; también en las de excedencia forzosa y en las situaciones militares legalmente asimilables a las anteriores.

3.- Los reconocidos en virtud de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, siempre y cuando no cuenten como de cotización en cualquier otro Régimen público de Seguridad Social.

4.- Los concedidos al amparo de la legislación de indulto y amnistía por delitos o faltas cometidas por motivos de ideología política que hagan referencia a la Guerra Civil de 1936-1939.

5.- Los cotizados a cualquier Régimen público o sustitutorio de éste o a la MUNPAL, siempre y cuando la prestación laboral que haya dado origen a los mismos no sea simultánea a la de servicios al Estado.

6.- Los comprendidos en período de prácticas como alumno de las Academias y Escuelas Militares a partir de su promoción.

[618] GONZÁLEZ BERNAL, J.: "Si no existieran las 'clases pasivas' habría que inventarlas", cit., pág. 173.

7.- Los admitidos en otros países a efectos de Seguridad Social en virtud de un Convenio o Reglamento Internacional aplicable dentro del Régimen de Clases Pasivas. En este caso se actuará según los términos y condiciones previstas en tales instrumentos internacionales y en la normas reglamentarias aplicables al caso.

8.- A efectos de cálculo de la pensión derivada de incapacidad permanente para el servicio, los años completos que faltaran al interesado para alcanzar la correspondiente edad de jubilación o retiro forzoso, deberán ser tomados en consideración, a los efectos oportunos, para el cálculo de la pensión correspondiente, quedando exceptuados mientras el funcionario estuviera en situación de excedencia voluntaria o suspensión firme o situación militar legalmente asimilable (arts. 31.4 y 34.4 RD Legislativo 670/1987), con el fin de evitar que el acaecimiento de dicha circunstancia a una edad temprana impida al empleado público lucrar el auxilio por vejez.

En cambio, no tendrán tal naturaleza ni el tiempo de prestación del servicio militar obligatorio ni el equivalente a éste, por ser prestado en cualquier otra forma o siendo alumno de alguna Escuela o Academia militar; tampoco, como es lógico, aquél invertido desempeñando la prestación social sustitutoria (art. 32.3.1º RD Legislativo 670/1987). Exclusión coherente con la naturaleza de prestación personal obligatoria que revestían dichos servicios[619].

3.- Cuantía de la pensión

La determinación de la base de la pensión se realizará tomando en consideración los haberes reguladores establecidos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio económico (art. 30.1 RD Legislativo 670/1987), como lo hace para el presente año el art. 40 de la Ley 26/2009. A este respecto, conviene apuntar otra de las principales diferencias de este Régimen con el General, pues la referencia para calcular la cuantía presenta cierta desconexión con las retribuciones del empleado público, al tomarse en consideración "unas bases de cotización tarifadas, genéricas y no individuales"[620].

---

[619] SSTS, Cont.-Admtivo., 14 y 17 --dos-- abril 2000 (RJ 2000, 4196, 4072 y 4757) y STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 23 octubre 2009 (JUR 2009, 171399). En efecto, "la relación entre el Estado y quien presta el servicio militar obligatorio, dado su carácter obligatorio y temporal, no tiene naturaleza funcionarial. El llamado 'personal militar de reemplazo', a diferencia de los militares profesionales, no tienen la cualidad de funcionarios" [STS, Cont.-Admtivo., 11 diciembre 2009 (RJ 2010, 2200)], de manera tal que "la exclusión del tiempo del servicio militar obligatorio para el cómputo de los trienios viene siendo una constante en la doctrina jurisprudencial y es coherente con la naturaleza de prestación personal obligatoria que reviste dicho servicio, que determina su consideración por el ordenamiento jurídico como tiempo no computable a efectos de trienios ni como servicios al Estado a los efectos de clases pasivas. En dicho caso de cumplimiento del servicio militar obligatorio se trata de supuestos de cumplimiento de deberes legales (art. 30 de la Constitución Española), por lo que carecen del carácter de relación de servicios [...] El servicio militar no es una prestación de servicios en una Administración Pública, prestación de servicios caracterizada por la voluntariedad en el acceso, la superación de un proceso de selección de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, incluso para el desempeño en régimen laboral o de contratación administrativa, sino que es el cumplimiento de un deber que se impone por igual a todos los españoles bajo el régimen que determinen las leyes" [STSJ, Cont.-Admtivo., Galicia 21 abril 2010 (JUR 2010, 193522); del mismo parecer, STSJ, Cont.-Admtivo., Galicia 14 abril 2010 (JUR 2010, 194092)].

[620] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Los regímenes especiales de los funcionarios públicos: situación actual y perspectivas", cit., pág. 162.

Asimismo, cuando el funcionario haya prestado servicios en régimen de jornada reducida por tiempo igual o superior a un año, se minorará el haber regulador proporcionalmente a la importancia económica de dicha minoración en las retribuciones percibidas por el mismo en activo (art. 30.4 RD Legislativo 670/1987).

Determinada la base, dos son las posibles operaciones a realizar para calcular la cuantía de la pensión:

1.- Si el funcionario ha prestado servicios en el mismo cuerpo, escala, plaza, empleo o categoría se aplicará un porcentaje de cálculo atendiendo a los años completos de servicios efectivos reconocidos. La escala aparece recogida en el art. 31.1 RD Legislativo 670/1987 y oscila entre el 1,24 por 1 año de servicio y el 100 por 35 o más años conforme a continuación se expone:

Años de servicio	Porcentaje del regulador	Años de servicio	Porcentaje del regulador
1	1,24	19	41,54
2	2,55	20	45,19
3	3,88	21	48,84
4	5,31	22	52,50
5	6,83	23	56,15
6	8,43	24	59,81
7	10,11	25	63,46
8	11,88	26	67,11
9	13,73	27	70,77
10	15,67	28	74,42
11	17,71	29	78,08
12	19,86	30	81,73
13	22,10	31	85,38
14	24,45	32	89,04
15	26,92	33	92,69
16	30,57	34	96,35
17	34,23	35 y más	100,00
18	37,88		

Como se puede apreciar de compararla con la recogida en el art. 163.1 LGSS, las diferencias vuelven a ser notables pues la estructura en cada una de ellas diverge bastante, fruto probablemente de la aplicación a unas referencias --base y haber regulador-- con un esquema también radicalmente distinto conforme se ha dicho.

Además, otro aspecto que llama la atención es que la escala no comienza con los 15 años de cotización, período de carencia exigido con carácter general, sino que detalla los porcentajes desde el primer año de servicio, sin duda a fin de intentar dar solución a determinadas situaciones ciertamente excepcionales en las cuales resultara menester acudir al cómputo recíproco de cotizaciones.

2.- La pertenencia del funcionario a varios cuerpos, escalas, plazas, empleos o categorías conlleva la aplicación de la siguiente fórmula (art. 31.2 RD Legislativo 670/1987):

$$P = R_1C_1 + (R_2 - R_1)C_2 + (R_3 - R_2)C_3 + ...$$

-- En este enunciado, P es la cuantía de la pensión de jubilación o retiro; R_1, R_2, R_3..., son los haberes reguladores correspondientes al primer y a los sucesivos puestos donde se han prestado los servicios; C_1, C_2, C_3..., son los porcentajes de cálculo por años completos de servicio efectivo transcurridos en cada uno de los puestos hasta el momento de la jubilación, de conformidad con la tabla prevista en el art. 31.1 RD Legislativo 670/1987.

-- Las fracciones de tiempo superiores al año que correspondieran a los distintos servicios prestados se computarán como tiempo correspondiente a los servicios prestados a continuación, hasta llegar a los servicios últimamente prestados en que el exceso de tiempo resultante no se computará (art. 31.3 RD Legislativo 670/1987).

Por otra parte, y desde el 1 de enero de 2009, en caso de pensión ordinaria causada por incapacidad permanente, la misma verá reducida su cuantía cuando se acrediten menos de 20 años de servicios en el momento del hecho causante y la inutilidad del funcionario no le inhabilite para toda profesión u oficio, y lo hará en un porcentaje del 5 por 100 por cada año que le falte hasta cumplir esos 20 años, con un máximo del 25 por 100 para cuantos acrediten 15 o menos años de servicio (disposición adicional 13ª.uno Ley 2/2008); dicha minoración ha de ser practicada sobre la cuantía íntegra resultante de las normas generales de cálculo, sin perjuicio de la posterior aplicación, en su caso, del límite máximo de percepción establecido para las pensiones públicas, ya se perciba la pensión sola o en concurrencia de otras (art. 1.4 RD 710/2009, de 17 de abril).

Eso sí, si con posterioridad al reconocimiento del auxilio se produjera un agravamiento de la enfermedad o lesiones del interesado, capaz de inhabilitarle para el desempeño de toda profesión u oficio, y siempre y cuando tal hecho tuviera lugar antes del cumplimiento de la edad de retiro forzoso, se podrá incrementar la cuantía de la pensión hasta el 100 por 100 de la que le hubiera correspondido por aplicación de las normas generales de cálculo para este tipo de prestaciones (disposición adicional 13ª.dos Ley 2/2008), cuyo procedimiento encuentra regulación detallada en los arts. 2 a 8 RD 710/2009, de 17 de abril.

Por otra parte, el pago de la pensión será mensual, obteniéndose después de dividir entre catorce la renta anual obtenida aplicando las reglas anteriores (art. 31.5 RD Legislativo 670/1987).

La percepción de las cantidades señaladas es incompatible con el desempeño de cualquier puesto de trabajo --entendido en el sentido del art. 1.1.2º Ley 53/1984, de 26 de diciembre-- en el sector público (art. 33.1 RD Legislativo 670/1987), salvo el de profesor universitario emérito (disposición adicional 9ª Ley 53/1984)[621].

De igual manera, y a partir del 1 de enero de 2009, el percibo de estos auxilios resulta también incompatible con el ejercicio de cualquier quehacer, ya sea por cuenta propia o ajena, que dé lugar a la inclusión de su titular en cualquier Régimen público de

[621] STSJ, Cont.-Admtivo., Andalucía/Sevilla 27 mayo 1999 (RJCA 1999, 2087).

Seguridad Social (art. 33.2 RD Legislativo 670/1987), encontrando esta previsión, en especial por cuanto hace al procedimiento a seguir, desarrollo reglamentario en los arts. 9 a 16 RD 710/2009.

Ahora bien, cuando la pensión tenga lugar como consecuencia de una incapacidad permanente para el servicio o inutilidad, siempre y cuando el interesado no esté incapacitado para desarrollar toda profesión y oficio, es posible compatibilizar el cobro de la prestación con el desempeño de una labor distinta a la realizada al servicio del Estado. En dicha circunstancia, y mientras dure la misma, el importe del auxilio se reducirá al 75 por 100 de la correspondiente cuantía de acreditar 20 años de servicios efectivos al Estado o al 55 por 100 de acreditar menos de 20 años en el momento de la jubilación o retiro.

De concurrir tales circunstancias, el abono de la pensión quedará en suspenso por meses completos desde el día primero del mes siguiente al inicio de la actividad que determina la incompatibilidad hasta el último día del mes en que tenga lugar el cese de sus titulares en el desempeño del puesto de trabajo (art. 33.3 RD Legislativo 670/1987).

Finalmente, la pensión de jubilación se extingue por fallecimiento del beneficiario al ser vitalicia o en los casos de retiro a causa de incapacidad permanente, por la revisión de la situación debido a una mejoría del incapacitado al desaparecer las causas que dieron lugar a la misma.

IX.- Muerte y supervivencia

Las prestaciones otorgadas son las pensiones por viudedad, orfandad o en favor de los padres. En cualquiera de su modalidades, presentan las siguientes reglas comunes:

1ª.- El hecho causante es el fallecimiento del funcionario (art. 34.1 RD Legislativo 670/1987), no el retiro del causante[622]. No resulta suficiente para que nazcan los derechos de los familiares la declaración de ausencia legal, al considerarse imprescindible la declaración de fallecimiento del ausente, siguiendo el procedimiento establecido en los arts. 193 y ss. CCiv. Ahora bien, bastará esa declaración de ausencia cuando el causante fuera perceptor de pensión de jubilación o retiro o tuviera derecho a las mismas atendiendo a su edad y al período de servicios efectivos al Estado (art. 34.2.3º RD Legislativo 670/1987).

2ª.- Los derechos de los beneficiarios se devengarán sin necesidad de acreditar que el causante cumplió período mínimo alguno de prestación de servicios efectivos al Estado (art. 35 RD Legislativo 670/1987), mostrando aquí una diferencia importante con el Régimen General, pues cabe recordar como *ex* art. 174.1 LGSS el fallecido debe haber completado un período de cotización de quinientos días, dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión cuando el deceso deriva de enfermedad común.

3ª.- La aparición de nuevos derechohabientes, una vez concedida la titularidad de la pensión por cualquier circunstancia, no retrotrae la eficacia de los efectos

[622] STS, Cont.-Admtivo., 19 septiembre 1995 (RJ 1995, 9740).

económicos de los nuevos derechos pasivos, los cuales únicamente se contarán desde el primer día del mes siguiente a la presentación de la oportuna solicitud.

Ahora bien, los nuevos titulares pueden ejercitar ante los órganos de la jurisdicción ordinaria las acciones que estimen convenientes frente a las antiguos o actuales, reclamándoles las cantidades que les hubieran podido corresponder (art. 37.1.1º RD Legislativo 670/1987). En tal supuesto, los beneficiarios de la pensión inicialmente señalada vendrán obligados a reintegrar los importes percibidos a mayores desde la fecha de efectos económicos de estos nuevos derechos (art. 37.1.2º RD Legislativo 670/1987).

La Administración únicamente debe satisfacer al nuevo titular las diferencias que pudieran existir entre lo percibido por los iniciales causahabientes y lo obligado a abonar durante el período comprendido entre el nacimiento del derecho y la fecha de efectos económicos del nuevo señalamiento (art. 37.2 RD Legislativo 670/1978).

4ª.- La base reguladora para los tres auxilios estará constituida por la pensión de jubilación o retiro, ordinaria o extraordinaria, que estuviera percibiendo o hubiera debido percibir el funcionario fenecido o declarado en tal situación (arts. 39.1.1º, 42.1 y 45.1 RD Legislativo 670/1987); en consecuencia, procederá estar a las previsiones establecidas en los arts. 30, 31 y 49 RD Legislativo 670/1987. Así, "cabe afirmar sin ambages que la pensión de jubilación forzosa por edad... aparece tras la reforma de 1985 como eje de todo el Sistema de prestaciones con el fin último de otorgar a todas las situaciones protegidas un sustento teórico común... [de manera tal que] las pensiones indirectas... tomarán en cuenta la pensión que hubiera correspondido 'realmente' o 'idealmente' (*fictio iuris*) al jubilado"[623].

De esta manera, en cuanto hace al módulo temporal de referencia para determinar el auxilio por viudedad cabe distinguir dos supuestos distintos: si el causante de la pensión fallece una vez alcanzada la edad de jubilación o retiro, aquél viene determinado por la fecha de matrimonio y la data de fallecimiento; en cambio, cuando el óbito acaezca sin que el causante haya cumplido tal edad, el patrón a tomar en consideración será la fecha de las nupcias y aquélla en que dicho sujeto hubiera alcanzado la edad de jubilación o retiro[624].

5ª.- No es posible recibir, junto con cualquiera de estas pensiones, cantidad alguna en concepto de ayuda o subsidio con cargo a crédito presupuestario de Clases Pasivas (arts. 39.4, 42.8 y 45.4 RD Legislativo 670/1987).

6ª.- En el supuesto de pensiones en favor de los padres y las extraordinarias, quedan expresamente equiparadas a la condición de cónyuge supérstite o viudo la situación del ex cónyuge o miembro de la pareja de hecho del causante fallecido, al extenderse la regulación que para los primeros contienen los arts. 20.1.c), 42.4, 44.1, 48.2 y 49.3 RD Legislativo 670/1987 (disposición adicional 13ª Ley 51/2007).

---

[623] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Los regímenes especiales de los funcionarios públicos: situación actual y perspectivas", cit., pág. 163.

[624] STS, Cont.-Admtivo., 17 julio 2009 (RJ 2009, 4446) y STSJ, Cont.-Admtivo., Galicia 16 diciembre 2009 (JUR 2010, 34148).

Antes de entrar en el análisis exhaustivo de estos auxilios, y sin perjuicio de las consideraciones que en cada momento cabrá realizar, es en esta materia donde mayores semejanzas existen entre el Régimen General y el de Clases Pasivas, pues la regulación de éste se ha ido acercando de manera paulatina al primero, hasta tal punto que las divergencias, más allá de las relacionadas con los porcentajes aplicables en aras a determinar la cuantía a percibir, no resultan especialmente significativas.

1.- Viudedad

Además de las reglas generales analizadas, las especialidades más significativas en este ámbito son las siguientes:

1ª.- Ostenta derecho a rentas de esta naturaleza quien sea cónyuge supérstite del causante de los derechos pasivos. Sin embargo, cuando el fallecimiento de este último derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, para lucrar el auxilio es necesario que el matrimonio hubiera sido celebrado al menos con un año de antelación al óbito; de no cumplir el requisito anterior el cónyuge viudo tendrá derecho a una prestación temporal con una duración de dos años y de igual cuantía a la pensión que le hubiera correspondido.

En cualquier caso, no será imprescindible acreditar la ante citada duración del vínculo cuando existan hijos comunes o si en la fecha de su celebración se pudiera probar un período de convivencia con el causante, como pareja de hecho, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años (art. 38.1 RD Legislativo 670/1987).

2ª.- En los casos de separación o divorcio, con independencia de su causa, el derecho a la pensión de viudedad o, en su caso, a la prestación temporal corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo siempre y cuando no hubiera contraído nuevas nupcias o constituido pareja de hecho. Cuando el divorcio o separación sea judicial, la facultad quedará condicionada a la extinción de la pensión compensatoria regulada en el art. 97 CCiv. a la fecha de la muerte del causante[625]. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad, o de la prestación temporal lucrada, fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla disminuirá hasta alcanzar el importe de esta última (art. 38.2.1º RD Legislativo 670/1987, en la redacción dada por la disposición final 10ª.uno Ley 26/2009).

[625] "La razón no es otra que sólo las personas divorciadas o separadas legalmente del causante vivían a sus expensas, no así aquellas que habiendo estado unidas al causante por vínculo matrimonial o convivencia marital, una vez rota la relación, no hayan seguido recibiendo apoyo económico de aquél. El derecho a la pensión de viudedad tiene como finalidad paliar los efectos que el fallecimiento del causante produce sobre las personas que ven disminuidos sus ingresos económicos por haber participado en los que percibía el causante. Si disuelto el matrimonio la persona divorciada no recibe una pensión compensatoria de aquella a la que estaba unida matrimonialmente, se parte del hecho de que no depende económicamente de él y, por tanto, no se dan los presupuestos de hecho para que, en caso de fallecimiento de aquélla, deba reconocérsele el derecho a la pensión de viudedad. No puede haber, por consiguiente, discriminación alguna por el hecho de reconocer el derecho a la pensión de viudedad únicamente a quien conviva con el causante en el momento de fallecimiento, si la persona de la que se había divorciado no percibía una pensión compensatoria, porque no están ambas en la misma situación. En el primer caso, se entiende que el conviviente ve mermados sus ingresos por razón de la muerte de su pareja, mientras que en el segundo caso la persona divorciada no percibía ingresos del causante ni dependía su sustento de éste", STSJ, Cont.-Admtivo., Canarias/Santa Cruz de Tenerife 4 septiembre 2009 (JUR 2010, 5709).

En cualquier caso, tendrán derecho a dicha pensión por el óbito de su causante, las mujeres que, a pesar de no ser acreedoras de la correspondiente pensión compensatoria, puedan acreditar ser víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitidos en Derecho (art. 38.2.1º RD Legislativo 670/1987, en la redacción dada por la disposición final 10ª.uno Ley 26/2009). Asimismo, tampoco será aplicable a este colectivo femenino la reducción de la pensión de viudedad a pesar de que la interesada pudiera estar percibiendo una pensión compensatoria (disposición adicional 5ª RD 2005/2009).

De concurrir varios beneficiarios, la pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, siendo garantizado, en todo caso, el 40 por 100 a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, de quien sin tener tal cualidad fuera conviviente de hecho en el momento del fallecimiento (art. 38.2.2º RD Legislativo 670/1987).

En este sentido, el principio general pasa por considerar que "la cuantía de la pensión que corresponde al divorciado consiste en la parte proporcional al tiempo de su convivencia matrimonial con el causante", sin poder tomar en consideración períodos anteriores de convivencia *more uxorio* no manifestados públicamente[626]; además, "el parámetro tácito a tomar en consideración, con arreglo al cual habrán de determinarse los porcentajes, es el que se extiende desde la fecha de cada matrimonio hasta la fecha de fallecimiento del causante"[627].

En fin, la necesidad de tener que acreditar en los casos de divorcio o separación judicial, con carácter general, la existencia de pensión compensatoria en los términos previstos por el CCiv., ha llevado al legislador a establecer un régimen de adaptación, mediante la introducción de la disposición transitoria 12ª en el RD Legislativo 670/1987 (disposición final 10ª.dos Ley 26/2009), la cual exonera de cumplir dicho requisito cuando concurran los siguientes requisitos:

-- Existencia de hijos comunes en el matrimonio o tener cumplidos el beneficiario más de 50 años a la fecha del fallecimiento del causante.

-- La ruptura del vínculo matrimonial debe haberse producido con anterioridad a 1 de enero de 2008.

-- Entre las fechas del divorcio o la separación y la fecha del óbito del causante no deben haber transcurrido más de diez años.

-- El vínculo matrimonial ha debido tener una duración mínima de diez años.

---

[626] STSJ, Cont.-Admtivo., Galicia 16 diciembre 2009 (JUR 2010, 34148); en idéntico sentido, SAN, Cont.-Admtivo., 16 noviembre 2009 (JUR 2009, 482759).
[627] STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 22 julio 2009 (JUR 2009, 382028).

3ª.- Cuando de nulidad matrimonial se trate, el auxilio corresponderá al superviviente al que haya sido reconocida la indemnización prevista en el art. 98 CCiv., siempre y cuando no hubiera contraído nuevas nupcias o constituido pareja de hecho. La pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de la aplicación de los límites ordenados en el apartado precedente (art. 38.3 RD Legislativo 670/1987).

4ª.- La protección abarca también a quien forma una pareja de hecho con el causante en el momento del fallecimiento y acredite unos ingresos --computados los rendimientos de trabajo, de capital y de carácter patrimonial-- durante el año natural anterior inferiores al 50 por 100, sumados los propios y los de su causante, reduciéndose el límite al 25 por 100 en caso de no existir hijos comunes con derecho a pensión; en cualquier caso, la pensión se lucrará cuando los ingresos del beneficiario sean inferiores a 1,5 veces el montante del salario mínimo interprofesional vigente en la fecha del hecho causante, incrementándose en 0,5 puntos por cada hijo común con derecho a pensión de orfandad que conviva con aquél.

A estos efectos, tiene la consideración de pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. Su existencia será acreditada mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público donde conste la constitución de dicha pareja. Tanto la inscripción como el documento público deberán haber tenido lugar con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante (art. 38.4 RD Legislativo 670/1987).

5ª.- La cuantía de la prestación se obtiene aplicando a la pensión de jubilación ordinaria un porcentaje fijo del 50 por 100, reducido al 25 por 100 si el causante hubiera fallecido tras haber sido declarado inútil en acto de servicio (o como consecuencia del mismo) y, además, fuera beneficiario de la correspondiente pensión extraordinaria (art. 39.3 RD Legislativo 670/1987), siendo ésta otra de las diferencias más llamativas si comparado el porcentaje con los previstos en el Régimen General.

6ª.- La extinción de la prestación tiene lugar por el fallecimiento del beneficiario, por contraer matrimonio o constituir pareja de hecho --sin anudar la privación a su validez o subsistencia[628]--, sin perjuicio de las excepciones que reglamentariamente ha dispuesto el art. primero del RD 134/2002, de 1 de febrero (art. 38.5 RD Legislativo 670/1987), o por aparecer el causante o probarse su existencia después de la declaración de fallecimiento (art. 34.3 RD Legislativo 670/1987).

2.- Orfandad

[628] El precepto "no condiciona su aplicación, es decir, la pérdida del derecho a pensión de viudedad, a la validez o subsistencia del segundo matrimonio ni establece una pendencia del derecho en tanto se mantenga el segundo matrimonio, sino que el mero hecho de contraerlo determina de forma automática la pérdida irreparable del derecho a la pensión de viudedad por la muerte de su primer cónyuge", SAN, Cont.-Admtivo., 23 noviembre 2009 (JUR 2009, 482696).

Las especialidades propias de esta pensión son las siguientes:

1ª.- Ostentan el derecho los siguientes beneficiarios:

-- Hijos del causante menores de veintiún años --en el Régimen General han de ser menores de 18 *ex* art. 175.1 LGSS-- y los que hayan sido declarados incapaces para todo trabajo antes de cumplir dicha edad o de la fecha de fallecimiento del funcionario, con independencia de la existencia o no de cónyuge supérstite (art. 41.1 RD Legislativo 670/1987), no siendo suficiente al respecto "que la enfermedad determinante de tal incapacidad se haya padecido con anterioridad a los hitos indicados: antes de cumplir 21 años, o muerte del causante, si no que es necesario que la situación de incapacidad permanente se haya declarado con anterioridad, o se haya producido con anterioridad, aun cuando se determine en un momento posterior, pero se retrotraiga su nacimiento a momentos anteriores a los indicados"[629].

-- Huérfanos que no realicen trabajo lucrativo alguno (sea por cuenta ajena o propia), o desempeñándolo sus ingresos en cómputo anual resulten inferiores al importe del salario mínimo interprofesional aplicable en cada momento; además, han de ser menores de veintidós años o bien de veinticuatro años si en el momento del fallecimiento del causante, o antes del cumplimiento de los veintiún años, no sobrevive ningún progenitor o el huérfano presentara una discapacidad igual o superior al 33 por ciento (art. 41.2.1º RD Legislativo 670/1987).

-- La relación paterno-filial comprende tanto a los hijos matrimoniales como extramatrimoniales y a los naturales y los adoptados legalmente (art. 41.4 RD Legislativo 670/1987), sin que resulte factible ninguna clase de trato desigual entre ellos[630].

-- La situación de huérfano incapacitado o mayor de veintiún años será revisada periódicamente a fin de comprobar la persistencia en tal sujeto de la condición de titular (art. 41.3 RD Legislativo 670/1987).

2ª.- La cuantía se obtiene tomando en consideración las siguientes reglas, que también varían respecto a las aplicables en el Régimen General:

-- Aplicando a la pensión ordinaria de jubilación un porcentaje del 25 por 100 si existiera un único hijo con derecho a la prestación [art. 42.2.a) RD Legislativo 670/1987]; si fueran varios, el tipo se reduce hasta el 10 por 100 por cada uno de ellos [art. 42.2.a) RD Legislativo 670/1987]. En este último supuesto, "las pensiones resultantes se incrementarán en la suma que arroje el prorrateo entre todos los beneficiarios del 15 por 100 de la base reguladora" (art. 42.2 final RD Legislativo 670/1987).

---

[629] SSAN, Cont.-Admtivo., 25 --dos-- enero 2010 (JUR 2010, 49986 y 49989); en términos similares, SSAN, Cont.-Admtivo., 13 julio, 2 noviembre y 14 diciembre 2009 (JUR 2009, 340867, 459291 y 2010, 17454) y SSTSJ, Cont.-Admtivo., Galicia 28 octubre 2009 (JUR 2009, 475696) o 3 febrero 2010 (JUR 2010, 101169).

[630] STCo 200/2001, de 4 de octubre.

-- Cuando el causante hubiera fallecido tras haber sido declarado inutilizado en acto de servicio (o como consecuencia del mismo) y cumpliera los requisitos para acceder a la correspondiente pensión extraordinaria, los porcentajes se reducen al 12,50 por 100, en caso de existir sólo un causahabiente, y al 5 por 100 de existir más de uno, incrementándose a prorrata en un 7,50 por 100 del total (art. 42.3 RD Legislativo 670/1987).

3ª.- La norma establece topes máximos a las pensiones de orfandad. Todas, en conjunto, no pueden superar el 50 por 100 de la pensión ordinaria de jubilación si existe cónyuge supérstite, o el 100 por 100 en caso contrario. Estos porcentajes se minoran al 25 o 50 por 100 si la pensión de jubilación o de retiro fuera extraordinaria (art. 42.4.1º RD Legislativo 670/1987)[631].

Cuando el cálculo de las distintas pensiones presentara un importe conjunto que excediera los límites indicados, procederá reducir proporcionalmente cada una, comenzando por la cuantía prorrateada (art. 42.4.2º RD Legislativo 670/1987). Si fuera necesaria tal minoración, y alguno de los beneficiarios falleciera o perdiera su cualidad para ser titular del derecho, la Administración, de oficio, debe realizar nuevos señalamientos en favor de los causahabientes restantes (art. 42.5 RD Legislativo 670/1987).

4ª.- En caso de que con posterioridad a haber sido reconocida la pensión aparezcan nuevos beneficiarios, las pensiones serán reducidas de oficio si así lo exige la aplicación de los límites reseñados (art. 42.6 RD Legislativo 670/1987); en cambio, el fallecimiento o el cese en la titularidad de uno de los beneficiarios no supone que su parte acrezca la de los demás (art. 42.7 RD Legislativo 670/1987).

5ª.- La percepción de estas rentas es incompatible con el desempeño de cualquier puesto de trabajo en el sector público en los términos señalados en el art. 33.1 RD Legislativo 670/1987 (art. 43.1 RD Legislativo 670/1987), resultando igualmente de aplicación lo dispuesto en el art. 33.3 y 4 de dicho Texto Refundido (art. 43.2 RD Legislativo 670/1987).

6ª.- Las pensiones de orfandad se extinguen por las siguientes causas:

-- Con carácter general, por el cumplimiento de la edad de veintiún años o el fallecimiento del beneficiario.

-- Cuando el huérfano que cumpla los requisitos del art. 41.2.1º RD Legislativo 670/1987 alcanzara la edad de veinticuatro años, salvo que estuviera cursando estudios, manteniendo el derecho al cobro hasta el día primero del mes siguiente del inicio del posterior curso académico. No obstante, en caso de ser mayor de veintiún años y haber

[631] "A la postre, se trata de límites que ponen el acento en el importe de las pensiones de orfandad, y a cuyos efectos parece indiferente que los huérfanos concurran con un cónyuge supérstite o con un excónyuge, pues lo determinante es que exista un beneficiario de la pensión. La regla, por consiguiente, es más perjudicial que en el Régimen General cuando la concurrencia se produce con un excónyuge, porque si se admitiera que la suma de todas las pensiones no puede superar el 100% de la base reguladora, las pensiones de orfandad, en su importe conjunto, podrían superar eventualmente el 50%; sin embargo, la redacción actual del precepto presenta una interpretación literal no fácilmente soslayable", RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, cit., pág. 241.

sido declarado incapaz antes de cumplir los veintidós o veinticuatro años de edad tendrá derecho a pensión de orfandad vitalicia (art. 41.2.2º RD Legislativo 670/1987).

-- Cuando cambien las circunstancias que determinaron la concesión de la pensión para los incapacitados como consecuencia de la revisión de su situación.

-- Cuando el causante haya sido declarado fallecido y reapareciera o se probara su existencia (art. 34.3 RD Legislativo 670/1987).

3.- En favor de los padres

Las principales singularidades de esta pensión son las siguientes:

1ª.- Sus beneficiarios son, indistintamente y sin exclusión entre ambos[632], el padre o la madre del funcionario, con independencia de que el vínculo paterno-filial sea matrimonial o no, natural o legal por adopción plena (art. 44.2 RD Legislativo 670/1987), limitando así el número de favorecidos si comparado con las pensiones en favor de familiares del Régimen General. Además, para causar el derecho deben depender económicamente del causante en el momento de su fallecimiento (art. 44.1.1º RD Legislativo 670/1987), esto es, sus ingresos reales, no los ficticios, no han de superar el salario mínimo interprofesional[633].

El derecho a pensión queda suspendido en caso de existir cónyuge supérstite o hijos del fallecido con derecho a pensión, volviendo a renacer una vez el último de tales beneficiarios haya muerto o haya perdido la aptitud para ser pensionista (art. 44.1.2º RD Legislativo 670/1987), impidiendo, a diferencia de cuanto ocurre con los auxilios en favor de familiares en el Régimen General, su compatibilidad con el reconocimiento de pensiones de viudedad u orfandad por el mismo causante.

2ª.- La cuantía de la prestación se determina aplicando a la pensión ordinaria de jubilación un porcentaje fijo del 15 por 100; o para la extraordinaria por acto de servicio el tipo será del 7,5 por 100 (art. 45.2 RD Legislativo 670/1987).

3ª.- El fallecimiento o el cese en la titularidad de la pensión de cualquiera de los progenitores no implica que su importe acrezca la prestación del superviviente (art. 45.3 RD Legislativo 670/1987).

4ª.- La pensión se extingue por fallecimiento del beneficiario, por aparición de viudo/a o hijos del fallecido con derecho a pensión (art. 37.1 en relación con el art. 44.1 RD Legislativo 670/1987) o por presentarse o probarse la existencia del ausente declarado judicialmente fallecido (art. 34.3 RD Legislativo 670/1987).

X.- Pensiones extraordinarias

Se extienden, al igual que las ordinarias, a las prestaciones por jubilación, viudedad, orfandad y en favor de los padres (art. 47.1 RD Legislativo 670/1987). Son extraordinarias en tanto en cuanto su origen queda situado en una lesión, muerte o

[632] STS, Cont.-Admtivo., 28 febrero 1994 (RJ 1994, 1307).
[633] SJS, núm. 1, Pamplona 13 enero 2000 (AS 2000, 2); en el mismo sentido, SSTS 9 diciembre 1998 (RJ 1998, 10496) y 25 junio 1999 (RJ 1999, 5785).

desaparición producida en acto de servicio o como consecuencia del mismo (art. 19.1 RD Legislativo 670/1987), "introduciendo de este modo la norma un requisito objetivo y alternativo, cual es que el mismo suceda inopinadamente según el previsible y normal curso de los actos específicos propios de una profesión (accidente); o que el hecho dañoso sea debido a un concreto riesgo característico y dominante que por sí y nada más que por ejercer aquella actividad, su práctica está abocada a sufrir el daño (consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado)"[634], circunstancia que, conforme se analizará con detenimiento, va a tener importantes consecuencias en determinados supuestos que se han tornado sumamente conflictivos.

Su régimen jurídico es similar al previsto para las ordinarias, con las siguientes salvedades:

1ª.- Respecto a la delimitación del hecho causante, en la pensión de jubilación o retiro será la incapacidad permanente para el servicio o inutilidad del funcionario derivada de accidente o enfermedad ocurrida en acto de servicio o a consecuencia del mismo. El proceso patológico causante de la inutilidad habrá de constar como adquirido directamente en acto de servicio o como consecuencia inmediata de la naturaleza de la función desempeñada (art. 47.2.1º RD Legislativo 670/1987); "la concurrencia de estos requisitos supone que la 'enfermedad', determinante de la 'incapacidad permanente', guarda íntima relación con el desempeño del 'servicio prestado', es decir, la actividad desarrollada por el interesado, al estar 'en acto de servicio'; actividad que se configura, a los efectos que aquí nos interesan, como causante de la 'enfermedad'; o que tal 'enfermedad' es una 'consecuencia' que se deriva de la propia 'naturaleza del servicio desempeñado'. Mientras la primera tiene carácter extrínseco, exógeno, en relación con la actividad desempeñada, la segunda es intrínseca, al derivar de la 'naturaleza' del servicio desempeñado por el funcionario. Es decir, la primera tiene una aparición en un momento determinado, al producirse en un 'acto de servicio', o como consecuencia del mismo, en cumplimiento de su deber; mientras que la segunda, es ínsita a la naturaleza de la actividad o servicio desempeñado, de la naturaleza de su deber"[635].

2ª.- En las pensiones por muerte y supervivencia --viudedad, orfandad y en favor de los padres-- el hecho causante consistirá en el fallecimiento del causante en acto de servicio o como consecuencia del mismo, ya sea derivado de accidente o enfermedad (art. 47.3.1º RD Legislativo 670/1987).

3ª.- En ambos supuestos será necesario acreditar una "conexión precisa y directa"[636] entre el resultado negativo para la salud o la vida y el trabajo o servicio prestado por el funcionario, es decir, que "la lesión debe haberse producido con motivo o como consecuencia del mismo, precisándose, por lo demás, que la relación de causalidad entre ambos sea próxima e inmediata"[637].

---

[634] SSAN, Cont.-Admtivo., 2 y 30 noviembre y 14 diciembre 2009 (JUR 2009, 475500, 496323 y 2010, 17448) o 8, 15 y 22 febrero y 1 marzo 2010 (JUR 2010, 59967, 82771, 82736 y 90819).

[635] SSAN, Cont.-Admtivo., 10 noviembre y 21 diciembre 2009 (JUR 2009, 475426 y 2010, 34086); en el mismo sentido, SAN, Cont.-Admtivo., 7 diciembre 2009 (JUR 2010, 17503).

[636] SAN, Cont.-Admtivo., 7 mayo 1999 (RJCA 1999, 2914) y STSJ, Cont.-Admtivo., Aragón 10 noviembre 1997 (RJCA 1997, 2604); en términos similares, SAN, Cont.-Admtivo., 22 marzo 2010 (JUR 2010, 112011).

[637] STSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 15 enero 2000 (RJCA 2000, 1290); en otras palabras, "el elemento determinante de la relación de causalidad entre el servicio y la inutilidad proviene, en base a que la enfermedad determinante de la inutilidad permanente ha sido adquirida directamente o como

Juega aquí también una presunción *iuris tantum* en favor del funcionario considerándose producida en acto de servicio la incapacidad o fallecimiento acaecido en el tiempo y el lugar de trabajo (art. 47.4 RD Legislativo 67/1987)[638], debiendo destruir la misma quien alegue lo contrario.

En este sentido, es posible detectar una continua aproximación entre los conceptos de "acto de servicio" y accidente de trabajo, primero mediante la vía indirecta de la jurisprudencia, en tanto los Tribunales del orden contencioso-administrativo han hecho suyos buena parte de los conceptos y principios construidos en la jurisdicción laboral[639], y en segundo lugar a través de su recepción positiva en la legislación sobre Clases Pasivas[640]; sin embargo, aún queda lejos, conforme se va a constatar, la unificación en el tratamiento de ambas instituciones, pues variadas y profundas son todavía las divergencias en las resoluciones judiciales procedentes de dichos órdenes.

A partir de tales premisas, la primera armonización que debería producirse en la materia habría de tener lugar dentro de los dos modelos de protección funcionarial, pues el Mutualismo sí hace referencia a la enfermedad profesional, mientras el de Clases Pasivas no recoge expresamente ni da una definición diferenciada de tal concepto, pudiendo suscitar interpretaciones divergentes en torno a la noción de padecimiento en caso de acto de servicio en uno y otro subsistema[641] y provocar importantes interferencias en el logro de alcanzar cierta seguridad jurídica inherente a cualquier ordenamiento jurídico, lo cual ha sido objeto de acertadas y aceradas críticas por cuanto "no puede existir una acepción de contingencia protegida para el Sistema de Clases Pasivas y otra diferente para la protección Mutualista"[642].

---

consecuencia directa de la naturaleza del servicio desempeñado" [SSAN, Cont.-Admtivo., 28 abril y 5 mayo 2010 (JUR 2010, 162933 y 174585)], esto es, "la causalidad entre accidente y enfermedad y la incapacidad para el servicio ha de ser directa, por lo que no basta con que haya un nexo causal, de cualquier grado, sin precisar significación mediata o inmediata, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, excepto cuando resulten hechos que rompan con total evidencia aquella relación entre actividad funcionarial y padecimiento" [SAN, Cont.-Admtivo., 21 diciembre 2009 (JUR 2010, 25136)].

[638] Sobre su alcance, SAN, Cont.-Admtivo., 8 febrero 2010 (JUR 2010, 59968) y STSJ, Cont.-Admtivo., Murcia 26 febrero 2010 (JUR 2010, 166548).

[639] Como reconoce algún fallo judicial, "ello no debe impedir tomar en consideración aquella doctrina de la Sala de lo Social por cuanto de ella claramente se deduce que los fallos cardíacos, vasculares o circulatorios deben ser reputados 'accidentes' a los efectos de calificarlos en cada caso según proceda como accidente acaecido en acto de servicio o como consecuencia de éste, partiendo de consideraciones trasladables al ámbito contencioso administrativo y más concretamente al Régimen de Clases Pasivas, como lo son su relación consustancial con la actividad laboral, no siendo descartable *a priori* una influencia de los factores laborales en la formación del desencadenamiento de una crisis cardíaca", SSAN, Cont.-Admtivo., 18 septiembre 2009 (JUR 2009, 424478) y 22 febrero 2010 (JUR 2010, 82736).

[640] MARTÍN VALVERDE, A.: "Prólogo", cit., pág. 18.

[641] Así, según algunas resoluciones judiciales, "el concepto de enfermedad del servicio en el ámbito del Régimen de Clases Pasivas es más restrictivo que el de enfermedad profesional en el ámbito del Régimen General de la Seguridad Social, pues son diversas sus consecuencias, y por ello, en el caso de los trastornos de personalidad del interesado no se puede traer a colación la consideración de enfermedad profesional de la Seguridad Social" [SSAN, Cont.-Admtivo., 27 julio 2009 (JUR 2009, 361041) y 8 marzo 2010 (JUR 2010, 101099)] y "tampoco es de aplicación el Reglamento General de Mutualismo Administrativo [RD 843/1976; RD 375/2000], puesto que desarrollan un mecanismo de cobertura [el Mutualismo Administrativo] distinto del Régimen de Clases Pasivas" [SSAN, Cont.-Admtivo., 14 y 21 diciembre 2009 (JUR 2009, 405686 y 2010, 25136)].

[642] TORRENTE GARI, S.: "Acto de servicio y accidente de trabajo; una perspectiva jurisprudencial", *RDS*, núm. 27, 2004, pág. 169.

Además del problema anteriormente apuntado, hay determinados aspectos en los cuales la "evolución del Régimen de Clases Pasivas no se ha producido, en este punto, con la misma velocidad que la del Régimen General"[643], de forma tal que las resoluciones de los Tribunales contencioso-administrativos constriñen el alcance de determinadas presunciones, si comparada con la interpretación de la jurisdicción social. Así, "la regulación de Clases Pasivas del Estado difiere de la normativa sobre Seguridad Social referida, de manera que tampoco se equipara el concepto de 'accidente laboral' con el de 'acto de servicio'... La presunción de laboralidad encaja en la normativa sobre Seguridad Social y por esta razón ha sido interpretada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, pero no es trasladable sin más a esta jurisdicción contencioso-administrativa en la que se trata de examinar la cuestión bajo un aspecto estatuario y no laboral, con regímenes jurídicos diferentes"[644], en consecuencia, y conforme se ha dicho, "se requiere... que el accidente se produzca inopinadamente según el previsible y normal curso de los actos específicos propios de una profesión, o que la enfermedad sea debida a un riesgo característico y dominante del ejercicio de la concreta actividad laboral"[645]; no concurriendo las circunstancias anteriores será el beneficiario quien haya de demostrar de forma fehaciente el indispensable nexo causal[646].

---

[643] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, cit., pág. 210.

[644] STSJ, Cont.-Admtivo., Galicia 24 marzo 2010 (JUR 2010, 184064). De esta manera, "tanto si tenemos presente la LGSS, aprobado por RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, como el texto que le precedió (1974), resulta que el Sistema de la Seguridad Social comprende a los funcionarios públicos y militares (art. 7.1.e), pero considerándose como un régimen especial (art. 10.2.d), lo que implica que se rigen por la Ley o Leyes específicas que se dicten al efecto (art. 10.3). El Régimen de Clases Pasivas del Estado, regulado en el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por RD Legislativo 670/1987, de 30 de abril, constituye uno de los mecanismos de cobertura que componen el Régimen Especial de Seguridad Social. Luego son sus normas específicas las que deben tenerse presentes a la hora de calificar la enfermedad generadora de la incapacidad que determinó la jubilación como ajena al servicio o a consecuencia del mismo, que es lo que verdaderamente se discute en el proceso, sin que, por consiguiente, sirvan de referencia las normas generales contenidas en la LGSS, que quedan desplazadas por aquéllas, al igual que resulta inoperante la jurisprudencia emanada de los Tribunales del Orden Jurisdiccional Social en tanto en cuanto parten de presupuestos jurídicos diferentes", SSAN, Cont.-Admtivo., 2 febrero y 14 y 21 diciembre 2009 (Rec. 52/2007 y JUR 2010, 17439 y 25138); en el mismo sentido, STSJ, Cont.-Admtivo., Castilla y León/Valladolid 25 febrero 2010 (JUR 2010, 145262).
En otras palabras, "debe matizarse que la doctrina expuesta sólo nos conduce a calificar el infarto de miocardio o la cardiopatía sufrida por el hoy recurrente en su lugar de trabajo como accidente laboral si hay prueba de que existe una influencia determinante por las condiciones de trabajo cuya consecuencia ha sido esa enfermedad cardíaca, pero no nos obliga a aceptar la aplicación al ámbito de Clases Pasivas del Estado de la presunción de laboralidad predicable de la normativa sobre Seguridad Social. Al respecto, debe señalarse que la diferencia de trato legislativo entre ambos regímenes jurídicos, uno estatutario y otro laboral, a los que se refiere el propio Texto Constitucional de forma separada, cuando en su art. 35.2 hace mención a los trabajadores y en el art. 103.3 a los funcionarios públicos, posibilitando así la configuración de sus respectivos regímenes jurídicos de forma dispar, sin que ello suponga arbitrariedad o discriminación injustificada entre ambos colectivos, impide la aplicación a los funcionario públicos en materia de Clases Pasivas del Régimen de Seguridad Social previsto para los trabajadores, cuyo régimen jurídico viene dado por el RD Legislativo 670/1987, de 30 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, tal y como prevé su art. 3, viéndose desplazada aquella normativa general por ésta específica", SAN, Cont.-Admtivo., 22 febrero 2010 (JUR 2010, 82736).

[645] SAN, Cont.-Admtivo., 19 abril 2010 (JUR 2010, 163041).

[646] En efecto, "en relación con los criterios hermenéuticos aplicables, ha de advertirse que, en términos generales, tratándose de pensiones ordinarias de Clases Pasivas sería de aplicación el principio de '*in dubio pro beneficiario*' si se tuviesen dudas razonables en puntos concretos de los antecedentes de hecho o de los fundamentos de derecho que condicionan el reconocimiento de una prestación, pero tratándose de pensiones extraordinarias, cuya cuantía es el doble que las pensiones ordinarias, con una legislación específica y más exigente, el referido principio debe atemperarse con otro que dice: '*privilegia sunt*

A partir de semejantes postulados, surgen numerosas controversias por cuanto hace al tratamiento de los accidentes *in itinere*, la consideración como producida en acto de servicio de las enfermedades o defectos agravados por el trabajo, las de naturaleza intercurrente o el papel a jugar en la calificación del suceso de los actos del propio enfermo o un tercero[647].

Respecto a los primeros, la ordenación de Clases Pasivas no contiene una previsión similar a la recogida en el art. 115.2.a) LGSS, de manera que los accidentes acaecidos al ir o volver del lugar de trabajo no pueden dar lugar a una pensión extraordinaria al romperse el nexo causal locativo y temporal directamente ligado al acto de servicio, sin que dicha interpretación suponga la total desprotección del beneficiario habida cuenta de que se trata de sucesos comunes capaces de lucrar un auxilio de naturaleza ordinaria[648]; en consecuencia, "la doctrina sobre accidentes o enfermedades laborables [propia del Régimen General] incluida la consideración del accidente *in itinere*, es inaplicable en el campo funcionarial"[649]. La hermeneusis descrita ha sido declarada perfectamente constitucional por no causar discriminación alguna, al tratarse de normativas diferentes, resultarle de aplicación legislación diversa y quedar incardinados sus litigios en órdenes jurisdiccionales diferentes[650].

En relación a la existencia de dolencias precedentes, los pronunciamientos de las Salas de lo contencioso suelen negar, con carácter general, la relación de causalidad por cuanto "la Administración considera que no existe una única causa de incapacidad... sino que existen otras enfermedades de carácter común que también han contribuido a

---

odiosa, odiosa sunt restringenda' '*privilegia sunt strícti juris, nec extendentur*' que implica la exigencia de especiales requisitos para el reconocimiento y disfrute de estas pensiones extraordinarias y la vigilancia de su cumplimiento, lo que, en el presente caso, significa que las dudas que pudieran existir en torno a si fue accidente o enfermedad lo que motivó la incapacidad para el servicio y cual es la etiología de estos, deban interpretarse con el criterio selectivo antes apuntado", SAN, Cont.-Admtivo., 15 febrero 2010 (JUR 2010, 82771); del mismo parecer, SSAN, Cont.-Admtivo., 21 octubre y 23 diciembre 2009 (JUR 2009, 459336 y 2010, 25119).

[647] En este sentido, "otra cosa son los configurados por derivación o por presunción como accidentes, que son característicos de la evolución de la institución en las normas de la Seguridad Social, lo que sin embargo no ha tenido efecto en el ordenamiento de Clases Pasivas, como sucede con el accidente ocurrido en lugar y horario de trabajo, pero sin relación acreditada con el desempeño de funciones, cual podría ser el caso del infarto, ni tampoco el accidente '*in itinere*', basado en la presunción legal de haber acaecido en el tiempo y lugar de trabajo", SSAN, Cont.-Admtivo., 14 diciembre 2009 (JUR 2009, 17451) y 8 marzo 2010 (JUR 2010, 101099).

[648] STS, Cont.-Admtivo., 29 septiembre 2003 (RJ 2003, 7058) y SAN, Cont.-Admtivo., 21 diciembre 2009 (JUR 2010, 25136).

[649] SAN, Cont.-Admtivo., 9 junio 2004 (JUR 2004, 188572); en términos similares, SAN, Cont.-Admtivo., 13 junio 2005 (JUR 2005, 238576).

[650] SSAN, Cont.-Admtivo., 11 noviembre 2002 (JUR 2003, 25783) y 21 noviembre 2005 (JUR 2006, 9370). En efecto, ello no supone "discriminación o vulneración del principio constitucional de igualdad, pues como indica la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de junio de 1987 existe una diferencia de trato legislativo, no arbitraria, al tratarse de dos regímenes jurídicos distintos, uno estatutario y otro laboral, donde no se dan los mismos derechos y deberes entre uno y otro personal, diferencia reflejada en el propio Texto Constitucional, cuando su art. 35.2 remite a los trabajadores al Estatuto de los Trabajadores y el art. 103.3 remite a los funcionarios al Estatuto de los Funcionarios. En consecuencia, si la distinción entre ambos Regímenes es una opción constitucional lícita del legislador, también lo será la diferencia en los elementos configuradores de los mismos, sin que pueda hablarse de arbitrariedad, por lo que carecen de virtualidad a los efectos pretendidos las alegaciones efectuadas respecto de la LGSS y las decisiones jurisprudenciales que le afectan", SAN, Cont.-Admtivo., 11 noviembre 2002 (JUR 2003, 25780).

esa incapacidad. Y este Tribunal viene a considerar, al igual que la Administración, que la existencia de esa degeneración... no tiene su origen en el accidente en acto de servicio”[651], sino en la acción conjunta de diversas secuelas[652], de manera que “la coetaneidad entre lugar y tiempo de trabajo y la enfermedad es condición necesaria, pero no suficiente para ser considerada enfermedad profesional o causada por la actividad específica del funcionario, de modo que si se demuestra que no solamente en tiempo de trabajo ni, únicamente, en el lugar del trabajo se desarrolla la referida enfermedad, se habrá roto la conexión causal directa trabajo/enfermedad exigida por la Ley”[653]; eso sí, algunos fallos modulan tal hermeneusis y han reconocido el carácter extraordinario de la dolencia cuando la misma “haya sido adquirida como consecuencia ‘directa’ de la naturaleza del servicio desempeñado, existan o no otras causas también directas o indirectas concomitantes, como pudiera ser una eventual especial predisposición de la personalidad del enfermo”[654].

En cuanto hace a la consideración como extraordinario del suceso por la intervención del afectado o de un tercero, y al no jugar similares ampliaciones subjetivas a las recogidas en la LGSS, la jurisprudencia contencioso-administrativa realiza una interpretación menos favorable al funcionario “por cuanto que el criterio que es el exigido por la norma legal para la calificación de la incapacidad como generada en acto de servicio, exige una relación de causalidad directa e inmediata entre el servicio y la lesión o enfermedad incapacitante, lo que significa la ruptura del nexo causal, cuando en la producción de la lesión o enfermedad invalidante intervengan circunstancias subjetivas del lesionado o enfermo, que de modo claro y concluyente determinen su producción”[655].

2ª.- El derecho a estas prestaciones se causará sin necesidad de acreditar ningún período previo de carencia, al no ser necesario tiempo mínimo alguno de prestación de servicios efectivos al Estado (art. 48.1 y 2 RD Legislativo 670/1987). No obstante, los beneficiarios de las pensiones en favor de familiares habrán de cumplir los requisitos de aptitud exigidos por la norma ya analizados (art. 48.2 RD Legislativo 670/1987).

3ª.- Además de las incompatibilidades generales previstas en los arts. 33 y 43 RD Legislativo 670/1987 (art. 48.4 RD Legislativo 670/1987), está prohibido disfrutar

---

[651] SAN, Cont.-Admtivo., 19 abril 2010 (JUR 2010, 163041).

[652] SSAN, Cont.-Admtivo., 20 julio, 28 septiembre, 13 y 19 --dos-- octubre y 14 --dos-- y 21 diciembre 2009 (JUR 2009, 362367, 424347, 444429, 444387, 451944, 2010, 17448, 17451 y 34086) y 8 febrero 2010 (JUR 2010, 59980) y SSTSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 17 --dos-- septiembre 2009 (JUR 2010, 141482 y 141483).

[653] SSAN, Cont.-Admtivo., 14 septiembre 2009 (JUR 2009, 406686) y 1 febrero 2010 (JUR 2010, 60071).

[654] STSJ, Cont.-Admtivo., La Rioja 18 febrero 2010 (JUR 2010, 156140); alcanzando idéntico fallo, SSAN, Cont.-Admtivo., 18 septiembre y 30 noviembre 2009 (JUR 2009, 416412 y 2010, 4174) y STSJ, Cont.-Admtivo., Extremadura 26 noviembre 2009 (JUR 2010, 17673).

[655] SSAN, Cont.-Admtivo., 20 enero y 28 abril 2010 (JUR 2010, 60144 y 162933); aplicando dicha argumentación, SSAN, Cont.-Admtivo., 27 julio, 16 septiembre, 21 --dos-- octubre, 11 noviembre y 14 diciembre 2009 (JUR 2009, 361041, 406649, 459336, 444372, 475405 y 2010, 17439). De esta manera, “la doctrina expuesta solo nos conduce a calificar el infarto de miocardio o la cardiopatía sufrida por el hoy recurrente en su lugar de trabajo como accidente laboral si hay prueba de que existe una influencia determinante por las condiciones de trabajo cuya consecuencia ha sido esa enfermedad cardíaca, pero no nos obliga a aceptar la aplicación al ámbito de Clases Pasivas del Estado de la presunción de laboralidad predicable de la normativa sobre Seguridad Social”, SAN, Cont.-Admtivo., 18 septiembre 2009 (JUR 2009, 424478).

al tiempo una pensión extraordinaria y otra ordinaria cuando hubiera sido solicitada por los beneficiarios con fundamento en hechos causantes similares (art. 50.1 RD Legislativo 670/1987).

4ª.- Para el cálculo de las cuantías de las pensiones en cualquiera de sus modalidades son de aplicación las reglas previstas a la hora de verificar las ordinarias correspondientes, mostrando sólo las siguientes especialidades:

-- Los años completos que faltaran para alcanzar la correspondiente edad de jubilación o de retiro forzoso habrán de ser considerados como de servicios efectivos prestados en el cuerpo, escala, plaza, empleo o categoría en que figura adscrito el causante de los derechos en el momento de producirse la declaración de jubilación o retiro o el fallecimiento (arts. 49.1 y 2 RD Legislativo 670/1987).

-- El haber o haberes reguladores correspondientes se tomarán al 200 por 100 (arts. 49.1 y 2 RD Legislativo 670/1987), conformando, de nuevo, otra singularidad a destacar en relación con el Régimen General y la ordenación de las cuantías en materia de contingencias profesionales.

-- Está prohibido percibir a la vez pensiones extraordinarias causadas en su propio favor (o en el de sus familiares) y cualquier cantidad en concepto de indemnización por el Régimen de Clases Pasivas del Estado o ayuda o subsidio con cargo al crédito presupuestario de este Sistema (art. 49.4 RD Legislativo 670/1987)[656], si bien los Tribunales han considerado parcialmente nulos algunos de los aspectos regulados en este precepto[657].

XI.- Conclusiones: hacia una progresiva simplificación e integración de los Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos

El análisis detallado realizado en las páginas precedentes ha permitido constatar el progresivo acercamiento de los Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos (pues la existencia de dos modelos y varios subsistemas en su seno fuerzan a expresarse en plural) con el Régimen General en numerosos e importantes aspectos. Sin embargo, también se han dejado patentes las inmensas diferencias que separan aquéllos de éste, lo que permite colegir cómo la integración se encuentra aún lejos de ser viable al menos si del corto y el medio plazo se habla.

Por tal razón, resulta necesario, en primer término, proceder a una simplificación y racionalización interna entre Clases Pasivas y Mutualismo Administrativo, unificando, conforme consta, sus divergentes estructura y principios, en una operación destinada a

[656] "Esta prevención ha supuesto la reintroducción [desde el año 1998] en el citado Texto refundido, mediante Ley formal, de la prohibición de abono de indemnizaciones cuando se hayan causado pensiones extraordinarias, como ocurre en el presente caso, en el que al recurrente le ha sido reconocida una pensión extraordinaria de retiro por inutilidad en acto de servicio", SAN, Cont.-Admtivo., 28 abril 2010 (JUR 2010, 162955); sobre los problemas de derecho transitorio en la aplicación de dicha modificación normativa, SSTSJ, Cont.-Admtivo., Madrid 22 y 23 octubre 2009 (JUR 2010, 39182 y 39039) y Andalucía/Granada 8 febrero 2010 (JUR 2010, 185810).

[657] SSTS, Cont.-Admtivo., 12 marzo y 18 julio 2001 (RJ 2001, 1843 y 6919) o SSTSJ, Cont.-Admtivo., Murcia 13 octubre 2001 (JUR 2002, 6440), Cataluña 14 enero 2002 (RJCA 2002, 246) y Madrid 22 octubre 2009 (JUR 2010, 141263).

terminar con esa imagen de descoordinación e inseguridad jurídica que se transmite hoy en día.

Una vez finalizada esta tarea, se estaría en disposición de explorar la posibilidad de dar el siguiente paso --cuyas dimensiones cualitativas y cuantitativas resultan imprevisibles y similares a las de un "tsunami" dados los cambios tan profundos que provocaría-- y sopesar la integración en el Régimen General. Eso sí, la unificación no puede ser total, pues es necesario reflexionar en torno a la conveniencia o no de mantener ciertas especialidades en razón a las peculiaridades inherentes a los quehaceres de los servidores públicos, sobre todo por lo que hace a las disposiciones sobre pensiones extraordinarias, las aportaciones de los funcionarios, el tratamiento de la vejez o, por no seguir, la asistencia sanitaria y la incapacidad temporal.

Asimismo, resulta imprescindible concretar como conviene una ordenación transitoria, a pesar de las dificultades que ello pueda ocasionar, con el fin de respetar los derechos adquiridos y en curso de adquisición de cuantos hayan accedido a este Régimen antes de la integración, a fin de no vulnerar sus expectativas y causarles importantes perjuicios; se trata esta última de una fórmula no extraña en este contexto, pues numerosos son los ejemplos de continuidad en la aplicación de normativa modificada o derogada por otra más moderna, si bien es necesario perfeccionar los instrumentos que extienden la vigencia en el tiempo de las previsiones eliminadas del tráfico jurídico, a fin de evitar, tal y como ocurre en la actualidad, la existencia de una gran panoplia de supuestos excepcionales con un régimen sumamente complejo y cuya delimitación resulta harto complicada dada la maraña de disposiciones que lo regulan, de manera que el intérprete no tiene absoluta certeza sobre cuál de las sucesivas alteraciones aplicar, originando una amplia litigiosidad.

A partir de semejante esquema, cabe apuntar los siguientes ámbitos en los cuales actuar de manera inmediata con el fin de proceder a la simplificación y racionalización de estos Regímenes Especiales, a saber:

1º.- Una refundición de la normativa sobre Clases Pasivas que unifique tantos cambios acaecidos desde el año 1987 y recoja en un texto actualizado todas y cada una de sus previsiones; sin embargo, la labor no puede quedarse en lograr un compendio de preceptos, sino que ha de pretender objetivos más ambiciosos tendentes a modernizar y acompasar a los tiempos recientes la protección social de este colectivo.

Este fenómeno de inflación normativa todavía es más acusado si del Mutualismo Administrativo se trata, pues a la innovación "casi vertiginosa" y al prolongado descuido del legislador en la elaboración de sus disposiciones, es necesario añadir también una miríada de circulares, resoluciones o instrucciones de los Entes Gestores, muchas veces no publicadas oficialmente, que complican en exceso el régimen jurídico de las diferentes iniciativas que componen la acción protectora del Mutualismo, proporcionando un marco de gran oscuridad y confusión, necesitado de urgente corrección.

Todo ello podría tomar cuerpo mediante la promulgación de un único ejemplar, (reunificando los cuatro más importantes de la actualidad), capaz de englobar, siguiendo el esquema del Régimen General, todas las contingencias, situaciones protegidas y prestaciones a que tienen derecho los empleados públicos, recogiendo los principios

comunes y dejando para el desarrollo reglamentario la ordenación detallada de cuantas peculiaridades fueran menester en razón de la vinculación funcional del empleado.

2º.- De ser realizada, la tarea precedente permitiría una mayor concreción y certeza en la delimitación del ámbito subjetivo de la protección social de este colectivo al regular en una sola norma los incluidos y excluidos en su seno, eliminando las descoordinaciones presentes en el momento contemporáneo entre Clases Pasivas y Mutualismo Administrativo. También permitiría abrir el debate sobre el listado actual y reflexionar en torno a qué colectivos han de permanecer bajo su marco de cobertura y cuáles no, así como acomodar las disposiciones a la realidad de los cuerpos funcionariales del siglo XXI.

3º.- Uno de los aspectos donde mayores complicaciones puede encontrarse el legislador radica en la simplificación de las estructuras gestoras de los Regímenes Especiales de los Funcionarios Públicos, pues muchos son los órganos administrativos llamados a actuar y no solo en cada uno de los modelos de manera diferenciada, sino también dentro de ellos.

Así, tal y como se ha constatado, en materia de Clases Pasivas son diferentes las unidades encargadas de declarar determinadas situaciones, reconocer el auxilio, abonarlo y certificar el tiempo de servicios, en especial por cuanto hace a la jubilación o retiro, causando en más ocasiones de las deseadas retrasos en la tramitación y resolución del expediente y complicaciones burocráticas indeseadas para el beneficiario, abocándole a acudir a los Tribunales en defensa de sus intereses.

Esta crítica todavía se hace más patente en el caso del Mutualismo Administrativo, pues es gestionado por tres Entidades diferenciadas cada una con sus peculiaridades organizativas y con una estructura interna propias: Mutualidad de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE) --dependiente del Ministerio de Presidencia--, Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) --adscrita al Ministerio de Defensa-- o Mutualidad General Judicial (MUGEJU) --vinculada al Ministerio de Justicia--.

En esta materia, sí que resulta imprescindible y aconsejable tomar como modelo el Régimen General y adaptarlo, *mutatis mutandis*, a la realidad funcionarial, creando una sola entidad encargada de la tramitación, reconocimiento y pago de las prestaciones, y otra para atender cuantas funciones fueran recaudatorias y de gestión económica del sistema, con el fin de garantizar la unidad del mismo.

4º.- Bajo una marcada impronta de naturaleza contributiva, en los Regímenes Especiales de Funcionarios aparece clara la desconexión entre los ingresos de activo y los haberes reguladores, en la medida que las retribuciones básicas del funcionario (sueldo, pagas extraordinarias y antigüedad) dejan de ser el parámetro sobre el cual calcular primero la cotización y después las prestaciones, creándose al efecto unas bases tarifadas, genéricas y no individuales. Consecuencia de lo anterior es la inferior contribución, tanto por parte del empleado público como de la propia Administración, en comparación con los trabajadores y empresarios incluidos en los restantes Regímenes que integran el Sistema español. Una vez más, esta circunstancia dificulta la equiparación total, pues de ser pretendida supondría una elevación exponencial de las cuotas a ingresar, gravando de manera importante tanto los fondos del Estado como el

patrimonio del funcionario, política nada aconsejable en una situación de crisis global como la actual.

5º.- Las sustanciales divergencias aquí puestas de manifiesto, como meros trazos, entre Clases Pasivas y Mutualismo Administrativo llevan a los autores de estos dos Capítulos a tratar la racionalización de las diferentes prestaciones de manera separada para cada ámbito, pues ya no se trata tanto de integrar, al encontrarse con carácter general perfectamente separadas al dispensar cada modelo las suyas propias, como de introducir los oportunos cambios en aras a acomodar su Régimen a las necesidades actuales de los servidores públicos y analizar la viabilidad de su aproximación al Régimen General.

A.- El sistema de protección social de los funcionarios públicos (sean civiles del Estado, miembros de las Fuerzas Armadas o personal al servicio de la Administración de Justicia) no comprende (ni en el marco de Clases Pasivas ni en el del Mutualismo Administrativo) la prestación por desempleo, dada la estabilidad en el desempeño de su trabajo, garantizada por el incuestionado derecho al cargo (art. 14 EBEP).

B.- Atendiendo a su vocación universal como derecho de la ciudadanía, el diseño de la prestación de asistencia sanitaria en los Regímenes Especiales de Funcionarios viene a coincidir en lo sustancial con lo previsto para el resto de los trabajadores en cuanto a su objeto, contenido y alcance, si bien cabe destacar como especialidad fundamental su peculiar modalidad de disfrute, pues ésta será facilitada por la Mutualidad correspondiente, bien directamente o por concierto con otras entidades o establecimientos públicos o privados y preferentemente con instituciones de la Seguridad Social, atribuyéndose la opción al beneficiario.

C.- La prestación farmacéutica en los Regímenes Especiales de Funcionarios comprende las fórmulas magistrales, las especialidades y los efectos y accesorios sanitarios, con la extensión reconocida a los beneficiarios del modelo común. Ahora bien, mientras en este último se abona el 40 por 100 del valor de los fármacos por quienes están en activo, en el ámbito de las Mutualidades el importe ha sido fijado, con carácter general, en el 30 por 100 del precio de venta al público del producto prescrito, tanto para los mutualistas en situación de actividad como para los jubilados, quienes no tienen reconocida la gratuidad de la prestación farmacéutica.

D.- Para los colectivos analizados, la contingencia de incapacidad temporal para el servicio comprende, al igual que en el Régimen General, las situaciones de enfermedad o accidente (incapacidad temporal real) y los denominados períodos de observación en caso de dolencia profesional (incapacidad temporal presunta), pero las Mutualidades no intervienen en su gestión del mismo modo que lo hace el INSS, sino que se limitan al pago del subsidio cuando proceda, pues no son competentes a efectos de declaración y reconocimiento de la situación, la cual deriva de la concesión de la licencia correspondiente por el órgano administrativo competente en materia de personal.

También son distintos los derechos económicos inherentes a esta prestación, siendo el tratamiento disímil no sólo frente al Régimen General sino incluso entre los tres subsistemas especiales, a saber:

Dentro del ámbito de MUFACE, el funcionario percibirá: a) durante los primeros tres meses, la totalidad de las retribuciones básicas y de las retribuciones complementarias en la misma cuantía que le correspondería en cada momento en su puesto de trabajo si no se encontrase en situación de incapacidad temporal; b) a partir del cuarto mes, y mientras dure dicha situación, las retribuciones básicas que le corresponderían en cada momento en su puesto de trabajo si no se encontrase en incapacidad temporal, la prestación por hijo a cargo --en su caso--, y un subsidio a cargo de MUFACE, de cuantía fija e invariable, que será la mayor de las siguientes cantidades, bien el 80 por 100 de las retribuciones básicas (sueldo, trienios y grado, en su caso) incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria, correspondientes al tercer mes de licencia, bien el 75 por 100 de los emolumentos devengados en el tercer mes de licencia.

En cambio, si se trata de funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de ISFAS o de MUGEJU, éstos tendrán derecho a percibir la totalidad de sus derechos económicos con cargo a la Administración para la que prestan servicios durante los tres (o seis si se trata de un funcionario de Justicia) primeros meses. A partir del cuarto mes (o del séptimo para los funcionarios de la Administración de Justicia), esta prestación consistirá en las retribuciones básicas, las prestaciones por hijo a cargo --en su caso-- y un subsidio por incapacidad temporal a cargo de ISFAS (sólo para el personal civil --pues el militar y la Guardia Civil seguirán percibiendo íntegramente su retribución--) o MUGEJU, según se trate, cuya cuantía fija e invariable mientras perdure será la mayor de las dos cantidades siguientes: el 80 por 100 de las retribuciones básicas, incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria correspondiente al primer mes de licencia o el 75 por 100 de las retribuciones complementarias devengadas el primer mes de asueto, sin que, en ningún caso, el importe a percibir pueda exceder al de las percepciones que el funcionario tuviera la primera mensualidad de licencia.

E.- La ordenación de la pensión de jubilación o retiro presenta numerosas y sustanciales diferencias en Clases Pasivas si comparada con el Régimen General; a este respecto, cabe mentar los siguientes aspectos de interés:

-- El ejercicio del derecho pasa de estar configurado con una naturaleza voluntaria (en el Régimen General) a una forzosa (para los funcionarios) habida cuenta de que el cumplimiento de la edad provoca automáticamente la declaración de jubilación o retiro, si bien el ordenamiento español permite prolongar la prestación de servicios hasta los setenta años y establecer algunos supuestos especiales en los cuales la edad ordinaria no queda fijada en sesenta y cinco años.

-- Los supuestos de jubilación voluntaria son menos complejos que en el modelo común, aun cuando puede concurrir una mayor heterogeneidad con el solo hecho de atender a un buen número de disposiciones legales con previsiones específicas al respecto para ciertos colectivos; además no suponen la aplicación de coeficiente reductor alguno.

-- Una de las materias donde las diferencias son más amplias acaece en la consideración de jubilado por parte de quien haya sido declarado incapacitado permanente para desarrollar la totalidad de las funciones inherentes de su cuerpo, escala, plaza o carrera, no presentando esta contingencia un tratamiento propio y separado del retiro por vejez.

Sin embargo, la conclusión anterior debe ser matizada, pues en la práctica la definición del hecho causante en este supuesto ha provocado una importante litigiosidad a la hora de delimitar cuándo la lesión o el proceso patológico son lo suficientemente graves para generar el auxilio. Al respecto, los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa han otorgado una escasa relevancia a las definiciones sobre los grados de incapacidad recogidas en el Régimen General y en el Mutualismo Administrativo, prefiriendo jugar con los términos de intensidad, permanencia en el tiempo, irreversibilidad de las lesiones e imposibilidad de prestar totalmente servicios. La utilización de conceptos jurídicos tan indeterminados impide la construcción de categorías generales, estando abocados al casuismo y a la consideración de las circunstancias presentes en cada supuesto concreto, adquiriendo una posición central los informes del EVI --provistos de la presunción *iuris tantum* de legalidad y certeza--, a fin de determinar o no la incapacidad como causante de la jubilación.

-- Las modalidades de jubilación anticipada y parcial se encuentran menos desarrolladas en el marco de la función pública que en el Régimen General, quizás porque alguna de las fórmulas ensayadas en este último tengan difícil encaje en el primero, en atención al peculiar empleador implicado en el vínculo.

-- Para causar el derecho no son tan importantes los períodos cotizados como los servicios efectivos al Estado y, por ello, la norma delimita de manera clara y lo más precisa posible las actividades que tienen tal consideración y los órganos encargados de certificarlos. A partir de tal esquema, la base para calcular la cuantía no tiene una relación directa con las retribuciones de los funcionarios, sino que se encuentra tarifada y fijada genéricamente como haberes reguladores; asimismo, la escala con los porcentajes a aplicar a éstos presentan un patrón sustancialmente diferente al Régimen General, fruto de la utilización de criterios ciertamente divergentes para su determinación final.

F.- Las prestaciones por muerte y supervivencia exteriorizan un régimen prácticamente idéntico en el Régimen General y en Clases Pasivas, pues las reformas acaecidas en el primero han sido incorporadas también al segundo, de manera que la integración en este aspecto va a resultar bastante sencilla por estar prácticamente hecha, y buena muestra de ello es que el propio RD Legislativo 670/1987 remite en esta materia no a su propio desarrollo sino al procedente de la LGSS.

Eso sí, es posible constatar, pese al proceso de armonización, algunas peculiaridades para los funcionarios, principalmente las tres siguientes: para lucrarlas no es necesario acreditar período alguno de prestación de servicios efectivos al Estado por el causante; el cálculo de la base reguladora, por su vinculación con la pensión de vejez en clases pasivas, no aparece conectada con las cotizaciones del fenecido; los porcentajes a aplicar para el cálculo del auxilio son distintos; en fin, la delimitación subjetiva y la compatibilidad de las prestaciones en favor de familiares es menos extensa en Clases Pasivas que en el Régimen General, de manera que se reduce el número de beneficiarios que pueden acceder en el primero de los sistemas.

G.- Una de las instituciones dotada de una ordenación más peculiar en el marco de la protección funcionarial es la regulación de cuanto podría asemejarse a las contingencias profesionales en el modelo común, esto es, las pensiones extraordinarias.

En efecto, cuando el suceso o proceso patológico haya ocurrido en acto de servicio o como consecuencia del mismo, el haber regulador para calcular el auxilio se tomará al 200 por 100, sin necesidad de tener que acreditar período alguno de prestación de servicios efectivos al Estado.

Semejante tratamiento privilegiado ha llevado a la jurisdicción contencioso-administrativa a interpretar de manera estricta los conceptos de accidente y enfermedad, exigiendo una conexión precisa y directa entre el resultado para la salud o la vida y el quehacer desempeñado por el funcionario. La aplicación de tal hermeneusis ha provocado un vasto distanciamiento entre los criterios utilizados por dicho orden y el social a la hora de hacer jugar las presunciones de laboralidad del acontecimiento lesivo, causando, entre otras, las siguientes consecuencias fundamentales: los accidentes *in itinere* no dan lugar a pensión extraordinaria al quedar roto el nexo causal locativo y temporal vinculado al acto de servicio, lucrando eso sí auxilios ordinarios; la existencia de dolencias previas o enfermedades concomitantes llevan a los fallos a considerar la ausencia de tan peculiar prestación, salvo que la patología ligada al quehacer del servidor fuera la causante directa de la incapacidad o fallecimiento; en fin, las circunstancias subjetivas del lesionado o la participación de un tercero presentan gran relevancia en la negación del régimen privilegiado, pues se interpreta en la mayor parte de los casos cómo su concurrencia quiebra la relación de causalidad.

En fin, a la vista de las pinceladas anteriormente reseñadas a modo de conclusiones principales, sería necesario diseñar una secuencia progresiva y sosegada, “sin prisa pero sin pausa” como aconseja el refranero popular, marcada por dos pasos sucesivos; aun cuando los autores puedan ser tildados de reiterativos, la importancia del tema hace obligado volver a ponerlos de manifiesto:

-- En primer lugar, establecer un único modelo de protección social para los funcionarios capaz de incorporar los cuatro subsistemas existentes, terminando con la dispersión normativa y la complejidad subjetiva obrante en la actualidad.

-- En segundo término, y una vez finalizado este proceso, las nuevas generaciones de funcionarios estarían en condiciones de quedar plenamente integrados en el Régimen General, si bien dicho encuadramiento debería venir acompañado de dos actuaciones de imperativo cumplimiento: de una parte, adecuar o flexibilizar la ordenación jurídica del modelo común para atender con el rigor que merecen las peculiaridades de los incorporados; de otra, tutelar como conviene los derechos adquiridos o en curso de adquisición de los servidores que hayan accedido a la función pública antes de la armonización, para lo cual puede mantenerse el sistema de Clases Pasivas y su complementario el Mutualismo, como fórmulas protectoras a extinguir a través de las oportunas previsiones transitorias.

El objetivo final resulta claro en estos momentos del discurso: conseguir de forma progresiva la ansiada coordinación interna y su deseable unificación a un nivel superior.

XII.- Bibliografía

ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, 7ª ed., Madrid (Tecnos), 1991.

COMAS BARCELÓ, A.: “La posible integración de los Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos en el Régimen General”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008.

DOLZ LAGO, M.J.: “Nota sobre la problemática de la reducción del haber regulador, a efectos pasivos, en los funcionarios con régimen de jornada reducida por tiempo igual o superior a un año, en especial, la situación de los profesores universitarios con dedicación a tiempo parcial”, *TS*, núm. 88, 1998.

-- *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: *Incumplimientos empresariales de los actos de encuadramiento y responsabilidad de las mutuas*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2007.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: “Capítulo 15.4. Regímenes Especiales de los Funcionarios Públicos”, en AA.VV.: *Factbook de Seguridad Social*, 5ª ed., Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2008.

GONZÁLEZ BERNAL, J.: “Si no existieran las ‘clases pasivas’ habría que inventarlas”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008.

GONZALO GONZÁLEZ, B. y NUÑO RUBIO, J.L.: *Seguridad Social de los funcionarios públicos en España*, Madrid (Marcial Pons), 1997.

MARTÍN VALVERDE, A.: “Prólogo”, a la obra de RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, Cizur Menor (Thomson/Aranzadi-Instituto Asturiano de Administración Pública), 2008.

MARTÍNEZ BARROSO, Mª.R.: “La jubilación o retiro del empleo público. Entre la voluntariedad y el carácter forzoso”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, núm. 13,2009.

RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y servidores públicos*, Cizur Menor (Thomson/Aranzadi-Instituto Asturiano de Administración Pública), 2008.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Los regímenes especiales de los funcionarios públicos: situación actual y perspectivas”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008.

TORRENTE GARI, S.: “Acto de servicio y accidente de trabajo; una perspectiva jurisprudencial”, *RDS*, núm. 27, 2004.

CAPÍTULO V.- LA INTEGRACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL AGRARIO EN LOS REGÍMENES DE AUTÓNOMOS Y GENERAL

José Gustavo Quirós Hidalgo
TU Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Integración de los trabajadores agrarios por cuenta propia en el RETA. 1.- Ámbito de aplicación del Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agrarios. 1.1.- Requisitos subjetivos. 1.2.- Requisitos objetivos. 1.3.- Inscripción, afiliación, altas y bajas en el Sistema Especial. 2.- Cotización. 3.- Acción protectora. III.- Integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el RG. 1.- Actual ámbito de aplicación del REA. 1.1.- Ámbito objetivo. 1.1.1 Actividades incluidas. A) Delimitación positiva. B) Delimitación negativa. 1.1.2.- Ejercicio de la actividad agraria de forma habitual y como medio fundamental de vida. 1.2.- Ámbito subjetivo. 1.2.1.- Inclusiones expresas. 1.2.2.- Exclusiones expresas. 1.3.- Posible ámbito de aplicación del futuro Sistema Especial de Trabajadores por cuenta ajena agrario" del RG. 2.- Actos de encuadramiento. El censo. 2.1.- Inscripción. 2.2.- Exclusión. 3.- Cotización. 3.1.- Por contingencias comunes. 3.2.- Por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. 3.3.- Fondo de Garantía Salarial. 3.4.- Cotización conjunta para la cobertura por desempleo. 3.5.- Cotizaciones del Servicio Público de Empleo. 3.6.- Reglas particulares sobre incapacidad temporal y vacaciones. 4.- Acción protectora. 4.1.- Asistencia sanitaria. 4.2.- Incapacidad temporal. 4.3.- Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural. 4.4.- Incapacidad permanente. 4.5.- Lesiones permanentes no invalidantes. 4.6.- Jubilación. 4.7.- Muerte y supervivencia. 4.8.- Prestaciones familiares. 4.9.- Desempleo. 4.9.1.- Desempleo de trabajadores fijos. 4.9.2.- Subsidio de trabajadores eventuales de Andalucía y Extremadura. 4.9.3.- Renta activa de inserción y renta agraria para eventuales de Andalucía y Extremadura excluidos del subsidio. 4.9.4.- Prestación contributiva de trabajadores eventuales. 4.9.5.- Protección por desempleo en el Sistema Especial. IV.- Bibliografía.

I.- Introducción

La Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social, supuso el tránsito de un Sistema de seguros sociales a otro de Seguridad Social caracterizado por la existencia de una pluralidad de Regímenes Especiales, entre los cuales se encontraba el Agrario (Base 3ª.11). Tras la Ley 38/1966, de 31 de mayo, y la Ley 41/1970, de 22 de diciembre, los referentes legales aún hoy vigentes --al menos parcialmente, y con numerosas modificaciones y derogaciones-- vienen dados por el Decreto 2123/1971, de 23 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen Especial agrario de la Seguridad Social, y por el Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, su Reglamento de desarrollo[658].

Con su creación, dos cuestiones de diversa naturaleza encontraron respuesta. De un lado, dotar al trabajador agrario de una cobertura social ante las posibles contingencias que pudieran acaecer en un entorno productivo singular, marcado por la

[658] Una más completa visión de la evolución histórica de la protección social en el trabajo agrario en HIERRO HIERRO, F.J.: *El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, Cizur Menor (Aranzadi), 2005, págs. 35 y ss.

temporalidad, la influencia de las inclemencias metereológicas, la polarización de la mano de obra en trabajadores por cuenta propia y ajena --y en este supuesto, tanto fijos como eventuales-- o la difícil aplicación técnica de las reglas instrumentales existentes en el Régimen General de la Seguridad Social (en adelante, RG) sobre afiliación, altas, bajas y cotizaciones. Por otra parte, y en un plano puramente político, atender a las circunstancias demográficas, sociales, económicas y culturales presentes en el sector[659].

A pesar de lo afirmado, la propia Ley de Bases, tanto en su Exposición de Motivos como en su Base 3ª.11, definía como objetivo principal la implantación de un modelo unitario e integrado de protección social, con una base financiera de reparto, gestión pública y participación del Estado en la financiación. Por tal motivo, y sin perjuicio de la pervivencia de antiguos sistemas de cotización alejados de los salarios reales, la idea de simplificar e integrar los numerosos Regímenes de la Seguridad Social siempre ha estado presente.

Por cuanto hace al Régimen Especial Agrario (en adelante, REA), tras más de cuarenta años cabe afirmar que el objetivo está sólo parcialmente alcanzado. Las dificultades encontradas en el camino recorrido --y en el que queda por andar-- no han sido exclusivamente de carácter técnico, sino también financiero, pues junto a las exiguas cotizaciones empresariales y obreras los recursos económicos debían recurrir a la valiosa e ineludible fuente de la aportación del RG (pudiendo alcanzar hasta un máximo equivalente al 7 por 100 de sus ingresos anuales, excluidos los correspondientes a contingencias profesionales) y en la contribución del Estado consignada en sus Presupuestos Generales (arts. 37, 45 y 46 Decreto 2123/1971)[660], de tal forma que la reducida proporción entre la población agraria activa y pasiva, la baja presión contributiva y la revalorización de las pensiones mínimas impedían al Sistema prolongarse indefinidamente[661]. Además, ha resultado determinante el cambio radical experimentado en las circunstancias que presidieron su ordenación, al haber sufrido el campo una notable transformación y evolución que lo acerca a la realidad urbana gracias a la incorporación de capital, a la mecanización, al uso de métodos y técnicas de explotación y producción industrializados y a la menor presión demográfica derivada de la despoblación[662], sin olvidar tampoco el destacado papel jugado por las políticas de apoyo al sector --y, en general, a las zonas rurales-- impulsadas por las Administraciones Públicas nacionales y comunitarias[663].

A la hora de analizar las manifestaciones y posibilidades de ese proceso unificador en relación con el REA, es preciso partir de la dualidad tradicionalmente prevista en su normativa reguladora, en la medida que hasta fechas recientes integraba

---

[659] HIERRO HIERRO, F.J.: "La integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General. (Algunas propuestas de regulación del previsible Sistema Especial)", *Foro de Seguridad Social*, núm. 8, 2008, págs. 82 y 83.

[660] Por extenso, GÓMEZ ÁLVAREZ, M.A. y LÁZARO ARAUJO, L.: "El régimen especial agrario de la Seguridad Social, su financiación", *Revista de Estudios Agrosociales*, núm. 138, 1986, págs. 75-119 o HIERRO HIERRO, F.J.: *El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, cit., págs. 237 y ss.

[661] Sobre la cuestión, DESDENTADO BONETE, A.: "El futuro del Régimen Especial Agrario: un largo adiós", *AL*, T. I, 2008, págs. 30 y ss.

[662] GARCÍA ROMERO, B.: "La integración de los trabajadores agrarios por cuenta propia en el Régimen Especial de trabajadores autónomos", *Foro de Seguridad Social*, núm. 8, 2008, pág. 93.

[663] HIERRO HIERRO, F.J.: "La integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General. (Algunas propuestas de regulación del previsible Sistema Especial)", cit., pág. 84, citando a BRUFAO CURIEL, P.: *Subvenciones agrarias, desarrollo rural y medio ambiente*, Granada (Comares), 2007, págs. 194 y ss.

tanto a asalariados como a autónomos y las no pocas medidas adoptadas no pasaban de suponer una desvertebración o descomposición de la ordenación básica y fundacional. Sin embargo, a partir del Acuerdo de 20 de octubre de 2005, sobre Encuadramiento y Cotización a la Seguridad Social de los Trabajadores Agrarios por cuenta propia, y el Acuerdo de 13 de julio de 2006, sobre Medidas en Materia de Seguridad Social, la intervención legislativa ha observado un impulso significativo para unos y otros.

En este sentido, y atendiendo al esquema seguido en las páginas de este Capítulo, cabrá examinar en primer lugar la Ley 18/2007, de 4 de julio, que procedió a integrar a los trabajadores por cuenta propia del REA en el RETA, sin perjuicio de mantener determinadas peculiaridades a través de un Sistema Especial instituido en su seno, que en definitiva ha permitido acentuar la contributividad y lograr una mayor proporcionalidad entre el esfuerzo de cotización y el nivel de protección.

En segundo término, y por cuanto hace a los trabajadores por cuenta ajena agrarios (pendientes de su unificación, aún a pesar de las iniciales intenciones de llevarlo a efecto en 2009 y sin perjuicio de recientes modificaciones legales de indudable cariz unificador), los interlocutores sociales han previsto igualmente la creación de un Sistema Especial bajo dos premisas bien definidas --pero nada sencillas de conciliar--, como son las de equiparar la acción protectora a la del RG (manteniendo ciertas peculiaridades del complejo entramado de prestaciones por desempleo existentes en la actualidad) y la de establecer un régimen de cotización con bonificaciones y reducciones que evite un incremento de los costes capaz de limitar la competitividad y el empleo de las explotaciones agrarias.

Como conclusión anticipada, el resultado a corto o medio plazo puede ser el de una eliminación más teórica que real de este Régimen Especial, pues las notables especialidades de los Sistemas Especiales (para trabajadores por cuenta propia en el RETA y ajena, en su momento, en el RG; algunas de ellas transitorias, otras no), van a seguir permitiendo hablar durante mucho tiempo de un "largo adiós" al REA[664].

II.- Integración de los trabajadores agrarios por cuenta propia en el RETA

Como consta, la Ley 18/2007 procedió a integrar a los trabajadores por cuenta propia del REA en el RETA igualando la protección social entre autónomos agrarios y autónomos en sentido estricto pero estableciendo, ante las aún presentes singularidades de su actividad económica, mecanismos específicos de cotización y algunas peculiaridades adicionales para cuantos cumplan los requisitos objetivos y subjetivos que determinan su inclusión en el Sistema Especial *ad hoc*[665]. A juicio del órgano consultivo especializado, "se trata de un modelo equilibrado, en la medida en que la equiparación con las condiciones que rigen el RETA, en especial el aumento de las contribuciones al Sistema, se llevará a cabo con la suficiente gradualidad y, sobre todo, tomando en consideración las especificidades de ese colectivo, cuya renta media es bastante inferior a la del conjunto..., lo que redundará en un incremento de las

[664] DESDENTADO BONETE, A.: "El futuro del Régimen Especial Agrario: un largo adiós", cit., pág. 37.
[665] HIERRO HIERRO, F.J. y CARDENAL CARRO, M.: "Una primera aproximación a la Ley 18/2007, de 4 de julio: hacia la definitiva racionalización y simplificación del Sistema de la Seguridad Social", *AS*, núm. 9, 2007, pág. 3.

prestaciones que reciban en el futuro"[666], así como en una mejora y modernización de las explotaciones agrarias y en un incentivo para la incorporación de mujeres y jóvenes[667].

1.- Ámbito de aplicación del Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agrarios

Desde el 1 de enero de 2008, el REA excluye de su ámbito de aplicación a los trabajadores por cuenta propia, quedando únicamente conformado por quienes presten servicios bajo una relación de ajenidad y dependencia. En este sentido, la disposición derogatoria única, apartado c), Ley 18/2007, dejaba sin vigor todos los preceptos referidos a los trabajadores por cuenta propia contenidos en el Decreto 2123/1971. Al tiempo, y como consta, éstos pasan a quedar integrados en el RETA, motivo por el cual les resultará de aplicación la normativa vigente en cada momento, a la cual procede remitir.

No obstante, implementa dentro del propio RETA un Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agrarios destinado a quienes de aquéllos cumplan determinados requisitos subjetivos y objetivos, resultando beneficiados con unas especiales y más favorables reglas de cotización, siempre atendiendo al objetivo de garantizar la viabilidad del sector agro-pecuario y el desarrollo rural o, en palabras de su Exposición de Motivos, "impulsar, desde la perspectiva de la Seguridad Social, la modernización de las explotaciones agrarias y su adecuación a las exigencias actuales del sector".

Así las cosas, todos los que antes de 1 de enero de 2008 fueran trabajadores por cuenta propia en el REA pasaron sin más y a partir de esa fecha a este nuevo Sistema Especial creado en el RETA, por cuanto sus requisitos de encuadramiento --que inmediatamente se verán-- quedaron configurados de forma mucho más flexible que los que determinaban su inclusión en el REA, de tal forma que, si cumplían antes estos, cumplirían ahora aquéllos. Por otra parte, la Ley 18/2007 contempló un régimen transitorio desde el 1 de agosto hasta el 31 de diciembre de 2007 para que quienes estaban afiliados al RETA por aplicación del Decreto 118/1975, de 2 de mayo --por haber quedado en su momento excluidos del REA debido, se insiste, a la estricta delimitación de su campo de aplicación-- pero cumplieran los nuevos condicionantes, pudieran también efectuar el tránsito[668]. En fin, el agrario por cuenta propia que desde

---

[666] CES: *Sobre el Anteproyecto de Ley por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*, Madrid (CES), 2006, pág. 3.

[667] CAVAS MARTÍNEZ, F. y GARCÍA ROMERO, B.: "La reforma del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social", *TL*, núm. 94, 2008, pág. 215.

[668] En concreto, la disposición transitoria 1ª Ley 18/2007 permitió a esos trabajadores que a la fecha de la entrada en vigor de la norma (1 de agosto de 2007) se hallaban encuadrados en el RETA y reunían los requisitos contenidos en la nueva redacción que la disposición final 1ª daba a los arts. 2.b) y 3 Decreto 2123/1971 (idénticos a los fijados en el Sistema Especial) pudieran optar, en el plazo de seis meses, por causar baja en el RETA e, inmediatamente después, alta en el REA, para pasar así el 1 de enero de 2008 al nuevo Sistema Especial del RETA; al respecto, HIERRO HIERRO, F.J. y CARDENAL CARRO, M.: "Una primera aproximación a la Ley 18/2007, de 4 de julio: hacia la definitiva racionalización y simplificación del Sistema de la Seguridad Social", cit., págs. 8 y 9; GARCÍA ROMERO, B.: "La integración de los trabajadores agrarios por cuenta propia en el Régimen Especial de trabajadores autónomos", cit., págs. 101 y ss. o CAVAS MARTÍNEZ, F. y GARCÍA ROMERO, B.: "La reforma del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social", cit., págs. 215 y ss.

aquella data no encuentre amparo en el ámbito del Sistema Especial, vendrá obligado a su afiliación al RETA sin particularidad alguna[669].

En cualquier caso, como cabrá apreciar a partir de lo expuesto en los siguientes apartados, el campo de aplicación del Sistema Especial difiere en grado sumo de la vetusta delimitación que las normas del REA mantienen aún hoy para los trabajadores por cuenta ajena agrarios, basada en un confuso concepto de labores agrarias y en su consideración como actividad habitual y medio fundamental de vida.

1.1.- Requisitos subjetivos

El art. 2 Ley 18/2007, adecuando la normativa de protección social de los agricultores al resto de disposiciones reguladoras de la actividad agraria, en especial a la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, configura el ámbito subjetivo de aplicación del nuevo Sistema Especial, determinando que quedarán incluidos en el mismo los trabajadores agrarios por cuenta propia mayores de 18 años que reúnan los siguientes requisitos:

1.- Ser titulares, en condición de propietario, arrendatario, aparcero o cesionario[670] u otro análogo de las fincas o elementos materiales de una explotación agraria[671], y obtener al menos el 50 por 100 de su renta total de la realización de actividades agrarias u otras complementarias, siempre que, además, se den dos condiciones adicionales: que la parte de renta procedente de la actividad realizada en su explotación no sea inferior al 25 por 100 de su renta total, y que el tiempo de trabajo dedicado a actividades agrarias o complementarias de las mismas suponga más de la mitad de su trabajo total.

2.- Que los rendimientos anuales netos obtenidos de la explotación agraria por cada uno de sus titulares no superen la cuantía equivalente al 75 por 100 del importe, en cómputo anual, de la base máxima de cotización establecida en cada momento en el RG.

3.- Realizar las labores agro-pecuarias de forma personal y directa en las explotaciones agrarias, lo cual no impide ocupar a trabajadores por cuenta ajena, siempre y cuando no sean más de dos fijos o, sin tope de eventuales agrarios, de 546 jornales satisfechos en un año computado de fecha a fecha. La restricción debe ser aplicada con carácter general a cualquier explotación, pero si existiera más de un titular dado de alta en el RETA, por cada uno adicional cabrá añadir un trabajador fijo más o, siendo eventuales, 273 jornales anuales. Además, como medida tendente al rejuvenecimiento del sector, la disposición adicional 3ª Ley 18/2007 permite incluir a los hijos del titular menores de 30 años de edad aun cuando convivan con él, si bien -- en evitación del fraude-- prohíbe en tales casos (y hasta esa edad) la cotización por

---

[669] AA.VV. (MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., Dirs. y Coords.): *Tratado Práctico de Derecho de la Seguridad Social. Volumen II*, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2008, pág. 1074.

[670] A pesar del término empleado, no procede amparar algo ya rechazado por los Tribunales cuando consideraban título insuficiente la adjudicación administrativa, STS, Cont.-Admtivo., 23 noviembre 1992 (RJ 1992, 9381) o STSJ Andalucía/Málaga 23 junio 2000 (AS 2000, 2503).

[671] Recoge así lo que disponía el art. 7 Decreto 3772/1972, pues lo fundamental es que se ejerza "la actividad agraria organizando los bienes y derechos integrantes de la explotación con criterios empresariales y asumiendo los riesgos y responsabilidades civil, social y fiscal que puedan derivarse de la gestión de la explotación", STS, Cont.-Admtivo., 25 enero 1993 (RJ 1993, 1010).

desempleo y, en consecuencia, el acceso a la correspondiente cobertura[672]. Con esta medida, desde luego, el legislador permite una mayor rentabilidad de las explotaciones y una mayor competitividad y ocupación en el sector, poniendo fin al común y clásico reproche de prohibir la contratación (*ex* art. 5.3 Decreto 3772/1972), "lo cual originaba la salida del REA por parte del empleador y su incorporación al RETA"[673].

También podrán quedar incorporados en igual condición al Sistema Especial el cónyuge y los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive (en lugar del tercero, en virtud de los arts. 1.3.e ET y 7.2 LGSS) del titular de la explotación agraria que cumpla las anteriores exigencias, siempre y cuando no tengan la consideración de trabajadores por cuenta ajena, sean mayores de 18 años y realicen la actividad agraria de forma personal y directa, siendo aquél responsable subsidiario de las obligaciones relativas a la afiliación, alta, baja y comunicación de variaciones de datos (art 40.2 RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, en redacción dada por el RD 1382/2008, de 1 de agosto), así como la de cotizar (art. 43.1 RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, tras la corrección efectuada por el RD 1382/2008). En cualquier caso, esta inédita y permisiva inclusión de familiares favorece --de nuevo-- el rejuvenecimiento del sector y el acceso de la mujer a una protección social propia.

En definitiva, aun cuando la Ley 18/2007 sigue recurriendo en parte a criterios utilizados tradicionalmente para la configuración del campo de aplicación del REA --habitualidad y medio fundamental de vida, que tantos pronunciamientos judiciales requirieron para discernir un puro dato de encuadramiento--, supera sin embargo "su obsolescencia e indefinición al dotarlos de un contenido más preciso, concretándolos en magnitudes contables --de tiempo y rentabilidad-- de más fácil verificación, lo que supone la adecuación de su regulación a la nueva realidad del campo español y viene a favorecer de un modo significativo el desempeño de la pluriactividad. No obstante, el mantenimiento de estos requisitos, pese a la mejora apuntada, supone igualmente que se continúe restringiendo la entrada de determinados grupos de sujetos en el campo de aplicación del Sistema Especial para trabajadores por cuenta propia agrarios, con la consiguiente exclusión de los beneficios derivados de una menor cotización social que facilitan la modernización de las explotaciones agrarias a aquellas personas que no tienen unos vínculos estrechos con la actividad agro-pecuaria o que poseen recursos económicos suficientes para soportar mayores cargas sociales"[674].

1.2.- Requisitos objetivos

Junto a los condicionantes de naturaleza subjetiva, la Ley 18/2007 delimita un ámbito objetivo propio al concretar las actividades que dan lugar a la inclusión, reformulando extensamente el que había sido durante cuarenta años campo objetivo de

[672] A estos efectos, el RD 1382/2008 modificó el art. 40 RD 84/1996, de tal forma que no exige la genérica declaración prevista en su apartado primero sobre afiliación y alta de familiares para estos menores de 30 años, si bien es preciso hacer constar tal circunstancia al solicitar el alta por cuenta ajena.
[673] GARCÍA ROMERO, B.: "La integración de los trabajadores agrarios por cuenta propia en el Régimen Especial de trabajadores autónomos", cit., pág. 96.
[674] HIERRO HIERRO, F.J. y CARDENAL CARRO, M.: "Una primera aproximación a la Ley 18/2007, de 4 de julio: hacia la definitiva racionalización y simplificación del Sistema de la Seguridad Social", cit., pág. 4.

aplicación del REA, y que dio lugar igualmente a multitud de interpretaciones, precisiones y correcciones jurisprudenciales. En concreto, el apartado 2 del art. 2 Ley 18/2007, corrigiendo levemente la Ley 19/1995, es el encargado de definir el concepto de explotación agraria, disponiendo al efecto que se trata del "conjunto de bienes y derechos organizados por su titular en el ejercicio de la actividad agraria, y que constituye en sí misma una unidad técnico-económica", pudiendo añadir que queda integrada por "bienes inmuebles de naturaleza rústica y cualesquiera otros que son objeto de aprovechamiento agrario permanente; la vivienda con dependencias agrarias; las construcciones e instalaciones agrarias, incluso de naturaleza industrial, y los ganados, máquinas y aperos, integrados en la explotación y afectos a la misma, cuyo aprovechamiento y utilización correspondan a su titular en régimen de propiedad, arrendamiento, derechos de uso y disfrute e incluso por mera tolerancia de su dueño. Asimismo, constituyen elementos de la explotación todos los derechos y obligaciones que puedan corresponder a su titular y se hallen afectos a la explotación" (art. 2.3 Ley 19/1995).

A partir de la anterior regla general, el propio precepto legal (art. 2, párrafo 2º Ley 18/2007) enumera y delimita, en aras a evitar dudas sobre el correcto encuadramiento, una serie de "actividades complementarias" igualmente incluidas, como son las de formar parte, como consecuencia de elección pública, en instituciones de carácter representativo, así como en órganos de representación sindical, cooperativa o profesional, siempre y cuando estén vinculados al sector agrario; las tareas de transformación (incluyendo tanto la primera como la segunda o sucesivas, excluidas estas últimas en la versión aún subsistente para los trabajadores agrarios por cuenta ajena) y venta directa de los productos de la explotación (conforme ya adelantó la Ley 19/1995 a partir del año 1999); en fin, las relacionadas con la conservación del espacio natural y protección del medio ambiente, al igual que las turísticas, cinegéticas y artesanales realizadas en la explotación agraria. De todas formas, el listado no ha de ser entendido de forma taxativa y excluyente, por cuanto la generalidad del concepto antes aludido permite una amplia diversificación y la inclusión de cualesquiera otras actividades conexas a la explotación agraria, tales como las relativas a investigación científica o innovación técnica, aun cuando en el proceso legislativo se rechazó una redacción más prolija y detallada.

1.3.- Inscripción, afiliación, altas y bajas en el Sistema Especial

El art. 2.4 Ley 18/2007 establece la obligación de los interesados de presentar, en el momento de solicitar su incorporación al Sistema Especial, declaración justificativa de la acreditación de los requisitos expuestos (modelo TA.0521/7), condicionando la validez a la posterior comprobación por parte de la TGSS de su concurrencia efectiva y remitiendo para concretar la forma y los plazos a observar a un anunciado desarrollo reglamentario (disposición final 2ª), especialmente urgente para solventar la duda sobre cómo efectuar los cálculos referidos a los dos primeros requisitos subjetivos (rentas y rendimientos).

En este sentido, el art. 2.1 Ley 18/2007 vino a ser precisado por la disposición adicional 16ª Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Mantenimiento y el Fomento del Empleo y la Protección de las Personas Desempleadas, estableciendo a tal fin que la comprobación del correcto encuadramiento podrá utilizar "la media simple de las rentas totales y de los rendimientos anuales netos de los tres

ejercicios económicos inmediatamente anteriores", lo que en cierta medida supone un criterio corrector tendente a evitar un constante cambio entre el Sistema Especial y el RETA para quienes oscilaran por estrecho margen entre uno y otro.

Además, el RD 1382/2008, de 1 de agosto, había añadido con anterioridad un nuevo art. 47 bis al RD 84/1996, encargado de precisar todo lo atinente a la solicitud de afiliación, altas --iniciales o sucesivas-- y bajas en el Sistema Especial, que atienden --en principio-- a las reglas generales expresadas en el art. 46 RD 84/1996, si bien la solicitud de quien estuviera de alta en el RETA surtirá efectos desde el día primero del mes siguiente a su presentación. No cabe olvidar, además, que la mención ha de ser ampliada a la inscripción como empresario, procedente cuando el trabajador agrario autónomo "ocupe trabajadores por cuenta ajena en las labores agrarias determinadas en las normas reguladoras del campo de aplicación de dicho Régimen, sea con el carácter de propietario, arrendatario, aparcero u otro concepto análogo" (art. 10.2 RD 84/1996), en cuyo caso resultará aplicable sin mayores excepciones el Capítulo II del Título II RD 84/1996.

La petición formal habrá de ir acompañada por la documentación que acredite la titularidad de una explotación agraria y por la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio anterior (salvo cuando no estuviera obligado a realizarla y cuando se trate de inicio de actividad)[675]. La labor de comprobación a efectuar por la TGSS, que incide en los aspectos económicos y subjetivos de la actividad y reconoce implícitamente la dificultad para exigir con veracidad la nota de habitualidad, atiende a las siguientes reglas:

-- De conformidad con lo previsto en los arts. 36.6 LGSS y 95.1.c) Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, las Administraciones Tributarias suministrarán a la TGSS con periodicidad anual información sobre las declaraciones del IRPF para determinar la renta total y la renta o el rendimiento de la actividad agraria, utilizando a tal efecto lo que por tales conceptos entiende el art. 5 Orden de 13 de diciembre de 1995, dictada en desarrollo del art. 16.1 y disposición final 6ª Ley 19/1995.

-- La base máxima de cotización en el RG utilizada para calcular el tope máximo de los rendimientos de la actividad agraria será la vigente en el ejercicio económico en el cual la comprobación es realizada.

-- La TGSS verificará periódicamente el número de trabajadores por cuenta ajena fijos (incluidos los discontinuos) que figuren en alta al servicio de los incluidos en el Sistema Especial, así como el número de jornales satisfechos por los eventuales.

Realizadas las tareas de control, la Entidad Gestora pudiera constatar el incumplimiento inicial o sobrevenido de las exigencias establecidas, lo que determinará la exclusión de oficio del Sistema Especial. En el primer supuesto, surtirá efectos desde el día de la incorporación condicionada; para el segundo, el 1 de enero del año siguiente

[675] "Esta participación activa del interesado persigue un doble objetivo: la presentación de aquellos documentos para los que la Administración pudiera tener una mayor dificultad de acceso y la agilización de la evaluación inicial sobre el cumplimiento de los requisitos", HIERRO HIERRO, F.J. y CARDENAL CARRO, M.: "Retoques y modificaciones en los RRDD 84/1996, 2064/1995, 1415/2004 y 1993/1995 para su adaptación a las Leyes 18 y 20/2007: (notas sobre el nuevo Sistema Especial de la seguridad Social)", *AS*, núm. 13, 2008, pág. 3.

por dejar de reunir los requisitos de renta y rendimiento o el primer día del mes siguiente por contar con trabajadores por cuenta ajena más allá de los límites permitidos.

Por su parte, la baja podrá ser actuada a instancia del trabajador, desplegando sus consecuencias en los mismos términos temporales que en el supuesto anterior, y el plazo para ingresar las cuotas devengadas y no ingresadas será el señalado en el art. 56.1.c.5 RD 1415/2004, por el que se aprueba el Reglamento General de recaudación de la Seguridad Social, apartado añadido por RD 1382/2008 y que otorga como fecha límite "el último día del mes siguiente al de la presentación de la respectiva solicitud".

2.- Cotización

Sin perjuicio de remitir a la exposición efectuada sobre el RETA para cuantos trabajadores por cuenta propia agrarios queden allí incluidos, las singularidades reconocidas a los encuadrados en el Sistema Especial aparecen contenidas en el art. 3 Ley 18/2007[676], debiendo adelantar que el "coste de esta diferencia de trato financiera no se compensa con aportaciones estatales [al menos, en principio] y, por tanto, será asumido por el RETA en su conjunto"[677].

a) Respecto de las contingencias comunes, de cobertura obligatoria, si el trabajador optara como base de cotización por la mínima vigente en cada momento en el RETA, el tipo queda fijado en el 18,75 por 100; en cambio, si eligiera una superior, sobre ese exceso adicional se aplicará el porcentaje general estipulado para el RETA (29,80 por 100 o, sin incapacidad temporal, 26,50 por 100, art. 14.1 Orden TIN 25/2010).

Tan ventajoso régimen debe ser completado con la disposición adicional 1ª Ley 18/2007, que, con la expresa intención de incentivar la incorporación a la actividad agraria de mujeres y jóvenes, introduce una bonificación para el cónyuge y los descendientes del titular de la explotación con 40 años de edad o menos, consistente en la reducción del 30 por 100 de la cuota mínima (18,75 por 100 de la base más baja prevista). El mentado beneficio también alcanza a quienes hubieran sido beneficiarios de las reducciones reconocidas en la disposición transitoria 2ª y disposición derogatoria única, apartado b, Ley 18/2007 (reducción de cuotas a favor de determinados familiares del titular de la explotación agraria incorporados al REA entre el 1 de agosto de 2007 y el 31 de diciembre del mismo año, y reducción de cuotas de las personas que sean cotitulares de explotaciones agrarias --disposición adicional 49ª Ley 30/2005--, respectivamente). En uno y otro caso, existen dos notas comunes: de un lado, tienen una duración máxima de cinco años computados desde la fecha de efectos de la obligación de cotizar, debiendo descontar el período disfrutado con anterioridad al 1 de enero de 2008; de otro, resultan incompatibles con las bonificaciones contenidas en la

[676] "De las posibles proyecciones que permite el legislador para la habilitación del Sistema Especial, como puede ser el encuadramiento, la afiliación, y la forma de cotización o recaudación, se opta como se ve en exclusiva por la cotización", GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: "Los regímenes especiales agrario y de trabajadores del mar ante el proceso de reforma de la estructura de la Seguridad Social", en AA.VV.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada (Comares), 2008, pág. 441.

[677] DESDENTADO BONETE, A.: "El futuro del Régimen Especial Agrario: un largo adiós", cit., pág. 35.

disposición adicional 35ª LGSS para quienes se incorporen al RETA tras la entrada en vigor del Estatuto del Trabajo Autónomo.

b) Por cuanto hace a la prestación económica por incapacidad temporal por enfermedad común o accidente no laboral, de cobertura voluntaria al amparo de la disposición adicional 3ª.3 LETA, el tipo imputable a la cuantía completa de la base de cotización del interesado será el mismo previsto para el RETA por tal concepto (fijado expresamente en el 3,30 por 100 por el art. 15.1.b Orden TIN/25/2010)[678]. La regla, aparentemente sencilla e inocua, ha sido desarrollada por el nuevo art. 47.bis.4 RD 84/1996 (introducido por el art. 1.seis RD 1382/2008), el cual remite al art. 47.3 de dicha norma para regular la forma, plazos y efectos tanto de la opción como de una posterior renuncia, sin perjuicio de introducir las siguientes peculiaridades:

-- Si al solicitar la inclusión en el Sistema Especial el trabajador ya estuviera de alta en el RETA y tuviera cubierta dicha contingencia (por ser genéricamente obligatoria desde el 1 de enero de 2008 *ex* disposición adicional 3ª.1 LETA, salvo cuando la tenga protegida por razón de su pluriactividad, y específicamente en tal supuesto cuando tenga la condición de económicamente dependiente o la cobertura de las contingencias profesionales resulte preceptiva por su mayor riesgo de siniestralidad, art. 47.3 RD 84/1996), podrá renunciar en su solicitud, surtiendo efectos desde el día primero del mes siguiente a la presentación o, si en dicho momento se encontrara en situación de incapacidad temporal, al alta médica.

-- De no haber hecho uso de tal facultad y quedar posteriormente excluido del Sistema Especial e incluido en el RETA, su cobertura será ineludible desde la fecha de efectos de la baja, salvo de poder generar el derecho en virtud de la actividad realizada en otro Régimen de la Seguridad Social.

Como fácilmente cabe deducir, el mantenimiento para el Sistema Especial de la opción por la cobertura de la incapacidad temporal, desterrada ya en el RETA, aun cuando otorga un trato diferente para ambos colectivos y contribuye escasamente al objetivo de profundizar la convergencia de Regímenes, ha de quedar justificada por el hecho de no fijar mayores cargas sociales para quienes presentan claras limitaciones de renta[679].

c) En fin, aun cuando la disposición adicional 3ª.3 LETA parece establecer la voluntariedad absoluta para la cobertura de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en el Sistema Especial, como bien aclara el art. 47.bis.5 RD 84/1996 deviene imprescindible "respecto a las contingencias de invalidez y muerte y

---

[678] En tanto dicha disposición adicional establece que "la cobertura de la incapacidad temporal y de las contingencias profesionales seguirán siendo de cobertura voluntaria", algunos autores han defendido que "existe una notoria imprecisión técnica, pues en el REA siempre ha sido obligatoria la cobertura de los riesgos profesionales cuando éstos dan derecho a pensión (prestaciones por muerte y supervivencia, incapacidad permanente), y si lo que se pretende es mantener la situación de procedencia, la voluntariedad de aseguramiento en el flamante Sistema Especial para los Trabajadores Agrarios por Cuenta Propia habrá de entenderse referida a la incapacidad temporal cualquiera que sea el origen, común o profesional, de esta contingencia", CAVAS MARTÍNEZ, F. y GARCÍA ROMERO, B.: "La reforma del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social", cit., pág. 221.

[679] HIERRO HIERRO, F.J. y CARDENAL CARRO, M.: "Retoques y modificaciones en los RRDD 84/1996, 2064/1995, 1415/2004 y 1993/1995 para su adaptación a las Leyes 18 y 20/2007: (notas sobre el nuevo Sistema Especial de la seguridad Social)", cit., pág. 6.

supervivencia", sin perjuicio de proteger voluntariamente las restantes, posibilidad abierta siempre y cuando el cotizante hubiera optado también por incluir la prestación económica por incapacidad temporal; no obstante, de estar incluido simultáneamente en el RETA por la realización de otra actividad diversa, determinando ello la protección obligatoria de estas contingencias profesionales, estará obligado a la cobertura tanto de de aquélla como de éstas.

En cualquier caso, sobre la base elegida para las comunes, resultará operativa la tarifa de primas vigentes (disposición adicional 4ª Ley 42/2006, en la actual versión ofrecida por la Ley 26/2009), con una excepción y otra matización:

-- Respecto a la primera, cuando la incorporación al Sistema Especial lo hubiera sido desde el REA y la cobertura por las contingencias profesionales no fuera total, la cuota aplicable por invalidez y muerte y supervivencia será del 1 por 100 (art. 15.2 Orden TIN/25/2010); en sentido contrario, para cuantos accedan *ex novo* y opten por esa protección profesional mínima y obligatoria, entrarán en la regla general enunciada.

-- Como precisión, de haber elegido la preceptiva cobertura parcial (con independencia de que procediera o no del REA), deberá efectuar una cotización adicional a aquella que le corresponda tasada en el 0,1 por 100, destinada a financiar las prestaciones derivadas del riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural (art. 15.3 Orden TIN/25/2010).

3.- Acción protectora

Como no podía ser de otro modo, la integración de los trabajadores agrarios por cuenta propia en el Sistema Especial del RETA supone disfrutar de todas sus prestaciones y en los mismos términos, condiciones y extensión que cualquier otra persona incluida. Conviene precisar, no obstante, la repercusión de las cotizaciones satisfechas con anterioridad en el REA, a cuyo efecto la disposición adicional 3ª RD 1382/2008 ofrece las siguientes reglas:

-- Esas aportaciones se entenderán efectuadas en el RETA, teniendo plena validez tanto para perfeccionar el derecho como para determinar la cuantía de las prestaciones. No obstante, si parte de esas cotizaciones anteriores en el REA hubieran sido simultáneas con otras en el RETA, sólo servirán para determinar la base reguladora de las prestaciones, sin que su suma pueda superar la máxima vigente en ese momento en el RETA.

-- Las prestaciones causadas a partir del 1 de enero de 2008 por quienes, como consecuencia de su integración en el REA como trabajadores por cuenta propia, resulten pensionistas de dicho Régimen, se regirán por las normas del RETA.

III.- Integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el RG

A diferencia de cuanto ocurre para el colectivo anterior, los trabajadores agrarios por cuenta ajena siguen estando encuadrados en el REA y, por lo tanto, sometidos a una regulación manifiestamente obsoleta e inadecuada con los aludidos cambios económicos, sociales y demográficos experimentados en el sector agrario español y su mercado de trabajo, motivo por el cual aquélla ha requerido una ingente interpretación

jurisprudencial. No obstante, su futura integración en el RG viene constituyendo desde hace tiempo un objetivo pendiente, desde el Pacto de Toledo de 1995, pasando por otros acuerdos posteriores[680], hasta el Acuerdo de 13 de julio de 2006, sobre Medidas en Materia de Seguridad Social, el cual preveía la culminación del proceso para el 1 de enero de 2009, plazo claramente incumplido[681]. No conviene olvidar, sin embargo, que algunas normas han iniciado ya el camino, como la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, y el RD 864/2006, de 14 de julio, para la mejora del sistema de protección por desempleo de los trabajadores agrarios, encargadas de equiparar prestaciones, como pone de manifiesto la disposición adicional 8ª LGSS, o la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, por cuanto hace a la cotización.

El mentado Acuerdo, sin precisar los criterios a utilizar, concibió esa unificación mediante la articulación de un Sistema Especial que permitiera avanzar en la efectiva equiparación de las prestaciones para los trabajadores y que evitara un incremento de costes perjudicial para la competitividad y el empleo de las explotaciones agrarias[682], todo ello en un período transitorio de entre quince y veinte años, partiendo de los tipos de cotización existentes e incorporando bonificaciones y reducciones para incentivar la estabilidad en el empleo y la mayor duración de los contratos. Asimismo, pretendía aportar soluciones concretas para determinados subsectores específicos, períodos de inactividad o modificaciones de encuadramiento con perniciosos efectos para la protección social del colectivo. A tal efecto, quedó constituido un grupo de trabajo formado por la Administración, las organizaciones más representativas de empleadores agrarios y las Federaciones Agroalimentarias de CCOO y UGT, lo cual ha dado como resultado varios documentos de trabajo a considerar[683].

En definitiva, la integración de los trabajadores por cuenta ajena del REA en el RG, se llevará a cabo mediante la creación de un Sistema Especial, delimitando los sujetos incluidos, equiparando la protección social --sin perjuicio de mantener algunas peculiaridades-- y estableciendo un régimen de cotización inferior, así como otras singularidades respecto de los actos de encuadramiento[684], todo ello teniendo en cuenta que "las mejoras habidas en todos estos años no han afectado con igual intensidad a todos los sectores agrarios, conviviendo en la actualidad dos tipos de agricultura: una, la moderna, que con unas técnicas de cultivo intensivas y la inversión de capitales ha conseguido reproducir y emular las condiciones de productividad y rentabilidad de las

---

[680] Al respecto, sobre el *iter* desarrollado, HIERRO HIERRO, F.J.: "La integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General. (Algunas propuestas de regulación del previsible Sistema Especial)", cit., págs. 85-88.

[681] La integración afectará a un colectivo no poco numeroso, pues aun cuando en claro descenso a fecha de agosto de 2010 existían 772.000 trabajadores agrarios por cuenta ajena en el censo, según datos extraídos del Ministerio de Trabajo e Inmigración, en su Informe sobre "Afiliados ocupados a la Seguridad Social de agosto de 2010".

[682] GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: "Los regímenes especiales agrario y de trabajadores del mar ante el proceso de reforma de la estructura de la Seguridad Social", cit., pág. 441.

[683] Por ejemplo y entre otros, Federaciones Agroalimentarias de UGT y CCOO: "Integración de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General y protección social" o COAG: "Propuesta para una protección social justa de agricultores y ganaderos".

[684] En opinión de algunos autores, la Orden de 30 de mayo de 1991, que regula los Sistemas Especiales de frutas y hortalizas e industria de conservas vegetales, dentro del RG, podría servir de criterio orientador en cuanto a altas, bajas, régimen de cotización y de prestaciones, CAVAS MARTÍNEZ, F. y GARCÍA ROMERO, B.: "La reforma del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social", cit., pág. 223.

empresas industriales y de servicios en el sector agrario; y, otra, la tradicional, que mantiene las características propias del trabajo en el campo: la dependencia de la tierra y de sus tiempos y la alternancia de períodos de actividad intensivos con períodos de inactividad, esto es, una agricultura ni tecnificada ni industrializada", pero que implica "valores intangibles como la atención del medio ambiente, la salvaguardia de los espacios naturales, el equilibrio territorial o el mantenimiento de las culturas y de las tradiciones"[685].

Así pues, procede abordar en las siguientes páginas el estudio de la actual regulación del REA para, como punto de partida, ofrecer las posibilidades del futuro Sistema Especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios a crear en el RG, aludiendo a su ámbito de aplicación, cotización, actos de encuadramiento y prestaciones.

1.- Actual ámbito de aplicación del REA

Por el momento, deben seguir encuadrándose en el REA como trabajadores por cuenta ajena, "todos los trabajadores españoles, cualquiera que sea su sexo y estado civil, que en forma habitual y como medio fundamental de vida realicen labores agrarias, sean propiamente agrícolas, forestales o pecuarias, dentro del territorio nacional" (arts. 2 Decreto 2123/1971 y 2 Decreto 3772/1972).

1.1.- Ámbito objetivo

La determinación del ámbito objetivo de este Régimen Especial gira en torno a la determinación de lo que por labores agrarias deba entenderse, así como a la necesidad de que constituyan una actividad habitual y medio fundamental de vida del sujeto, en lo que sin duda supone una referencia a la agricultura tradicional.

1.1.1.- Actividades incluidas

Con carácter general, el art. 8 Decreto 3772/1972 considera como labores agrarias "las que persigan la obtención directa de los frutos y productos agrícolas, forestales o pecuarios".

A) Delimitación positiva

De forma específica el art. 8.2 Decreto 3772/1972 menciona determinadas tareas cuya inclusión queda supeditada a la condición de recaer "única y exclusivamente, sobre frutos y productos obtenidos directamente en las explotaciones agrícolas, forestales o pecuarias, cuyos titulares realicen las indicadas operaciones individualmente o en común mediante cualquier clase de agrupación", incluidas las cooperativas (art. 8.3 Decreto 3772/1972)[686], debiendo remitir para sus socios trabajadores a las peculiaridades contempladas en la disposición adicional 4ª LGSS y a su normativa reguladora[687].

---

[685] HIERRO HIERRO, F.J.: "La integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General. (Algunas propuestas de regulación del previsible Sistema Especial)", cit., págs. 88 y 92.
[686] STS 25 julio 1995 (RJ 1995, 6721) y STS, Cont.-Admtivo., 13 febrero 1998 (RJ 1998, 1554).
[687] Por extenso, LÓPEZ GANDÍA, J.: "Las cooperativas agrarias y el campo de aplicación de la Seguridad Social", *TS*, núm. 15, 1992, págs. 9 y ss., "Cooperativas y Seguridad Social", *RL*, T. II, 2000, págs, 433 y ss. o *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del derecho del trabajo*, Valencia

Las labores contempladas en el Decreto 3772/1972 son aquéllas que exceden de la mera obtención de los productos y alcanzan a momentos posteriores, pero que pueden considerarse integrados en aquella primera fase[688]:

-- "Las de almacenamiento de los referidos frutos y productos en los lugares de origen".

-- "Las de su transporte a los lugares de acondicionamiento y acopio", siempre y cuando las labores recaigan exclusivamente sobre elementos obtenidos directamente en las propias explotaciones[689]. De esta manera, se considera incluida, por ejemplo, la corta, pela, troce y arrastre de árboles sin actividad industrial ulterior[690].

-- "Las de primera transformación que reúnan las condiciones siguientes": por una parte, "que constituyan un proceso simple que modificando las características del fruto o producto y sin incorporación de otro distinto lo convierta, ya sea en bien útil para el consumo, ya sea en elemento susceptible de experimentar sucesivos tratamientos"; por otra, "que el número de horas de trabajo que se dedique a estas labores desde que se inician las de primera transformación sea inferior a un tercio del que se dedicó a las labores agrarias anteriores para obtener la misma cantidad de producto". En definitiva, sólo tienen cabida en el concepto aquellas actividades complementarias a la obtención directa[691], tanto si realizadas de forma individual como en común, incluida la organización en cooperativas[692]; por el contrario, quedarán excluidas cualesquiera modalidades asociativas dedicadas a realizar trabajos agrarios y, al tiempo, otras tareas como la distribución y comercialización de los productos[693].

(Tirant lo Blanch), 2006 y MORGADO PANADERO, P.: "Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del derecho del trabajo", *AL*, T. II, 2002, págs. 565 y ss.

[688] STS 26 septiembre 1997 (RJ 1997, 6400).

[689] STS 26 abril 1993 (RJ 1993, 3367).

[690] Resoluciones DGSS de 25 de mayo y 21 de septiembre de 1974 y de 28 de enero de 1975; Circulares TGSS núms. 3-017, de 20 de abril de 1989, y 5-001, de 10 de enero de 1994, o STS, Cont.-Admtivo., 25 enero 1993 (RJ 1993, 1010).

[691] Por ejemplo, han merecido tal calificativo la elaboración de aceite llevada a cabo por una cooperativa que explota una almazara para la molturación de la aceituna obtenida en los olivares de los propios socios [STSJ Madrid 15 febrero 1991 (AS 1991, 1388)] o, en similares circunstancias, cuando se trata de elaborar vino [STSJ Castilla y León/Burgos 24 julio 1991 (AS 1991, 4384)]; igualmente, la fabricación de sustrato orgánico de champiñón cuando constituye una fase de la actividad principal de cultivo de dicho producto realizada por la misma persona, no en cambio si las labores se limitan a la obtención de aquel producto (Resolución de la Dirección General de Régimen Jurídico de 20 de agosto de 1986).

[692] STS, Cont.-Admtivo., 4 julio 1997 (RJ 1997, 5549).

[693] Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, de 8 de septiembre de 1995. A modo de muestra, no se consideran primera alteración las actividades de una sociedad agraria de transformación dedicada a la elaboración, comercialización y venta de vino [STSJ Castilla-La Mancha 25 marzo 1999 (AS 1999, 1323)], la fabricación de piensos [STSJ Cataluña 29 mayo 1992 (AS 1992, 2895)], la manipulación y envasado de frutos obtenidos por otros [STS 21 abril 1992 (RJ 1992, 2668) o SSTS, Cont.-Admtivo., 21 mayo 1996 (RJ 1996, 4462) y 24 junio 1997 (RJ 1997, 5308)] o su comercialización [STS, Cont.-Admtivo., 5 octubre 1995 (RJ 1995, 7136) o SSTSJ Andalucía/Granada 30 abril 1996 (AS 1996, 2090) y 11 marzo 1997 (AS 1997, 1158)], la transformación que exija añadir otros productos, como la cocción y envasado del espárrago [Resolución DGSS de 24 de marzo de 1974 y STSJ Andalucía/Sevilla 3 marzo 1992 (AS 1992, 6456)] o, en fin, la plantación de especies por una empresa para fabricar papel y aprovisionar plantas fabriles, pues la actividad agraria no constituye su objeto principal, sino uno meramente complementario del proceso industrial maderero [SSTS 12 febrero y 15 junio 1992 (RJ 1992, 984 y 4578) y STS, Cont.-Admtivo., 25 enero 1993 (RJ 1993, 1010)].

Respecto a los productos hortofrutícolas, estan incluidos en un Sistema Especial propio dentro del RG los trabajadores al servicio de empresas dedicadas a las actividades de manipulación, envasado y comercialización de frutas y hortalizas y de fabricación de conservas vegetales, cualquiera que sea la duración prevista en sus contratos laborales y siempre que sus actividades se realicen de manera intermitente o cíclica. Las actividades de las empresas a las que resulta de aplicación este Sistema Especial se configuran en campañas que se inician el primero de enero, finalizando el treinta y uno de diciembre de cada año. No obstante, las empresas afectadas pueden solicitar, razonadamente, la alteración de las fechas de consideración de inicio y finalización de campaña (Orden de 30 de mayo de 1991). Además, a pesar de pronunciamientos considerando que su producción y comercialización debía ser incluida en el REA[694], no cabe pasar por alto la disposición adicional 29ª LGSS, de conformidad con la cual quedarán "obligatoriamente incluidos en el RG los trabajadores que realicen las operaciones de manipulación, empaquetado, envasado y comercialización del plátano, tanto si las labores se llevan a cabo en el lugar de producción del producto como fuera del mismo, ya provengan de explotaciones propias o de terceros y ya se realicen individualmente o en común mediante cualquier tipo de asociación o agrupación, incluidas las cooperativas en sus restantes clases"[695].

B) Delimitación negativa

Conforme indican los arts. 9 y 10 Decreto 3772/1972, no podrán entenderse incluidos en este Régimen Especial:

1.- El cultivo de productos agrícolas realizado en instalaciones situadas en espacios territoriales no sujetos al impuesto sobre bienes inmuebles de naturaleza rústica (art. 9 Decreto 3772/1972)[696].

---

[694] STSJ La Rioja 29 junio 2000 (AS 2000, 2721).

[695] Ahora bien, "si los trabajadores de una empresa agrícola platanera dedican su actividad casi exclusivamente a labores típicamente agrícolas, pero algunos días al mes… se dedican a labores de empaquetado de plátanos, debían estar encuadrados en el REA y no en el RG", sin que la disposición adicional 29ª LGSS contradiga el principio de compatibilidad autorizado por el art. 8 Decreto 3772/1972, "ya que aquélla debe interpretarse en el sentido de que procede el cambio de encuadramiento (del Agrario al General) cuando predomine la actividad de empaquetado sobre la agraria, pero nunca cuando tal actividad de empaquetado es marginal y hecha no en una instalación distinta…, sino en la propia finca donde se cultivan los plátanos". Por ello, "los trabajadores que no realicen las labores de manipulación, empaquetado, envasado y comercialización de plátanos y mientras no las realicen no estarán encuadrados en el RG, y aquellos que las realicen pero una parte mínima de la jornada anual, deberán estar encuadrados en ambos Regímenes, en proporción a los días en que realicen las distintas tareas", STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 26 diciembre 2001 (AS 2002, 452). En fin, el art. 22.9 Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social habilita al Ministerio de Trabajo para extender esta regulación a las citadas actividades cuando se refieran a otros productos hortofrutícolas.

[696] Así, no será actividad agraria el cultivo de champiñón cuando la explotación quede ubicada en suelo urbano [Resolución de la Dirección General de Gestión y Financiación de 10 de mayo de 1978 y STSJ La Rioja 30 noviembre 1994 (AS 1994, 4338)], pues el criterio determinante será la naturaleza del acto impositivo [STSJ La Rioja 1 septiembre 1992 (AS 1992, 4263)]. Del mismo modo, y respecto al personal de viveros, cuando el cultivo de las plantas y flores tenga lugar en terrenos rústicos, será aplicable el Régimen Especial Agrario; en cambio, si la explotación de jardinería es industrial y en zona urbana los trabajadores quedarán sujetos al Régimen General (Resolución de la Dirección General de Previsión de 17 de octubre de 1986 y Circular TGSS núm. 3-017, de 20 de abril de 1989).

2.- Las labores para la obtención de productos pecuarios llevadas a cabo en granjas y establecimientos análogos cuyos elementos de producción constituyan una unidad económica independiente por concurrir alguna de las siguientes condiciones: que la explotación esté sujeta a exacción fiscal del Estado distinta al Impuesto sobre Bienes Inmuebles o que predominen las citadas actividades sobre el aprovechamiento de los pastos, vuelo o cultivo de secano o regadío de la finca en la cual aparezca enclavado el establecimiento (art. 10 Decreto 3772/1972). Tal previsión obliga a acometer una difícil operación de delimitación entre labores pecuarias incluidas y excluidas; no obstante, de manera sintética procede concluir que, de conformidad con el art. 10 RD 3772/1972, sólo encajarían en el REA las actividades pecuarias complementarias de otra propiamente agrícola[697]. Sin embargo, el Decreto 2123/1971, que ostenta rango legal y sirve de fundamento al desarrollo reglamentario[698], no sólo no establece tal restricción, sino que declara expresamente la incorporación de todas las explotaciones agrícolas, forestales y pecuarias. El propio Tribunal Supremo, al interpretar en unificación de doctrina el art. 10 Decreto 3772/1972, ha señalado la citada carencia de cobertura y amparo en una norma superior, en atención a lo cual procedería entender incluidos a todos aquellos que se dediquen a la explotación directa del ganado[699].

1.1.2.- Ejercicio de la actividad agraria de forma habitual y como medio fundamental de vida

"Se entenderá que concurren los requisitos de habitualidad y medio fundamental de vida... cuando el trabajador dedique su actividad predominantemente a labores agrícolas, forestales o pecuarias, y de ella obtenga los principales ingresos para atender a sus propias necesidades y las de los familiares a su cargo, aun cuando con carácter ocasional realice otros trabajos no específicamente agrícolas" (art. 2.2 Decreto 3772/1972)[700]. El precepto fuerza al intérprete a concretar los requisitos a él incorporados a la hora de considerar incluido en el REA a un concreto sujeto:

1.- La Circular TGSS núm. 5-018, de 24 de marzo de 1995, señala como factor determinante a estos efectos, no tanto la nota de exclusividad, como la de dedicación predominante a las tareas agrícolas. Por tal motivo, cabría incluir a quienes obtienen de la agricultura sus ingresos principales, aun cuando --y a modo de ejemplo-- también perciban una pensión por incapacidad permanente que no alcanza el salario mínimo interprofesional por cada miembro de la familia[701]; si la actividad agraria, sin ser la principal, contribuye al levantamiento de las cargas económicas de la unidad familiar[702]; o, en fin, también el trabajo eventual de estudiantes en la agricultura o de extranjeros o no profesionales en la recogida de la fruta[703].

---

[697] SSTSJ Castilla y León/Burgos 18 enero y 16 mayo 1994 (AS 1994, 233 y 2164) o Cataluña 10 febrero, 7 abril y 14 junio 1993 (AS 1993, 816, 1824 y 2977).

[698] Según declaró la STS 19 junio 1973 (RJ 1973, 4750) y recuerdan las SSTS, Cont.-Admtivo., 3 (tres) diciembre 1999 (RJ 1999, 9533, 9534 y 9985).

[699] SSTS 6 abril 1993 (RJ 1993, 2912) y 20 abril 1994 (RJ 1994, 3267); en cambio, se aparta de la doctrina unificada en lo Social la STS, Cont.-Admtivo., 16 enero 1998 (RJ 1998, 600).

[700] Ahora bien, recae sobre el interesado el deber de aportar las oportunas pruebas al respecto, STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 12 marzo 1998 (AS 1998, 606).

[701] STSJ Asturias 7 febrero 1997 (AS 1997, 473).

[702] SSTSJ Asturias 15 marzo 1996 (AS 1996, 594) y Galicia 19 abril 1999 (AS 1999, 973).

[703] Al considerar que "la habitualidad no comporta tanto la exigencia de un período previo a la realización de la actividad agraria, como que esta actividad se constituya en la principal o única que realiza el trabajador en un concreto momento de su vida laboral" (Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 14 de febrero de 1995).

2.- Ahora bien, aun cuando los trabajos agrícolas sean habituales, si son insignificantes desde un punto de vista económico, en tanto únicamente sirven de complemento a los ingresos de distinta naturaleza, resultará improcedente el alta en este Régimen Especial[704].

3.- En cualquier caso, "la inscripción de los trabajadores en el REA podrá ser compatible con su alta en alguno de los otros Regímenes de Seguridad Social", conforme recuerda el art. 2.3 Decreto 3772/1972[705]. Ahora bien, "la obligatoriedad de figurar incluido simultáneamente en el REA y en el RG u otro de los Regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social, ha de tener efectividad en aquellos casos en que el ejercicio de otra actividad distinta a la agraria, por constituir ésta el medio fundamental de vida, no dé lugar a la exclusión de este Régimen Especial,... pero en aquellos casos en que el medio fundamental de vida no sea la actividad agraria... quedará excluido del REA"[706].

1.2.- Ámbito subjetivo

Los arts. 2 Decreto 2123/1971 y 3.1 Decreto 3772/1972 incluyen tanto a los empleados eventuales como a los fijos siempre que cuenten con más de catorce años, si bien la referencia a la edad debe quedar corregida por el art. 6 ET y situada en dieciséis.

1.2.1.- Inclusiones expresas

Diversos preceptos completan la noción de trabajador por cuenta ajena a los efectos de aplicar la normativa reguladora del REA. De forma específica, señalan como sujetos incluidos a los siguientes colectivos:

1.- "Pastores, guardas rurales y de cotos de caza y pesca que tengan a su cargo la custodia de ganado o la vigilancia de explotaciones agrarias de uno o varios propietarios" (art. 3 Decreto 3772/1972)[707], quedando fuera --salvo que sean complementarias de una actividad eminentemente agrícola[708]-- las labores de prevención y extinción de incendios[709].

---

[704] SSTSJ Cantabria 3 mayo 1994 (AS 1994, 1909), Galicia 22 mayo 1995 (AS 1995, 1906) o Andalucía/Sevilla 18 julio 1996 (AS 1996, 4544), pues debe entenderse siempre necesario un esfuerzo suficientemente lucrativo [Resolución DGSS de 22 de diciembre de 1975 y STSJ La Rioja 30 mayo 2000 (AS 2000, 2210)]. Más ejemplos en SSTSJ Andalucía/Granada 17 noviembre 1992 (AS 1992, 5443), Castilla y Léon/Valladolid 1 febrero 1994 (AS 1994, 464), Cantabria 3 mayo 1994 (AS 1994, 1909) o Cataluña 30 junio 2000 (AS 2000, 1944)].

[705] Por ejemplo, en el Régimen Especial de Autónomos, SSTSJ Andalucía/Granada 14 enero 1992 (AS 1992, 147) y 9 diciembre 1997 (AS 1997, 4976) o Castilla-La Mancha 16 octubre 2001 (AS 2001, 4148).

[706] Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 17 de enero de 1972. Su aplicación práctica en SSTS, Cont.-Admtivo., 15 marzo 1990 (RJ 1990, 2020) y 1 diciembre 1993 (RJ 1993, 9521) o STSJ Andalucía/Sevilla 18 julio 1996 (AS 1996, 4544).

[707] Bajo tal previsión cabe incluir las labores de guardería exclusivamente orientadas a vigilar y reprimir el furtivismo (Resolución DGSS de 21 de julio de 1963); no así, en cambio, las del empleado de un coto de caza destinado a fines recreativos o deportivos, más allá del "mero disfrute personal del propietario", STSJ Castilla-La Mancha 16 septiembre 1999 (AS 1999, 3199) y Asturias 9 noviembre 2001 (AS 2001, 4113); en sentido contrario, STSJ Castilla y León/Burgos 24 julio 2000 (AS 2000, 1063).

[708] SSTSJ Andalucía/Sevilla 6 febrero 1997 (AS 1997, 2600) y 29 enero 1998 (AS 1998, 220).

[709] Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 22 de noviembre de 1993 y Circular TGSS núm. 5-001, de 10 de enero de 1994. En la jurisprudencia, SSTS 12 febrero y 15 junio 1992 (RJ 1992, 984 y 4578), 6 abril 1993 (RJ 1993, 2912), 20

2.- "Trabajadores ocupados en faenas de riego y en labores de limpieza, monda y desbroce de acequias, brazales e hijuelas, cuando estos trabajos no tengan otro fin que el aprovechamiento de las aguas para uso exclusivo de las explotaciones agropecuarias" (art. 3 Decreto 3772/1972). No obstante, la Orden de 25 de junio de 1976 delimitó el Régimen de Seguridad Social aplicable a quienes realizan labores de captación, elevación, conducción, tratamiento, depuración y distribución de agua, así como de aquéllos dedicados a tareas de limpieza, monda y desbroce de acequias o faenas de riego en explotaciones agrarias. A partir de dicha norma, los prestados directamente para el titular de una explotación agraria quedan incluidos, mientras excluye a los realizados para sociedades, asociaciones, comunidades, sindicatos de riegos, cooperativas, grupos de colonización, juntas de acequias, heredamientos o cualquier otra entidad con personalidad jurídica propia, diferenciada de aquellas que persiguen esencialmente la obtención directa de frutos o productos agrarios, forestales o pecuarios[710].

3.- El art. 2 Decreto 2123/1971 incluye bajo tal concepto a quienes, como elementos auxiliares, presten servicios "no propiamente agrícolas, forestales o pecuarios" en explotaciones agrarias, siempre y cuando cumplan los siguientes requisitos: de un lado, habitualidad, exclusividad y remuneración permanente; de otro, que no alternen tal actividad con trabajos de naturaleza industrial, ni la ejecuten por cuenta propia o satisfagan el impuesto sobre actividades económicas por razón de su realización[711]. El art. 3 Decreto 3772/1972 completa tal previsión considerando que "tendrán este carácter los técnicos, administrativos, mecánicos, conductores de vehículos y maquinaria y cualesquiera otros profesionales que desempeñen su cometido en la explotación"[712].

4.- También cabe encontrar en otras normas sujetos asimilados al trabajador por cuenta ajena a los efectos de su inclusión en el REA. Así ocurre con el aparcero que sólo aporta su trabajo o menos de un 10 por 100 del valor total del ganado, maquinaria y capital circulante (art. 30 Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos[713]); también con los socios trabajadores de cooperativas de explotación comunitaria de la tierra (disposición adicional 4ª.2 LGSS y art. 94 Ley 27/1999, de 16 de julio, General de Cooperativas[714]). Respecto a los socios de cooperativas de trabajo asociado, la entidad podrá optar en los estatutos entre una de las dos alternativas siguientes: bien considerarlos asimilados a trabajadores por cuenta ajena, atendiendo a su actividad para encuadrarlos en el Régimen General o en el Especial correspondiente; bien como autónomos a integrar en el Régimen Especial procedente (disposición adicional 4ª.1 LGSS o art. 5 RD 84/1996, modificado por RD 1278/2000, de 30 de

---

abril 1994 (RJ 1994, 3267), 17 julio 1998 (RJ 1998, 7051) y 3 marzo y 19 mayo 1999 (RJ 1999, 2059 y 4834).

[710] SSTS 17 julio 1998 (RJ 1998, 7051) y 20 junio 2000 (RJ 2000, 5959); SSTS, Cont.-Admtivo., 17 diciembre 1982 (RJ 1982, 8040) o 2 febrero 1984 (RJ 1984, 4017); SSTCT 3, 4 y 11 marzo 1981 (RTCT 1981, 1496, 1530 y 1743); 2 febrero 1985 (RTCT 1985, 704) y 1 junio 1988 (RTCT 1988, 4662).

[711] STSJ Murcia 18 octubre 1999 (AS 1999, 3514).

[712] Como pueden ser los encargados de trabajos de jardinería, horticultura y guardería realizados en aquélla para una empresa agrícola, STS, Cont.-Admtivo., 14 noviembre 1992 (RJ 1992, 9124).

[713] Aun cuando dictada al amparo del precedente y con idéntico contenido art. 108.3 Ley 83/1980, STSJ Madrid 9 octubre 1992 (AS 1992, 4899).

[714] STSJ Comunidad Valenciana 2 mayo 2001 (AS 2001, 3274).

junio, que adapta determinadas disposiciones de Seguridad Social para su aplicación a las sociedades cooperativas).

1.2.2.- Exclusiones expresas

El art. 4 Decreto 3772/1972, por su parte, declara excluidos a ciertos trabajadores:

1.- Deberán encuadrarse en el RG los siguientes empleados: "los mecánicos y conductores de vehículos y maquinaria cuyos propietarios arrienden sus servicios para labores agropecuarias sin ser titulares de una explotación o cuando siéndolo no los utilicen en la misma"; "los operarios que trabajen directamente por cuenta de las empresas cuya actividad es la de aplicaciones fitopatológicas"; y "el personal de guardería de ICONA y de IRYDA [hoy extinguidos y sustituidos por Guarderías de la Naturaleza y Desarrollo Rural y Secretaría General y de Desarrollo Rural y Naturaleza], los laborales fijos de ICONA y el personal dedicado a actividades resineras comprendidas en un Sistema Especial específico[715].

2.- El cónyuge, descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario con consanguinidad o afinidad (cabe entender que también por adopción) hasta el segundo grado inclusive (la norma lo extiende hasta el tercero, pero procede la corrección para adaptarla a los arts. 1.3.e ET y 7.2 LGSS) ocupados en su explotación agraria cuando convivan en el hogar del empresario y a su cargo. No obstante, cuando quede acreditada su condición de asalariados procederá su inclusión en el REA, sin perjuicio del también posible encuadramiento en el RETA o, dentro de él y en su caso, en el Sistema Especial para los trabajadores por cuenta propia agrarios, conforme a lo dispuesto en la Ley 18/2007.

1.3.- Posible ámbito de aplicación del futuro Sistema Especial de Trabajadores por cuenta ajena agrarios del RG

Como cabe observar, la delimitación de los sujetos incluidos hasta ahora en el REA presenta un elevado grado de complejidad y confusión, por lo que necesariamente el ámbito del futuro Sistema Especial habrá de ser simplificado.

A tal fin, y desde un punto de vista objetivo, nada obsta a tomar como referencia las actividades incluidas en el art. 2.2 Ley 18/2007 para los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Sistema Especial del RETA, sobre todo en aras a evitar defectos del pasado y absurdas discordancias, como ocurriría con la flagrante paradoja de que, mientras un trabajador por cuenta ajena realice tareas de segunda transformación y no acceda al Sistema Especial del RG, el titular autónomo (en el supuesto extremo, su empleador) quede encuadrado en el Sistema Especial del RETA. En definitiva, el criterio ha de venir dado por el desempeño de cualquier actividad laboral --ya sea principal, complementaria o residual-- en una explotación agraria dirigida a la obtención de beneficios para la misma, en tanto en cuanto constituye una entidad económica compleja e integral[716].

---

[715] STS 15 junio 1992 (RJ 1992, 4578).

[716] HIERRO HIERRO, F.J.: "La integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General. (Algunas propuestas de regulación del previsible Sistema Especial)", cit., pág. 90. Y todo ello sin perjuicio de coordinar y trazar las fronteras con el existente Sistema Especial de manipulado y

Por su parte, la exigencia de que la actividad suponga un medio habitual y fundamental de vida, como obstáculo a la pluriactividad y la movilidad, debe desaparecer y ser reconducida a referencias económicas, haciendo alusión "personal e individual al trabajador, independiente de cualquier referencia a la situación familiar y a la actividad productiva de terceras personas, no siendo, por tanto, necesario, que los ingresos aportados a la unidad familiar por el trabajador por cuenta ajena supongan los principales ingresos de la unidad familiar, por cuanto las normas de Seguridad Social protegen estados de necesidad de concreción individual"[717]. En este sentido, atendiendo a las retribuciones efectivamente percibidas, y sin poder aplicar el límite establecido en el art. 2.1.b Ley 18/2007 por la legítima rentabilidad esperada de la explotación, cabría situar el referente --eso sí, con mecanismos de control similares-- en un coeficiente corrector de la base mínima en cada momento vigente en el RG.

En fin, y en un plano puramente subjetivo, las propuestas sindicales abogaban por permitir el acceso al Sistema Especial únicamente a los contratados como eventuales y fijos discontinuos. No obstante, parece más adecuado incluir también a los fijos, pues el dato fundamental ha de radicar en un límite de rentas que, obtenidas a lo largo de todo el año o concentradas en unos meses, justifique el trato más favorable.

Así pues, los trabajadores agrarios incluidos actualmente en el REA pasarán sin más al Sistema Especial del RG, encuadramiento que corresponderá también a quienes en el futuro se incorporen *ex novo* a las actividades agrícolas y encuentren cobijo en su más amplio ámbito de aplicación, procediendo en caso contrario la afiliación al RG; cabe esperar, igualmente, previsiones transitorias para los ahora excluidos del REA, todo ello en similares términos a cuanto ocurrió para los autónomos por aplicación de la Ley 18/2007.

2.- Actos de encuadramiento. El censo

La inscripción en el censo de los trabajadores agrarios por cuenta ajena (equivalente a la afiliación) resulta preceptiva "desde el momento en que el trabajador reúna las condiciones que determinan su inclusión en el campo de aplicación de la presente Ley" (arts. 5.1 Decreto 2123/1971 y 45.1.2º RD 84/1996), debiendo figurar tanto los fijos como los eventuales sin distinción (arts. 6 Decreto 2123/1971 y 45.1.1º RD 84/1996).

La TGSS es la entidad competente para constituirlo y actualizarlo, debiendo realizar periódicamente operaciones censales para garantizar la exactitud y vigencia de los datos (art. 45.2 RD 84/1996). En consecuencia, quienes, una vez constituido el referente inicial, reúnan las condiciones pertinentes para su inclusión, también deberán

---

envasado de frutas y hortalizas y conservas vegetales, BLASCO LAHOZ, F.J.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, M.A.: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010, 11ª ed., pág. 175.

[717] Y en referencia a la agricultura tradicional, de tal forma que cabría excluir "en primer lugar, explotaciones agrarias de titularidad pública, por cuanto en la mismas no concurre la debilidad económica propia del sector agrario; y, en segundo lugar, las explotaciones agrarias en las que se empleen formas de explotación y técnicas de cultivo netamente industrializadas con modelos de producción con una alta rentabilidad y productividad, que hacen desaparecer las notas características del particularismo agrario", HIERRO HIERRO, F.J.: "La integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General. (Algunas propuestas de regulación del previsible Sistema Especial)", cit., págs. 90 y 91.

ser inscritos (art. 10 Decreto 2123/1971). El reconocimiento del derecho a la inscripción y a la baja también corresponde a la TGSS, que podrá "requerir los datos, documentos o informes pertinentes para acreditar la concurrencia de los requisitos determinantes de la inclusión o la baja en el censo" (art. 45.1.5º RD 84/1996); no en vano, y como recuerda el art. 7.4 Decreto 2123/1971, la Entidad Gestora podrá comprobar en cualquier momento la presencia de factores atinentes a tales extremos.

Las variaciones en las circunstancias de los trabajadores censados surtirán efectos en los siguientes términos: si los cambios fueron comunicados en plazo, a partir del mes natural siguiente a la fecha en que tales hechos acontecieron; en caso contrario, a partir del mes siguiente a aquel en que fueron conocidos por la TGSS, salvo prueba de haberse producido con anterioridad, en cuyo caso principiarán el mes siguiente al de su producción, sin perjuicio de sanciones y otros efectos procedentes (art. 45.1.6º RD 84/1996).

2.1.- Inscripción

La obligación de inscripción corresponde al empresario que retribuye los servicios de quien presta su esfuerzo productivo a cambio de remuneración y, en su defecto, podrá hacerlo el trabajador (art. 7.2 y 3 Decreto 2123/1971). No obstante, el art. 8 Decreto 2123/1971 efectúa una llamada a la Entidad Gestora para que supla, de oficio, el incumplimiento de la obligación de instar la inclusión en el censo. La solicitud deberá cumplir la forma y plazo reglamentariamente establecidos (art. 7.1 Decreto 2123/1971), procediendo acudir al RD 84/1996, cuyo art. 45.1.2º remite a las normas que establece en sus arts. 23 y ss., sin perjuicio de determinadas particularidades.

2.2.- Exclusión

La baja en el censo, y simultáneamente en el REA (art. 45.1.3º RD 84/1996), deberá ser solicitada por el propio interesado. Su omisión será suplida por la Entidad Gestora, en forma reglamentaria[718], cuando compruebe la concurrencia de circunstancias determinantes a estos efectos (art. 11.3 Decreto 2123/1971)[719].

La citada solicitud resultará procedente en los casos siguientes (arts. 11.1 Decreto 2123/1971 y 45.1.3º RD 84/1996):

-- Cuando el trabajador deje de reunir alguna de las condiciones necesarias para estar incluido en el Régimen Agrario o, más exactamente, cuando no realice labores agrarias en los términos y condiciones fijados[720].

-- Cuando se compruebe que la persona censada lo fue indebidamente, lo cual "determinará la pérdida de todos los derechos que habría devengado, en el supuesto de

[718] STSJ Andalucía/Granada 10 mayo 1994 (AS 1994, 2125). En cualquier caso, la baja de oficio debe reputarse indebida cuando, tras agotar la incapacidad temporal y sin obtener el alta médica, el trabajador desarrolla trabajos (sea porque con el tiempo ha tenido lugar la curación de la enfermedad, sea porque el proceso persiste pero se realiza la actividad con todo sacrificio), pues negar simultáneamente la prestación por incapacidad (temporal o permanente) y la posibilidad de trabajar (mediante la baja en el Régimen Agrario) supondría la condena a la indigencia, SSTSJ Galicia 8 abril 1991 (AS 1991, 2404), 15 junio 1999 (AS 1999, 5813) y 8 marzo 2001 (AS 2001, 1785).
[719] STS 16 octubre 1996 (RJ 1996, 7766).
[720] STSJ Andalucía/Granada 25 enero 1995 (AS 1995, 169).

que la inclusión hubiera sido procedente, incluso la pérdida de las cuotas indebidamente pagadas", que podrán devolverse, en todo o parte, cuando se aprecie error o buena fe (art. 9 Decreto 2123/1971). Las consecuencias de la inscripción indebida se completan con las establecidas con carácter general para las altas así calificadas, previstas en el art. 60 RD 84/1996[721].

En cambio, no motivarán la baja en el censo las "situaciones de desempleo que no afecten a las condiciones exigidas para que el trabajador esté incluido en el campo de aplicación" del Decreto 2123/1971, conforme indica su art. 11.2.

De forma más detallada, el art. 45.1.3º RD 84/1996, regula las consecuencias de la inactividad en labores agrarias. Así, esa situación, se realicen o no otras tareas no agrarias, únicamente motivará la baja si la misma no ha sido expresamente solicitada por el trabajador, en los supuestos siguientes:

-- En primer lugar, cuando el trabajador agrario se dedique, con carácter exclusivo e ininterrumpidamente, a otras actividades no agrarias durante más de seis meses naturales consecutivos, contados desde el día de la iniciación de la actividad no agraria o, en el supuesto de inactividad total, desde el momento del cese en la actividad agraria que, respecto de los trabajadores por cuenta ajena, se entenderá producido desde la finalización del último mes en que se hubiere efectuado la última jornada real o, en su caso, desde la finalización de la percepción de la prestación, el subsidio por desempleo o la renta agraria, siempre que se ingresen las cuotas fijas correspondientes. A esos efectos, se excluirán del cómputo de tales períodos de tiempo aquéllos en los que el trabajador se encontrare en las situaciones de incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, aunque no tuviere derecho al percibo del subsidio correspondiente por falta del período de cotización mínimo exigido. En estas hipótesis, los trabajadores deberán solicitar la baja en este Régimen Especial dentro del plazo de los seis días siguientes a aquél en que se sobrepase el indicado límite (de transcurrir el citado plazo sin solicitud, la TGSS acordará la baja de oficio) y surtirá efectos a partir del día primero del séptimo mes siguiente a aquél en que se iniciaran las actividades no agrarias o al de la última jornada realizada por el trabajador o de la finalización de la percepción de la prestación, el subsidio por desempleo o la renta agraria.

-- En segundo término, cuando falte comunicación de la realización de jornadas reales respecto de un trabajador por cuenta ajena durante seis meses naturales consecutivos, sin que durante su transcurso ingrese aquél la cuota fija correspondiente, la TGSS le dará de baja con efectos del último día del mes en que realizara la última jornada real comunicada.

Para ambos supuestos, aclara la norma que, si como consecuencia de la baja y la realización de otros trabajos se ha quedado encuadrado en otro Régimen, una vez hayan finalizado esas actividades o cuando hubieran agotado las correspondientes prestaciones económicas de ellas derivadas (incluido el desempleo contributivo o asistencial), podrán solicitar y obtener su inscripción en el censo sin necesidad de acreditar nuevamente los requisitos de habitualidad y medio fundamental de vida, siempre y cuando la solicitud

[721] Entre otros efectos, tendrá lugar la compensación de cuotas en el Régimen correspondiente, STSJ Andalucía/Granada 1 febrero 1994 (AS 1994, 627).

sea formulada dentro de los tres meses siguientes a la fecha de finalización de los trabajos o de las prestaciones o subsidios.

De esta forma, el art. 45.1.3º RD 84/1996, además de pormenorizar el régimen jurídico contemplado en el art. 11.1 Decreto 2123/1971, actúa como precepto reglamentario, si bien remite a este último precepto respecto a la forma y plazos que rigen en el procedimiento para la baja.

En fin, cuando el trabajador por cuenta ajena finalice su actividad sin coincidir con el fin del mes natural o no coincida con la fecha prevista al respecto con la comunicada por el empresario o el trabajador, la baja surtirá efectos, respectivamente, desde el día en que comience la actividad agraria en dicho mes o desde el día en que hubiere dejado de reunir las condiciones para estar incluido (art. 45.1.5º RD 84/1996).

Para concluir, baste recordar que el RD 1382/2008, de 1 de agosto, ha procedido a modificar algunos aspectos de la regulación contenida en el RD 84/1996 sobre el censo. Tal dato parece mostrar a las claras la intención de que aquél siga siendo el instrumento de afiliación para el futuro Sistema Especial, sin perjuicio de dotarlo de "los medios instrumentales necesarios que permitan lograr un control efectivo de las altas y bajas, de modo que sólo resulten beneficiarios de las prerrogativas por él dispensadas con relación a los diferentes actos instrumentales quienes realmente resulten acreedores de las mismas"[722]. Sin embargo, no parecía ser ésa la intención original de los documentos de trabajo señalados, los cuales remitían la afiliación a los términos generales del art. 100 LGSS y proponían el siguiente régimen para las altas y las bajas:

-- Las altas iniciales de los trabajadores, para cada campaña o inicio de contrato, serán comunicadas por el empresario dentro del plazo máximo de cinco días naturales, contados a partir de la iniciación de la prestación de servicios, mediante documento referido a la totalidad de los empleados y conforme al modelo que a tal fin se establezca.

-- Para las bajas definitivas, la obligación contará con idéntico plazo a computar desde el cese en el trabajo como consecuencia de la conclusión de la campaña o la finalización del contrato.

-- Por cuanto hace a las altas y bajas sucesivas, intermedias entre el alta inicial y la baja definitiva, serán notificadas con anterioridad a la finalización del mes siguiente al que hayan tenido lugar, utilizando también el oportuno modelo referido a la totalidad de los trabajadores afectados.

-- Además, las empresas vendrán obligadas a llevar un registro diario de altas y bajas sucesivas, el cual permanecerá a disposición de la Inspección de Trabajo y de las Entidades Gestoras competentes para el control de las obligaciones derivadas en materia de Seguridad Social, debiendo entregar copia del mismo a la representación legal de los trabajadores.

3.- Cotización

[722] BLASCO LAHOZ, F.J.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, M.A.: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2009, 10ª ed., pág. 192.

En el tradicional y peculiar sistema de cotización existente en el REA, y tras la integración de los trabajadores por cuenta propia agrarios en el RETA, una de las mayores peculiaridades que aquél mantenía venía dada por la inexistencia de una cuota única, en tanto convivían aportaciones separadas de los distintos sujetos obligados con otras conjuntas[723]. Más en concreto, al trabajador le correspondía la obligación de cotizar por contingencias comunes mediante una cuota fija mensual, resultante de aplicar un concreto tipo o porcentaje a unas bases --únicas e independientes de los salarios efectivamente percibidos-- establecidas para las distintas categorías profesionales, ambos fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales y su Orden de cotización. Además, la responsabilidad del pago recaía exclusivamente sobre aquél, "no trasladándose al empresario agrario dicha obligación en ningún caso"[724]. Tal particularidad suponía una mayor carga social para el trabajador por cuenta ajena agrario que respondía a la finalidad de no imputar al empresario agrario unos costes que podrían desincentivar la contratación laboral en un sector lastrado por el paro y la inestabilidad, si bien equiparaba en parte la contributividad entre el REA y el RG, por cuanto el tipo más elevado para el primero iba unido a unas bases inferiores a las fijadas para el segundo[725]. Por su parte, el empresario, junto a las contingencias profesionales y el Fondo de Garantía Salarial, cotizaba, en períodos de liquidación mensuales, por las jornadas efectivamente realizadas por sus empleados, acreditadas a través de la cartilla agraria que éstos debían cumplimentar. En fin, empresario y trabajador contribuían de forma conjunta a la cobertura de desempleo.

Más recientemente, el art. 120.3 Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2009 y el art. 13 Orden TIN/41/2009, de 20 de enero, que desarrolla las normas de cotización a la Seguridad Social (corregidas y precisadas por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, la Orden de cotización TIN/25/2010 y la Circular TGSS núm. 3-002, de 12 de marzo de 2010) han configurado una nueva técnica para el REA, lo que supone, sin duda, un acercamiento a lo que pueda y deba ser la cotización en el esperado Sistema Especial[726]. Este nuevo modelo --que, eso sí, de no contar con aportaciones del Estado recaerá sobre el conjunto de los trabajadores y empresarios de la industria y los servicios incluidos en el RG-- hace desaparecer los antiguos problemas de realización de trabajos fuera del sector y baja en el censo, permite computar cotizaciones en otros Regímenes, favorece la movilidad territorial y, en fin, viene caracterizado "por unas menores exigencias contributivas ante la debilidad económica del sector, como contraprestación al empleo de técnicas de cultivo y modalidades de explotación que reportan un beneficio colectivo no susceptible de lucro por parte del agricultor o del ganadero"[727].

---

[723] "Este Régimen Especial de la Seguridad Social se configuró con singularidades que afectan, entre otros aspectos, a la cotización, para la que se adopta una fórmula *sui generis* de contribución de las partes implicadas en la financiación", SSTS, Cont.-Admtivo., 3 (tres) diciembre 1999 (RJ 1999, 9533, 9534 y 9985).

[724] STS, Cont.-Admtivo., 6 abril 1988 (RJ 1988, 3262).

[725] HIERRO HIERRO, F.J.: *El régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, cit., pág. 254.

[726] En detalle, PLANAS GÓMEZ, M.: "Nuevas modalidades de cotización en el R. E. Agrario Cuenta Ajena", *TS*, núms. 224-225, 2009, págs. 83 y ss. o FERNÁNDEZ DÍEZ, A.: "La nueva cotización empresarial al régimen especial agrario de la seguridad social", *Información laboral. Legislación y convenios colectivos*, núm. 15, 2009, págs. 20 y ss.

[727] HIERRO HIERRO, F.J.: "La integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General. (Algunas propuestas de regulación del previsible Sistema Especial)", cit., pág. 91.

Así pues, la nueva regulación atiende (y atenderá en el Sistema Especial) a lo expuesto en los siguientes subapartados, teniendo en cuenta que continúa la dispensa en la cotización por formación profesional. Como anticipo, cabe señalar que la cotización por contingencias comunes es la que presenta mayores peculiaridades respecto al RG, que a buen seguro pervivirán en el Sistema Especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios creado en su seno, mientras que las restantes quedarán equiparadas con el RG, pues la formulación actual del REA no presenta diferencias de calado.

3.1.- Por contingencias comunes

Para la cotización por contingencias comunes se contemplan dos sistemas alternativos, debiendo la empresa comunicar su decisión por uno u otro a la TGSS al inicio de la actividad de los trabajadores y mantenerla durante todo el período de prestación de servicios, cuya finalización deberá ser igualmente notificada a la Entidad Gestora. Cabe adelantar que, en contra de las propuestas contenidas en los documentos de trabajo y tal vez para escalonar el proceso de integración, las cotizaciones durante los períodos de actividad siguen sin atender a las retribuciones efectivamente percibidas.

De un lado, el "sistema general", modalidad que resultará preceptivamente aplicable para los trabajadores por cuenta ajena indefinidos, salvo --reapareciendo la facultad de elegir, como excepción de la excepción-- para los fijos discontinuos. Consiste en unas bases de cotización únicas para cada uno de los once grupos[728], cuyas cuantías en este año 2010 para el grupo 1 coinciden con las bases mínimas fijadas en el RG y, para el resto, resultan superiores, si bien el tipo aplicable --tanto para los incluidos en el censo como los excluidos por ser su actividad ocasional y no constitutiva de su medio fundamental de vida[729]-- disminuye hasta el 20,20 por 100, siendo el 15,50 por 100 a cargo de la empresa y el 4,70 por 100 a cargo del trabajador. Nótese que, a pesar de introducir la cotización empresarial por contingencias comunes, el deseo de no incrementar en exceso los costes determina que la diferencia de porcentaje respecto del RG beneficie al empresario, pues el asumido por el trabajador en uno y otro coincide.

Como segunda opción, el "sistema de cotización por jornadas reales", que deviene obligatoria para los trabajadores temporales de duración inferior a un mes o treinta días naturales consecutivos de actividad y para los extranjeros de contingente con obligación de retorno al país de origen (Instrucción 2.2.1 Circular TGSS núm. 3-002), parte también de unas bases únicas por día resultantes de dividir entre 23 (art. 129.3.2 Ley 29/2009, frente al cociente de 24 previsto inicialmente en el art. 120.3.2 Ley 2/2008) la cuantía de las mensuales y con idénticos porcentajes a los vistos para el anterior supuesto; sin embargo, cuando el número de jornadas efectivas supere dicha cifra, la base a utilizar será la que correspondería en el RG.

---

[728] Especifica a continuación el art. 13.1 Orden TIN/25/2010 que "cuando los trabajadores inicien o finalicen su actividad sin coincidir con el principio o fin de un mes natural, siempre que dicha actividad tenga una duración de, al menos, 30 días naturales consecutivos, la cotización se realizará con carácter proporcional a los días trabajados en el mes".

[729] Si bien para éstos no operan las reducciones en la cotización empresarial del art. 13.5 Orden TIN/25/2010 ni existirá cotización durante los períodos de inactividad, incapacidad temporal o baja en la empresa, Instrucción 2.5 Circular TGSS núm. 3-002.

En ambas modalidades son sujetos obligados a cotizar, en los porcentajes reseñados, tanto el empresario (quien se podrá beneficiar de las reducciones a su aportación contempladas en el art. 13.5 Orden TIN/25/2010) como el trabajador, y precisamente por ello --frente al modelo anterior-- deviene aquél en responsable de su ingreso, debiendo efectuar la oportuna retención en la retribución.

No obstante, existe una salvedad al expuesto régimen de imputación, pues los trabajadores inscritos en el censo agrario para quienes se utilice el sistema de cotización por jornadas reales seguirán siendo responsables del pago en los períodos de inactividad, previa liquidación de la TGSS, para garantizar la continuidad de una carrera de seguro amplia y poder lucrar futuras prestaciones. A estos efectos, el legislador entiende que existen períodos sin actividad dentro del mes natural cuando el número de jornadas realizadas durante el mismo no alcance el 76,67 por 100 (frente al 80 por 100 implantado por la Ley 2/2008) de los días naturales en los que el trabajador figure inscrito en el censo agrario. Igual consideración merecen los períodos de incapacidad temporal (cualquiera que sea la modalidad de cotización), aquéllos en los que no se realicen jornadas reales (si ésa es la modalidad elegida), y los marcados por una situación de baja en el código de cuenta de cotización con alta en el censo agrario (Instrucción 2.2.1 Circular TGSS núm. 3-002). En tales supuestos, la cuantía de la cotización vendrá dada por la aplicación de un tipo del 11,50 por 100 a una base que responde a la siguiente fórmula: el resultado de dividir el número de días en el censo agrario sin cotización con bases mensuales por el número de días de alta en el censo agrario en el mes natural, minorado con la cantidad que derive de aplicar idéntico cociente al número de jornadas reales realizadas en ese mes natural con un coeficiente corrector de 1,304 (1,25 en la Ley 2/2008). Además, como precisión a tener en cuenta para su aplicación, "cuando los trabajadores no figuren en alta en el censo agrario durante un mes natural completo, la cotización respecto de los períodos de inactividad se realizará con carácter proporcional a los días en alta en dicho mes"[730].

$$C = [(n/N)\ (jr \times 1{,}304/N)]bc \times tc$$

En la que:

C= Cuantía de la cotización.
n= Número de días en el censo agrario sin cotización por bases mensuales de cotización.
N= Número de días de alta en el censo agrario en el mes natural.
jr= Número de jornadas reales realizadas en el mes natural.
bc= Base de cotización mensual.
tc= Tipo de cotización aplicable

[730] Frente a la fórmula empleada, y con similar intención, algunos autores habían propuesto la suscripción de un convenio especial económicamente asumible (y no el común, con la base de cotización mínima del RETA, Orden de 10 de octubre de 2003), tal vez partiendo de la situación de cuota fija, todo lo cual condicionaría la protección al requisito de estar al corriente de pago y la no aplicación del sistema de integración de lagunas, si bien en el resto de supuestos, la equiparación de la acción protectora sería total respecto del Régimen General, BLASCO LAHOZ, F.J.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, M.A.: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, 10ª ed., cit., pág. 189.

3.2.- Por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales

Manteniendo el *statu quo*, y de conformidad con el art. 41.1 RD 2064/1995, el empresario está obligado --siendo único responsable-- a cotizar por estas contingencias respecto a los trabajadores por cuenta ajena que emplee. El art. 41.2-5 RD 2064/1995 articula las reglas fundamentales de tal deber sin ofrecer singularidad alguna respecto a los términos previstos con carácter general en las normas de Seguridad Social en cuanto a nacimiento, duración y extinción de la obligación, forma, lugar y plazo de liquidación, deducciones, presentación y pago. Asimismo, la base queda constituida por las remuneraciones que los trabajadores efectivamente perciban, o tengan derecho a percibir, con ocasión del trabajo realizado por cuenta ajena, cuyo cómputo tampoco presenta particularidades respecto al RG (art. 44.7 Decreto 2123/1971), siendo los tipos de cotización los establecidos en la tarifa de primas vigente en atención a la actividad económica de la empresa o la ocupación y situación de los trabajadores.

Por todo ello, la integración en el Sistema Especial y la aplicación de las normas del RG únicamente podrá encontrar la salvedad ya existente y contenida en el art. 41.2 RD 2064/1995 (y el art. 45.3 RD 84/1996), de conformidad con la cual los "pastores, guardas rurales y de cotos de caza y pesca que tengan a su cargo la custodia de ganado o la vigilancia de explotaciones agrarias de uno o varios propietarios" [art. 3.2.a) Decreto 3772/1972], de tal forma que cuando presten servicios para más de un titular, "todos y cada uno de éstos serán sujetos de la obligación de cotizar en forma solidaria, pudiendo exigirse su cumplimiento a cualesquiera de los deudores solidarios o a todos ellos simultáneamente"; en caso de ser mantenida, obviamente, debería ser contemplada expresamente en la nueva legislación.

3.3.- Fondo de Garantía Salarial

La Orden TIN/25/2010 (art. 32.2), mantiene como base de cotización para determinar las aportaciones al Fondo de Garantía Salarial por trabajadores por cuenta ajena agrarios la prevista para la cotización por contingencias comunes, cualquiera que sea el sistema empleado, sobre la cual habrá de aplicarse un tipo del 0,20 por 100, a cargo y responsabilidad en exclusiva de la empresa. La previsión, más allá de la peculiaridad a la hora de calcular la base (motivo por el cual ocupan artículos separados), es idéntica para todos los regímenes de la Seguridad Social, por lo que la regulación del Sistema Especial no requerirá especificidad alguna.

3.4.- Cotización conjunta para la cobertura por desempleo

La cotización por la contingencia de desempleo de los trabajadores por cuenta ajena tanto de carácter fijo como eventual[731], se obtendrá aplicando a la base por contingencias comunes, ya sea en el sistema mensual o en el de jornadas reales, los siguientes tipos (art. 32.1 Orden TIN/25/2010):

[731] No obstante, "para determinar la cotización que corresponde efectuar por los beneficiarios del subsidio por desempleo, cuando se trate de trabajadores por cuenta ajena fijos, se cotizará por la base mínima vigente aplicando el coeficiente reductor del 0,69, a deducir de la cuota íntegra resultante, salvo que tuvieran más de 52 años, en cuyo caso el coeficiente aplicable sería el 0,20", Instrucción 2.10 Circular TGSS núm. 3-002.

-- En el supuesto de contratación indefinida y de personas con discapacidad (cualquiera que sea la modalidad), el 7,05 por 100, que se repartirá entre el empresario, a quien corresponde el 5,50 por 100, y el trabajador, que habrá de hacer frente al 1,55.

-- Para los trabajadores por cuenta ajena de carácter eventual, el 8,30 por 100, del cual el 6,70 por 100 será a cargo de la empresa y el 1,60 por 100 a cargo del trabajador.

En este apartado, la ordenación del Sistema Especial deberá recoger estos tipos peculiares --por inferiores a los fijados para el RG-- y, en su caso, la ausencia de cotización (con la consiguiente inexistencia del derecho a prestaciones por los períodos de actividad correspondientes) del cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, del titular de la explotación agraria en la que trabajen siempre que convivan con éste, salvo cuando se demuestre su condición de asalariados [art. 4.1.2.a) Ley 45/2002), así como la referida a los hijos menores de 30 años del titular de la explotación que, conviviendo con él, hayan sido contratados como trabajadores por cuenta ajena (disposición adicional 3ª Ley 18/2007).

3.5.- Cotizaciones del Servicio Público de Empleo

El Servicio Público de Empleo será el encargado de ingresar en la TGSS las cotizaciones mientras el trabajador se encuentre percibiendo la prestación por desempleo o el subsidio complementario. Asume la aportación empresarial (art. 214.1 LGSS) y el 72 por 100 de la cuota correspondiente al trabajador, quien debe contribuir con el 28 por 100 restante (art. 214.4 LGSS). La mayor carga atribuida al ente público frente al RG (35 por 100) subsistirá aun cuando el Sistema Especial no lo contemple -- sin perjuicio de la conveniencia de hacerlo para mayor seguridad-- pues la previsión aparece reflejada expresamente en el citado art. 214.4 LGSS.

Por su parte, el art. 13.6 Orden TIN/25/2010 establece que la base para hallar el importe de dicha cuota será la mínima del RG que corresponda al grupo de cotización del trabajador en el momento de la situación legal de desempleo o en el que cesó la obligación de cotizar y, en su caso, actualizada. Huelga recordar, de nuevo, que la singularidad para el colectivo aludido en este punto viene dada por la determinación de la mentada base, la cual será mantenida en la regulación del Sistema Especial.

3.6.- Reglas particulares sobre incapacidad temporal y vacaciones

Siguiendo las Instrucciones 2.7 y 8 Circular TGSS núm. 3-002, durante la situación de incapacidad temporal del trabajador por cuenta ajena (debiendo entender incluidas las de maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural) permanecerá la obligación empresarial de cotizar por las contingencias profesionales, desempleo y Fondo de Garantía Salarial. Asimismo, al ser considerada como situación de inactividad, el trabajador deberá ingresar su aportación en los términos expuestos con anterioridad. En tales casos, la base de cotización para las contingencias profesionales vendrá determinada en función de la utilizada en el mes anterior a la baja, excluyendo el importe de las horas extraordinarias realizadas e incluyendo el promedio anual de dicho concepto; para desempleo y FOGASA será la correspondiente a contingencias comunes según la modalidad de cotización, pero si

fuera la de jornadas reales, el importe diario será aplicado al número de días que tenía previsto trabajar de estar en activo.

Por su parte, respecto de las vacaciones, los trabajadores incluidos en el censo agrario con bases mensuales, deberán cotizar por todos los días en situación de alta y por todas las contingencias, mientras que en la modalidad de jornadas reales únicamente lo harán por contingencias profesionales, en criterio extensible a las liquidaciones complementarias a practicar en el supuesto de abono de cantidades en concepto de vacaciones devengadas y no disfrutadas a la extinción de la relación laboral; además, para los trabajadores con este sistema de jornadas reales surgirá la obligación de cotizar por esas vacaciones devengadas y no disfrutadas, por ser equiparados a periodos de inactividad.

4.- Acción protectora

La acción protectora para los trabajadores por cuenta ajena agrarios incluidos en el REA se otorga con la misma extensión, forma, términos y condiciones que en el RG (art. 19 Decreto 2123/1971), abarcando la asistencia sanitaria, incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, incapacidad permanente, lesiones permanentes no invalidantes, jubilación, muerte y supervivencia, protección a la familia, desempleo y servicios sociales y asistencia social[732]. Además, el deseo de acercar el régimen jurídico de las prestaciones al previsto en la LGSS alcanzó a la imposibilidad de que fueran objeto de retención, así como al reconocimiento de la misma naturaleza y caracteres y disfrute de las exenciones tributarias y beneficios de todo orden atribuidas a las concedidas en el RG.

Con tales mimbres, la inclusión de estos trabajadores en el Sistema Especial del RG no debería ofrecer grandes problemas, pues las exigencias generales contenidas en el art. 46 Decreto 3772/1972 no difieren ya de las del RG: de un lado, porque la de estar en alta o situación asimilada --como es la inscripción en el censo agrario durante períodos de inactividad[733]--, salvo para las pensiones de jubilación, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez derivadas de contingencias comunes, viudedad y orfandad (arts. 161.4, 138.3, 171.1.pfo.2º y 175.1.pfo. 2º LGSS) ya resulta aplicable al REA en virtud de la disposición adicional 8ª LGSS.

Por otra parte, es imprescindible --salvo para desempleo, maternidad (disposición adicional 11ª LGSS, tras Ley 42/1994) y contingencias profesionales (art. 54 Decreto 3772/1972)-- hallarse al corriente en el pago de las cuotas para generar derecho a las prestaciones (art. 5.3 Decreto 2123/1971), de tal forma que resultan

[732] Aun cuando tradicionalmente la acción protectora en el REA vino caracterizada por ser pobre en cotización, en prestaciones y en asistencia inmediata [BAYÓN CHACÓN, G.: "El elemento de pluralidad en la Seguridad Social española: Régimen General y Regímenes Especiales", en AA.VV.: *Diecisiete lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Madrid, 1972, págs. 12 y ss.], la remisión al Régimen General y su convergencia ha sido potenciada con las reformas de los últimos años [HIERRO HIERRO, F.J.: *El régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, cit., págs. 291 y ss.].

[733] "La inscripción en el censo agrario durante los períodos de inactividad, dadas las características de transitoriedad y eventualidad en el desempeño de labores agrarias, su consideración de situación de alta, constituye quizá el hito más importante en la consideración de este Sistema Especial como el instrumento que hace posible el Régimen público de Seguridad Social en el mundo agrario", HIERRO HIERRO, F.J.: "La integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General. (Algunas propuestas de regulación del previsible Sistema Especial)", cit., págs. 304-305.

ineficaces las ingresadas con posterioridad al hecho causante[734]. No obstante, el criterio "humano e individualizador" introducido por algunos Tribunales Superiores de Justicia[735], convenció al Tribunal Supremo cuando se trataba de pensiones de larga duración (en especial, incapacidad permanente)[736] y fue refrendado por la disposición adicional 39ª LGSS --en redacción dada por la Ley 52/2003-- a través del mecanismo de invitación al pago, cualquiera que sea el Régimen de la Seguridad Social. Con mayor motivo, en tanto aquella exigencia derivaba del antiguo sistema de cotización en el cual el trabajador resultaba único garante de sus contribuciones, mientras que en el nuevo modelo antes descrito la responsabilidad queda imputada al empresario, el requisito pierde su fundamento, por lo que desaparecerá del Sistema Especial, salvo que --con buen criterio-- se incorpore expresamente en su regulación para los períodos de inactividad, donde el trabajador sigue siendo el obligado a cotizar.

En fin, antes de examinar las condiciones y el contenido de las diversas prestaciones y detectar las singularidades existentes entre el REA y el RG que --como regla general, no exenta de salvedades-- deberán quedar eliminadas en el paso al futuro Sistema Especial, cabe recordar la conveniencia de ofrecer reglas destinadas a precisar el cómputo y efectos de las cotizaciones acreditadas previamente en el REA --o, incluso, en cualquier otro Régimen de la Seguridad Social, entre ellos el RG-- con las realizadas con posterioridad en aquél, de acusada y especial incidencia para las prestaciones con largos períodos de carencia como la jubilación, pudiendo servir de orientación las contenidas en la disposición adicional 3ª RD 1382/2008 para el tránsito de los autónomos agrarios al Sistema Especial del RETA.

4.1.- Asistencia sanitaria

La mayor especificidad en el REA venía dada porque la derivada de maternidad, enfermedad común o accidente no laboral subsistía durante un plazo de tres meses cuando el trabajador no estuviera al corriente en el pago de las cuotas (arts. 20 Decreto 2123/1971 y 50 Decreto 3772/1972); tal particularidad, en su caso, sólo debería ser mantenida en el Sistema Especial, como consta, para los trabajadores durante los períodos de inactividad, sin perjuicio de la invitación al pago (disposición adicional 39ª LGSS).

4.2.- Incapacidad temporal

Aun cuando la protección otorgada por tal motivo presenta una gran similitud con la prevista para el RG, existe una leve diferencia. En efecto, cuando el art. 19 Decreto 2123/1971 efectúa una genérica remisión a la extensión, forma, términos y condiciones previstos en aquél, la cuestión no plantea mayores problemas cuando de contingencias profesionales se trata (art. 54 Decreto 3772/1972). En cambio, para las comunes resulta imprescindible para percibir la prestación económica que el trabajador, además de reunir las condiciones generales, esté prestando servicios por cuenta ajena en

[734] SSTS 14 diciembre 1992 (RJ 1992, 10079), 18 diciembre 1996 (RJ 1996, 9728), 16 junio, 1 y 8 julio y 5 diciembre 1997 (RJ 1997, 4757, 5559, 5568 y 8930) o 30 enero 1998 (RJ 1998, 1153).
[735] Numerosas muestras en SSTSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 27 febrero 1996 (AS 1996, 255), Murcia 27 marzo 1996 (AS 1996, 583); Cantabria 18 noviembre 1997 (AS 1997, 4777) y Galicia 20 febrero 1998 (AS 1998, 119) o Comunidad Valenciana 4 marzo 1997 (AS 1997, 1124) y 5 julio 2001 (AS 2001, 3284).
[736] SSTS 18 y 20 noviembre 1997 (RJ 1997, 8612 y 9473) o 11 marzo 2002 (RJ 2002, 4678).

la fecha en la cual se iniciara la enfermedad común o tuviera lugar el accidente no laboral (arts. 21 Decreto 2123/1971 y 51 Decreto 3772/1972)[737], exceptuando las situaciones de maternidad[738] y paternidad y desempleo (donde opera el art. 222.3 LGSS). No obstante, radicando el problema en los denominados períodos de inactividad, la prestación ofrecida por el venidero Sistema Especial deberá quedar totalmente equiparada, habida cuenta de que durante ese tiempo el trabajador mantiene la cotización[739], sin perjuicio del eventual mantenimiento de la exigencia de estar al corriente de pago en los términos vistos.

4.3.- Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural

Tras la incompleta redacción que la LO 3/2007, de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, había dado a la hoy desaparecida disposición adicional 11ª.bis LGSS (olvidando ciertas prestaciones), fue el art. 9 Ley 40/2007 quien tuvo que ordenar la situación de la maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, incorporando la actual disposición adicional 8ª.4 LGSS que establece (sin perjuicio de una notable complejidad técnica) una equiparación total con la regulación común para las citadas prestaciones, por lo que no presentan problema alguno en el Sistema Especial a implantar.

4.4.- Incapacidad permanente

La dinámica de la incapacidad permanente en el REA no difiere de la prevista para el RG, habida cuenta los trabajadores por cuenta ajena quedan plenamente equiparados a los incluidos en éste último (arts. 19 Decreto 2123/1971 y 49 Decreto 3772/1972 y disposición adicional 8ª LGSS), de tal forma que el Sistema Especial no contemplará singularidad alguna.

4.5.- Lesiones permanentes no invalidantes

Al igual que en el supuesto anterior, la regulación de esta prestación en el RG resultará plenamente aplicable a los trabajadores agrarios del Sistema Especial, por cuanto los arts. 18.h) Decreto 2123/1971 y 49 Decreto 3772/1972 no establecían peculiaridad alguna en el REA.

4.6.- Jubilación

---

[737] La cuestión era más compleja aún cuando se trataba de trabajadores eventuales acogidos al subsidio agrario regulado en el RD 5/1997; al respecto, AA.VV.: *Factbook de Seguridad Social*, Cizur Menor (Aranzadi/Thompson), 2008, pág. 591.

[738] Como había establecido con anterioridad el Tribunal Supremo, en Sentencia dictada para la unificación de doctrina, optando por una interpretación más flexible, STS 15 enero 2001 (RJ 2001, 2057).

[739] Como proponen algunos autores, cabría alguna opción alternativa, como la de contemplar la incapacidad común "como una mejora voluntaria, aplicándose una base de cotización a determinar, con un tipo para contingencias comunes y otro para contingencias profesionales, o cubrir los períodos de inactividad mediante convenio especial con la TGSS, adaptando progresivamente la cuota a pagar los trabajadores hasta llegar al 100 por 100 de cotización del convenio especial", CAVAS MARTÍNEZ, F. y GARCÍA ROMERO, B.: "La reforma del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social", cit., pág. 226.

La jubilación de los trabajadores del REA coincide prácticamente con la prevista en el RG, máxime a la vista de la disposición adicional 8ª LGSS, teniendo cabida la modalidad parcial. Sin embargo, presenta factores diferenciales de alcance, pues no se contempla la posibilidad de jubilación anticipada, ni --como regla de orden[740]-- en su transitoria versión para quienes fueran mutualistas antes del 1 de enero de 1967 (disposición transitoria 3ª.1.2ª LGSS)[741], ni en la más reciente incluida en el art. 161.bis, por la tácita exclusión efectuada por la disposición adicional 8ª.3 LGSS, que sólo la extiende a los Regímenes Especiales de la minería del carbón y del mar. En cualquier caso, como el próximo Sistema Especial constituye parte inescindible del propio RG, la diferencia de trato --tal vez justificada por criterios de oportunidad política y las exiguas rentas de retiro resultantes de aplicar coeficientes reductores a unas bases reguladoras ya de por sí escasas-- dejará de existir salvo previsión en contrario, sin perjuicio de la pervivencia adicional del RD 5/2001, de 12 de enero, dictado en desarrollo de normas comunitarias, el cual establece ayudas destinadas a fomentar el cese anticipado en la actividad agraria y considera el período de su disfrute, durante el cual persiste la obligación de cotizar, como situación asimilada al alta, pues así lo permite su naturaleza de medida de política económica ajena a la Seguridad Social[742].

Por otra parte, la genérica incompatibilidad de esta pensión con el trabajo, proclamada por el art. 165 LGSS, encuentra una excepción en el art. 52.2 y 3 Decreto 3772/1972[743] que deberá ser olvidada por la derogación de dicha norma en favor de la aplicación de las reglas generales sobre suspensión del beneficio por realización de servicios y cómputo de las cotizaciones derivadas (arts. 165 y ss. LGSS y 16 Orden de 18 de enero de 1967), sin perjuicio de respetar la tradición rural y secular de mantener,

---

[740] Salvo la excepción contenida en la Ley 47/1998, de 23 de diciembre, por la que se dictan reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del Sistema de la Seguridad Social, que reconoce tal posibilidad de haber tenido la condición de mutualista antes del 1 de enero de 1967 y acreditar que la cuarta parte de las cotizaciones de toda la vida laboral pertenecen a un Régimen que sí reconozca ese derecho de jubilación anticipada, AA.VV. (MARTÍN VALVERDE, A., y GARCÍA MURCIA, J., Dirs. y Coords.): *Tratado Práctico de Derecho de la Seguridad Social. Volumen II*, cit., pág. 1119.

[741] En tanto la referida posibilidad se regula en disposiciones transitorias cuya pretensión es respetar los derechos adquiridos por aplicación del derogado Reglamento del Mutualismo Laboral (previo al RG), que no eran reconocidos, en cambio, por los también derogados Estatutos de la Mutualidad Nacional de Previsión Social Agraria (precedente del REA vigente), SSTS 23 noviembre 1993 (RJ 1993, 8938); 17 febrero, 14 junio, 23 septiembre y 4 y 28 octubre 1994 (RJ 1994, 2477, 5433, 7174, 7741 y 9719) y 27 mayo 1996 (RJ 1996, 4681) o STSJ Castilla y Léon/Valladolid 15 febrero 2000 (AS 2000, 1523).

[742] De tal forma que dicha ayuda puede servir de puente hasta alcanzar la edad ordinaria de jubilación; por extenso, CASTRO ARGÜELLES, M.A.: "El régimen comunitario de ayuda al cese anticipado de la actividad agraria a partir del Reglamento (CE) núm. 1257/1999", *AL*, núm. 22, 2000, págs. 390 y ss.

[743] En concreto, tras proclamar idéntica regla de incompatibilidad, permite realizar labores agrarias esporádicas u ocasionales, mereciendo tal consideración cuando no excedan de seis días laborales consecutivos ni se invierta en ellas un tiempo que exceda, al año, del equivalente a un trimestre. Cuando tales tareas compatibles se realicen por cuenta ajena, el empresario que emplee al pensionista estará obligado a formalizar la cobertura por riesgos profesionales. Por su parte, cuando pretenda realizar trabajos incompatibles con el disfrute de la pensión deberá comunicarlo a la Entidad Gestora y satisfacer por tales trabajos las cotizaciones correspondientes, cesando en la percepción de la pensión mientras duren aquéllos. Si los trabajos son agrarios motivarán su inclusión en el censo, con el consiguiente derecho a causar prestaciones en general; en cuanto a la vejez, las cotizaciones realizadas en esta situación podrán motivar la revisión de la cuantía de la pensión por incremento de los años de cotización de los cuales depende el porcentaje aplicable. AA.VV.: *Factbook de Seguridad Social*, cit., págs. 595 y 596.

pese a la jubilación formal, "una parcela o sector de actividad profesional hasta que la invalidez total o la muerte no les retire totalmente del mundo del trabajo"[744].

Adicionalmente, cabe reclamar la aplicación del art. 112.bis LGSS para permitir la exoneración de cuotas de empresarios y trabajadores por contingencias comunes (salvo incapacidad temporal de ellas derivadas) respecto de los contratados indefinidos y socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas con 65 o más años de edad y 35 o más de cotización, excluidas las partes proporcionales de pagas extraordinarias, pues los agrarios por cuenta ajena quedan en la actualidad expresamente excluidos de dichos incentivos por la disposición adicional 8ª.4 LGSS.

En fin, como propuesta adicional para el próximo Sistema Especial, algunos autores han sugerido la posibilidad, a efectos de computar los períodos de carencia, de aplicar un coeficiente multiplicador del 1,5 a cada día cotizado, con el lógico tope de 365 (de forma similar a cuanto ocurre para los trabajadores a tiempo parcial, *ex* RD 1131/2002)[745].

4.7.- Muerte y supervivencia

De conformidad con la disposición adicional 8ª.1 LGSS, serán de aplicación a todos los Regímenes que integran el Sistema de Seguridad Social (por tanto, también al REA) lo dispuesto con relación a las prestaciones de viudedad (arts. 174 y 174 bis LGSS, incluido el importe de sus cuantías mínimas, *ex* disposición adicional 7ª LGSS), orfandad (art. 175 LGSS, incluida la aplicación paulatina del límite de edad, disposición transitoria 6ª LGSS), así como ciertos aspectos relativos a las prestaciones a favor de familiares (art. 176.4 LGSS) e indemnizaciones a tanto alzado (art. 177.1 LGSS), al igual que los diversos límites e incompatibilidades entre todas ellas (art. 179 LGSS); lógicamente, en el Sistema Especial resultarán directamente operativas las previsiones del RG, sin necesidad de remisión alguna.

No obstante, los arts. 22 Decreto 2123/1971 y 53 Decreto 3772/1972 mantienen una gran singularidad, pues cuando la muerte derive de enfermedad común o accidente no laboral la exigencia de estar al día en la cotización en el momento del hecho causante queda excluida, pues se considerará al corriente en el pago de las cuotas al trabajador que, al fallecer, tuviera algunas pendientes siempre y cuando sus causahabientes satisfagan su importe y el período de descubierto no supere los doce meses, para percibir el subsidio por defunción, o los seis, respecto al resto de prestaciones. Corrigiendo tal regla, el Alto Tribunal consideró aquellos topes como "un trato desigual no justificable ante la Ley, en relación a lo que ocurre en el RETA, cuando concede el derecho a la prestación sin poner limites a las cotizaciones adeudadas en el momento de fallecimiento del causante, una vez que sus herederos aceptan y cumplen el requisito-invitación de la Entidad Gestora y pagan la suma correspondiente a las cotizaciones atrasadas y debidas"[746]. A partir de lo anterior, y recordando la disposición adicional 39ª LGSS y lo afirmado en epígrafes precedentes, parece lógico proponer que este beneficio

[744] BORRAJO DACRUZ, E.: "Régimen jurídico de la jubilación anticipada en la titularidad de las explotaciones agrarias: CEE y España", *AL*, T. III, 1998, pág. 764.
[745] CAVAS MARTÍNEZ, F. y GARCÍA ROMERO, B.: "La reforma del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social", cit., pág. 227.
[746] SSTS 31 mayo 2004 (RJ 2004, 5384), 18 enero 2005 (RJ 2005, 2424) o 16 febrero 2006 (RJ 2006, 1556).

social en el Sistema Especial dependa, si así se estimara conveniente, del corriente en el pago de las cotizaciones cuando la contingencia sorprendiera al causante en un período de inactividad, existiendo siempre la posibilidad de subsanar y reabrir el derecho a través del pago ofertado por la Entidad Gestora, cualquiera que sea la cuantía y el tiempo al que vaya referido.

4.8.- Prestaciones familiares

Las previsiones sobre "prestaciones económicas de protección a la familia" contenidas en los arts. 18 y 30 Decreto 2123/1971 y 49 Decreto 3772/1972 deben entenderse superadas por la disposición adicional 8ª LGSS, de conformidad con la cual estas prestaciones se aplican a todos los Regímenes de la Seguridad Social sin distinción.

4.9.- Desempleo

La protección de esta contingencia tuvo que coordinar desde un principio la necesidad de una especial protección a los trabajadores agrarios por cuenta ajena del sector, debido a los caracteres de estacionalidad y elevadas tasas de desempleo, con las dificultades de articular un modelo contributivo inspirado en los requisitos fundamentales de tipo asegurador como el común[747]. Por tal motivo, el art. 205.2 LGSS reconoce el beneficio en los diferentes Regímenes Especiales de la Seguridad Social "con las especialidades que se establezcan reglamentariamente", lo que supone residenciar en una norma de inferior rango el grueso de la regulación[748]. Además, la peculiar situación de algunas Comunidades Autónomas como Andalucía y Extremadura, marcadas por índices de paro estructural muy superiores a la media nacional, determinó la articulación de mecanismos específicos vinculados a políticas públicas de empleo con origen en el Plan de Empleo Rural iniciado en 1984 (PER) y, posteriormente, el Acuerdo para el Empleo y Protección Social Agraria de 1996 (AEPSA)[749].

Como consecuencia, el panorama de la protección por desempleo en el REA ofrece diversas variantes donde habitan tanto prestaciones contributivas, como asistenciales e, incluso, mixtas, presentando algunas de ellas singularidades frente al RG y otras un carácter exclusivo, de tal forma que la peculiaridad radica en su propia existencia. Sin entrar a desmenuzar su régimen jurídico, a cuyo fin cabe remitir a solventes estudios[750], adquiere gran relevancia jurídica y práctica la tarea de delimitar

---

[747] LÓPEZ GANDÍA, J.: *La protección por desempleo de los trabajadores del régimen especial agrario*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2003, pág. 28.

[748] MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: "Protección por desempleo en el Régimen Agrario, el arte de la eterna diferencia", *TS*, núm. 204, 2007, pág. 16.

[749] El sistema resultante "parecía incentivar la movilidad de los trabajadores hacia donde se encontraban los empleos, hacia las ciudades y a las regiones que presentan una mayores tasas de actividad. Se convirtió así la movilidad geográfica y la reconversión profesional en la única forma de abordar los problemas de paro estructural de Andalucía y Extremadura, olvidándose de mejorar las condiciones que permitan crear empleo en las regiones con peores tasas con miras a reducir las disparidades regionales en materia de empleo y desempleo, lográndose de este modo trasvasar la población rural andaluza y extremeña hacia las ciudades de éstas y otras regiones ante la necesidad de mano de obra imperante", HIERRO HIERRO, F.J.: "La integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General. (Algunas propuestas de regulación del previsible Sistema Especial)", cit., pág. 84.

[750] Una visión general y completa en GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La reforma del subsidio agrario y la ampliación de la protección por desempleo a todos los trabajadores eventuales del campo", *RL*, T.I, 2003,

sus fronteras, inexorablemente unida a la calificación de los beneficiarios en trabajadores fijos, discontinuos y eventuales, con el objetivo de alcanzar conclusiones válidas a la hora de llevar a cabo su integración en el Sistema Especial de trabajadores por cuenta ajena agrarios del RG[751], sin olvidar la acusada incidencia del RD 864/2006, de 14 de julio, por el que se mejora el Sistema de Protección por Desempleo de los Trabajadores Agrarios, promulgado "con el propósito de mejorar y adecuar las relaciones laborales en esta ámbito productivo, minimizando los desajustes existentes, favoreciendo la movilidad funcional de los trabajadores, de manera que puedan variar de régimen de encuadramiento con facilidad, haciendo aflorar la economía sumergida, y procurando romper la dinámica tan extendida entre los eventuales agrarios de lucrar prestaciones de desempleo durante los períodos de inactividad en lugar de ocuparse en otros sectores productivos" [752].

4.9.1.- Desempleo de trabajadores fijos

La derogada Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo, extendió su ámbito de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena de carácter fijo incluidos en el REA. Su desarrollo reglamentario, efectuado por RD 1469/1981, de 19 de junio, completado por Órdenes de 15 de febrero y 30 de abril de 1982, aspiraba abiertamente a un acercamiento a las reglas propias del RG, pues su Exposición de Motivos reconocía como principio inspirador la "equiparación de la protección sin otras peculiaridades que las imprescindibles en orden a una inequívoca calificación de los potenciales beneficiarios, que permita obviar los riesgos de desviación inherentes a la fluidez de la ocupación agraria y mantener sus efectos dentro del ámbito personal de aplicación destinatario de la extensión legal"; al tiempo, la norma realizaba continuas remisiones al RG, incluida una llamada a sus reglas para cuanto no apareciera en ella contemplado (disposición final única). Posteriormente, como consta, el art. 205.2 LGSS incluyó en la protección por desempleo (en previsión que alcanza tanto a fijos como a eventuales), con las oportunas peculiaridades reglamentarias, a los trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes Especiales que protegieran dicha contingencia, de tal forma que mantuvo implícitamente las singularidades referidas a los indefinidos y recogidas en el citado RD 1469/1981 en cuanto puedan considerarse vigentes y no hayan sido modificadas por la numerosa legislación posterior.

Los aspectos de mayor relieve del régimen jurídico de la protección por desempleo de los trabajadores del campo con contrato indefinido pueden resumirse como sigue:

---

págs. 331 y ss; AGUT GARCÍA, C.: "Protección por desempleo de los trabajadores eventuales del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social", *TS*, núm. 150, 2003, págs. 35 y ss.; GARCÍA GARCÍA, J.M.: "La protección por desempleo de nivel contributivo para los trabajadores eventuales del régimen especial agrario de la Seguridad Social", *Información laboral. Legislación y convenios colectivos*, núm. 15, 2003, págs. 2 y ss.; LÓPEZ GANDÍA, J.: *La protección por desempleo de los trabajadores del régimen especial agrario*, cit.; HIERRO HIERRO, F.J.: *El régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, cit., págs. 371 y ss.; CARDENAL CARRO, M. y HIERRO HIERRO, F.J.: "La protección por desempleo en el régimen especial agrario de la Seguridad Social", en AA.VV.: *Empleo, despido y desempleo tras las reformas de 2002: (análisis de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre)*, Cizur Menor (Aranzadi), 2003, págs. 245 y ss.; o MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: "Protección por desempleo en el Régimen Agrario, el arte de la eterna diferencia", cit., págs. 16 y ss.

[751] BLASCO LAHOZ, F.J.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, M.A.: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, 11ª ed., cit., pág. 205.

[752] MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: "Protección por desempleo en el Régimen Agrario, el arte de la eterna diferencia", cit., pág. 17.

1.- “Se considerará trabajador por cuenta ajena de carácter fijo aquel que es contratado para prestar servicios por tiempo indefinido y está adscrito a una o varias explotaciones del mismo titular” (art. 1.2 RD 1469/1981). La mención ha de entenderse referida a los fijos en sentido estricto y a los discontinuos, incluyendo en este caso tanto a los que prestan servicios periódicos repetidos en fechas ciertas como a quienes lo hacen sin exacta regularidad, por expresa disposición del art. 208.1.4 LGSS (en redacción dada por Ley 43/2006), lo cual vino a zanjar una confusa y compleja evolución legal y a rebatir la opuesta jurisprudencia del Tribunal Supremo[753]. No obstante, conviene recordar dos precisiones, derivadas exclusivamente de las reglas de cotización en la materia: de un lado, los familiares del titular de la explotación agraria que sirvan en la misma y convivan con aquél quedan protegidos sólo cuando resulte acreditada su condición de asalariados (art. 45.1.2.a Ley 45/2002); de otro, en ningún caso alcanzará a los hijos menores de 30 años del titular que, conviviendo con él, hayan sido contratados como trabajadores por cuenta ajena (disposición adicional 3ª Ley 18/2007).

2.- Los trabajadores fijos habrán de ser considerados en situación legal de desempleo cuando se encuentren en alguno de los siguientes supuestos (art. 2 RD 1469/1981):

-- “Quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su ocupación por causas a ellos no imputables, con la consiguiente pérdida de su retribución”. Dicha situación ha de entenderse referida tanto a las vicisitudes durante la campaña o temporada como a los períodos de inactividad entre campaña y campaña (art. 45.1.3º RD 84/1996), pues aun cuando no pueda considerarse técnicamente como pérdida del trabajo[754], se trata de una eventualidad temporal por causas ajenas al trabajador imputable a las características discontinuas de la actividad[755].

-- “Aquellos que pierdan temporalmente su retribución por suspensión de su contrato de trabajo en virtud de expediente de regulación de empleo tramitado en forma reglamentaria”.

El precepto incorpora una importante diferencia respecto al RG, en tanto no se consideran como situación legal de desempleo muchas de las recogidas en el art. 208 LGSS, señaladamente la referida a reducción de la jornada ordinaria que da lugar al desempleo parcial, inexistente en este Régimen.

3.- Quien sea trabajador fijo, esté incluido en el REA y se encuentre en situación legal de desempleo tendrá derecho a las prestaciones por tal contingencia de reunir las condiciones generales exigidas para su concesión y contempladas en el art. 207 LGSS. A efectos de determinar el número de días del período de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, que permite obtener la prestación por desempleo de nivel contributivo y fijar su duración el número total de jornadas reales cotizadas en el REA

[753] Y que sólo consideraba no incluidos en la protección por desempleo a los fijos discontinuos de fecha cierta por el período existente entre campaña y campaña, SSTS 25 septiembre y 12 noviembre 2002 (RJ 2003, 503 y 1386).
[754] STCo 53/2004, de 15 de abril (RTC 2004/53).
[755] STS 29 septiembre 2004 (RJ 2004, 6060).

se multiplicará --también para los eventuales, cabe precisar-- por el coeficiente 1,337, que incluye la parte proporcional de domingos, festivos y vacaciones anuales, con el límite de días naturales del año, y de los días naturales del período inferior considerado más los que proporcionalmente correspondan a las vacaciones anuales; regla también aplicable para acceder al subsidio establecido en el art. 215.1.2 LGSS, pero no al regulado en el RD 5/1997 ni a la renta agraria del RD 426/2003 (art. 1 RD 864/2006).

4.- En cuanto al alcance de la protección, la norma reglamentaria remitía a la Ley 51/1980, debiendo entender hecha la referencia en la actualidad a la LGSS, cuyo art. 206 contempla las siguientes prestaciones:

-- En el nivel contributivo, la correspondiente por desempleo total en los términos comunes de los arts. 207 y ss. LGSS, así como el abono de la aportación de la empresa correspondiente a las cotizaciones durante su percepción, corriendo a cargo del trabajador su oportuno porcentaje, si bien reducido para este colectivo en un 72 por 100 (frente al 35 por 100 del RG, art. 214.4 LGSS). Además, en tanto no existe desempleo parcial (por no constituir situación de alta la reducción de jornada), sólo en los supuestos de suspensión la empresa queda obligada a ingresar su parte asumiendo la Entidad Gestora la del beneficiario (art. 214.2 LGSS, que significa la derogación del art. 4.3 RD 1469/1981).

-- En el nivel asistencial, el subsidio por desempleo y abono de cotizaciones correspondientes a jubilación durante la percepción de aquél, pues aun cuando el RD 1469/1981 no hacía referencia alguna a este nivel, no cabe olvidar el reenvío efectuado por su disposición adicional final y el art. 205.2 LGSS, de tal forma que la cuestión queda enteramente remitida a los términos contemplados para el RG. No obstante, existe una regla particular para los fijos discontinuos de cualquier ámbito --también para el Agrario-- llamada a pervivir en el futuro Sistema Especial, por cuanto no supone un aspecto de convergencia entre Regímenes sino un diverso tratamiento legal de modalidades contractuales[756]. Sea como fuere, la duración del subsidio por cargas familiares "será equivalente al número de meses cotizados en el año anterior a la solicitud" y no les resulta aplicable el subsidio por desempleo para mayores de 52 años ni el subsidio especial para mayores de 45 años (art. 216.5 LGSS). No obstante, tras la Ley 43/2006, cuando se extinga su relación laboral y hayan agotado un derecho a la prestación por desempleo de cualquier duración, aunque entre ésta y aquélla hubieran percibido subsidio por desempleo en los períodos de inactividad productiva, tendrán derecho al subsidio para mayores de 45 años (en las cuantías determinadas en función de las cargas familiares por el art. 217.2 LGSS) siempre y cuando hayan cotizado como fijos discontinuos un mínimo de nueve años a lo largo de su vida laboral (art. 215.1.4 LGSS)[757].

---

[756] Esas diferencias de trato indicadas en texto no han sido consideradas como inconstitucionales, considerando que "es la diferente modalidad de la relación contractual el factor determinante para excluir a los trabajadores fijos discontinuos como beneficiarios del subsidio asistencial por desempleo para trabajadores mayores de cincuenta y dos años, subsidio que, al orientarse a asistir a los desempleados de cierta edad en su tránsito hacia la jubilación, permite que queden excluidos de su cobertura quienes son empleados, aun cuando sea con carácter discontinuo", STCo 53/2004, de 15 de abril (RTC 2004/53).

[757] Quizá por todo lo indicado en texto y la doctrina del alto intérprete de la Carta Magna se ha contemplado un cómputo específico de cotizaciones presuntas a efectos de la pensión de jubilación; al respecto, BLASCO LAHOZ, F.J.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, M.A.: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, 11ª ed., cit., págs. 208 y ss. En general, sobre el desempleo

Sin embargo, con exclusiva aplicación al REA, la previsión del art. 2 RD 864/2006 permite a los fijos discontinuos de Andalucía y Extremadura que estén en situación de desempleo por finalización o interrupción de la actividad intermitente o de temporada, suspensión de la actividad por razones económicas, técnicas o de fuerza mayor, o cese involuntario, optar (por atribuirles la consideración también de eventuales) entre el desempleo contributivo o el asistencial del art. 216.5 LGSS, por un lado, y el subsidio del RD 5/1997, de otro[758].

4.9.2.- Subsidio de trabajadores eventuales de Andalucía y Extremadura

La regulación del subsidio por desempleo para trabajadores eventuales, de carácter fundamentalmente asistencial, creado por RD 3237/1983, de 28 de diciembre, aparece regulado en el RD 5/1997, de 10 de enero, cuyas disposiciones transitorias han sido prorrogadas por normas anuales hasta el RD 2389/2004, de 30 de diciembre, el cual, optando por una técnica distinta, declara la prórroga indefinida "hasta tanto no se establezca la terminación de su vigencia por disposición expresa del Gobierno, previa consulta con los interlocutores sociales". Su exclusiva aplicación a las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura (permitida por el art. 1.2 RD 5/1997 y declarada expresamente por su disposición adicional 1ª) no fue considerada discriminatoria[759], pues se mantenía la posibilidad --nunca materializada-- de extenderlo territorialmente cuando fuera preciso[760]. Por cuanto ahora importa, desde un punto de vista subjetivo, alcanza a los trabajadores por cuenta ajena eventuales incluidos en el REA, salvo que ellos o su cónyuge sean propietarios, arrendatarios, aparceros o titulares por concepto análogo de explotaciones agropecuarias cuyas rentas superen, en cómputo anual, la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente, excluidas las pagas extraordinarias (art.1.1.1º RD 5/1997). La condición de eventuales se reconoce a quienes, estando inscritos en el censo agrario, son contratados por tiempo determinado bajo cualquier modalidad para realizar labores agrarias en una o varias explotaciones de igual o distinto titular (art. 1.1.2º RD 5/1997).

4.9.3.- Renta activa de inserción y renta agraria para eventuales de Andalucía y Extremadura excluidos del subsidio

Merced al art. 3 Ley 45/2002, y a partir del 26 de mayo de 2002 (disposición final 1ª.tres.c), sólo podrían acceder al subsidio regulado en el RD 5/1997 quienes hubieran sido beneficiarios del mismo en alguno de los tres años naturales inmediatamente anteriores a la fecha de su solicitud, debiendo además suscribir el correspondiente compromiso de actividad en los términos previstos en el art. 231 LGSS. Para quienes quedaron fuera por no cumplir este nuevo requisito, la disposición adicional 1ª Ley 45/2002 abrió la posibilidad de acceder al "Programa de renta activa de inserción" sólo durante ese año 2002. A partir de tal fecha, el RD 426/2003, de 11 de

---

de los trabajadores fijos discontinuos, LOUSADA AROCHENA, J.F.: "La protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos", *AL*, núm. 6, 2009, págs. 2 y ss.

[758] Lo cual obedece a que los fijos discontinuos no suelen realizar muchas más jornadas de trabajo que los eventuales, sin perjuicio de paradojas como que aun teniendo los fijos las mismas o incluso más peonadas que los eventuales, no accedan ni al subsidio especial agrario de Andalucía y Extremadura ni al común de los fijos, pese a darse en ambos casos labores agrarias, BLASCO LAHOZ, F.J.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, M.A.: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, 11ª ed., cit., pág. 221.

[759] STCo 90/1989, de 11 de mayo (RTC 1989, 90).

[760] STCT 5 mayo 1987 (RTCT 1987, 9374).

abril, instauró con vocación de permanencia una nueva prestación específica denominada "renta agraria" para los trabajadores eventuales agrarios residentes en Andalucía o Extremadura que se encuentren en situación de desempleo y no puedan ser beneficiarios del subsidio regulado en el RD 5/1997.

4.9.4.- Prestación contributiva de trabajadores eventuales

Con la intención de saldar la deuda de protección social contraída[761], los arts. 3 y 4 Ley 45/2002 crearon y regularon, "en condiciones restrictivas"[762], una prestación por desempleo para trabajadores eventuales del REA, cualquiera que fuera su Comunidad Autónoma (también les excluye del nivel asistencial regulado por el art. 215 LGSS, aun cuando habilite al Gobierno para extenderles tal protección en función de la tasa de desempleo y la situación financiera del Sistema), sin perjuicio de facultar al Gobierno para establecer limitaciones en el acceso a determinados colectivos y para exigir una declaración de actividad previa al pago de las prestaciones.

4.9.5.- Protección por desempleo en el Sistema Especial

No cabe duda que el actual y complejo entramado de prestaciones por desempleo en el REA supone uno de los extremos más delicados para llevar a efecto la integración en el RG, si bien el del RD 864/2006, constituyó un valioso instrumento para allanar el camino.

Por cuanto hace a la protección contributiva y asistencial de fijos y eventuales (excluido el subsidio y la renta agraria de Extremadura y Andalucía) y la aplicación del Título III LGSS, algunos apuntes a tener en cuenta podrían venir dados por los siguientes:

-- Al quedar sometidos a la regulación general, se ampliarán las situaciones legales de desempleo a todas las listadas en el art. 208 LGSS, incluyendo la reducción de la jornada ordinaria para generar la protección parcial y, en consecuencia, abrirá a tales supuestos la operatividad del art. 214.2 LGSS en materia de cotización durante la percepción del beneficio, ingresando el empresario su aportación y asumiendo la Entidad Gestora la del parado.

-- Cabría mantener la exclusión de familiares contenida en los arts. 45.1.2.a) Ley 45/2002 y disposición adicional 3ª Ley 18/2007, en tanto atiende a reglas sobre cotización y sólo indirectamente a la ordenación de la prestación por desempleo.

-- Por idéntico motivo, también procedería conservar la específica reducción del 72 por 100 --frente a la común del 35 por 100-- en el abono de las aportaciones correspondientes al perceptor de la prestación (art. 214.4 LGSS).

-- Con la intención de ampliar la posibilidad de acceder a las prestaciones por desempleo, los documentos de trabajo abogaban por aumentar el coeficiente aplicable a las jornadas reales a efectos de determinar el período de ocupación cotizada que

[761] CAVAS MARTÍNEZ, F.: "La nueva protección por desempleo de los trabajadores eventuales agrarios", *AS*, núm. 16, 2003, pág. 11.
[762] GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La reforma del subsidio agrario y la ampliación de la protección por desempleo a todos los trabajadores eventuales del campo", cit., pág. 343.

condiciona el derecho y su duración, pasando del 1,337 (previsto en el art. 1 RD 864/2006) al 1,5[763].

-- La prestación contributiva reconocida a los eventuales por la Ley 45/2002 estuvo en su origen caracterizada por ser puramente contributiva --a diferencia de la existente en Andalucía y Extremadura-- pero probablemente discriminatoria respecto a los eventuales de otros sectores por sus condiciones de acceso y su duración[764]; la eliminación de tan injustificadas peculiaridades por el RD 864/2006 permitió alcanzar la homogeneidad con el RG[765], a consolidar tras la integración en el Sistema Especial con la aplicación de cómputos de cotización a estos efectos en diversas actividades[766].

-- Por su parte, los documentos de trabajo reclaman el reconocimiento del subsidio para mayores de 52 años a quienes accedan desde el REA al Sistema Especial del RG, reduciendo el período mínimo de seis años exigidos por el art. 215.1.3 LGSS por aplicación de una escala que asimila años de inclusión en el censo a años cotizados[767].

Años de cotización por desempleo	**Años de afiliación al REA**
6	No se exigen
5	5
4	10
3	15
2	20
1	25
No se exigen	30 o más

En fin, en relación con la regulación específica para los eventuales de Extremadura y Andalucía, frente a quienes parecían defender la pervivencia del subsidio y la renta agraria en los términos actuales[768], cobra fuerza la unificación de ambas prestaciones en un modelo único, manteniendo la facultad del interesado para optar entre el mismo y la protección por desempleo contributiva, si acreditara las cotizaciones suficientes.

[763] En tanto se ha propuesto la inclusión en el Sistema Especial de los trabajadores eventuales y discontinuos, pero también de los fijos, a todos ellos resultaría aplicable el aumento del coeficiente, como ocurre en la regulación actual; defendiendo la medida con exclusión de estos últimos, CAVAS MARTÍNEZ, F. y GARCÍA ROMERO, B.: "La reforma del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social", cit., pág. 227.

[764] Hasta el punto de calificarlo como "subsistema de desempleo", alegando que "si lo que se pretende es la incorporación de este tipo de trabajadores en el Sistema General, lo adecuado hubiera sido una simple declaración de integración, determinando la aplicación incondicionada de las reglas comunes", sin perjuicio de reglas transitorias como podrían ser exigencias más bajas de períodos de carencia, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La reforma del subsidio agrario y la ampliación de la protección por desempleo a todos los trabajadores eventuales del campo", cit., pág. 344.

[765] Al respecto, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: "Protección por desempleo en el Régimen Agrario, el arte de la eterna diferencia", cit., págs. 16 y ss.

[766] BLASCO LAHOZ, F.J.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, M.A.: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, 11ª ed., cit., pág. 212.

[767] CAVAS MARTÍNEZ, F. y GARCÍA ROMERO, B.: "La reforma del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social", cit., pág. 228.

[768] BLASCO LAHOZ, F.J.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, M.A.: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, 11ª, cit., pág. 175.

IV.- Bibliografía

AA.VV.: *Diecisiete lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Madrid, 1972.

-- *Factbook de Seguridad Social*, Cizur Menor (Aranzadi/Thompson), 2008.

-- (MARTÍN VALVERDE, A., y GARCÍA MURCIA, J., Dirs. y Coords.): *Tratado Práctico de Derecho de la Seguridad Social. Volumen II*, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2008.

AGUT GARCÍA, C.: "Protección por desempleo de los trabajadores eventuales del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social", *TS*, núm. 150, 2003.

BAYÓN CHACÓN, G.: "El elemento de pluralidad en la Seguridad Social española: Régimen General y Regímenes Especiales", en AA.VV.: *Diecisiete lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Madrid, 1972.

BLASCO LAHOZ, F.J.: "La integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos", *Información Laboral. Legislación y convenios colectivos*, núm. 27, 2007.

-- LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, M.A.: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2009, 10ª ed.

-- *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010, 11ª ed.

BORRAJO DACRUZ, E.: "Régimen jurídico de la jubilación anticipada en la titularidad de las explotaciones agrarias: CEE y España", *AL*, T. III, 1998.

BUENO ORTEGA, J.J.: "Nueva regulación en el Régimen Especial Agrario", *AL*, núm. 12, 2006.

BRUFAO CURIEL, P.: *Subvenciones agrarias, desarrollo rural y medio ambiente*, Granada (Comares), 2007.

CASTRO ARGÜELLES, M.A.: "El régimen comunitario de ayuda al cese anticipado de la actividad agraria a partir del Reglamento (CE) núm. 1257/1999", *AL*, núm. 22, 2000.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: "La nueva protección por desempleo de los trabajadores eventuales agrarios", AS, núm. 16, 2003.

-- y GARCÍA ROMERO, B.: "La reforma del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social", *TL*, núm. 94, 2008.

CES: *Sobre el Anteproyecto de Ley por la que se procede a la integración de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*, Madrid (CES), 2006.

DESDENTADO BONETE, A.: “El futuro del Régimen Especial Agrario: un largo adiós”, *AL*, T. I, 2008.

FERNÁNDEZ DÍEZ, A.: “La nueva cotización empresarial al régimen especial agrario de la seguridad social”, *Información laboral. Legislación y convenios colectivos*, núm. 15, 2009.

FERNÁNDEZ PROL, F.: “Trabajadores por cuenta propia del Régimen Agrario: ¿hacia la integración en el Régimen Especial de trabajadores autónomos?”, *Información Laboral. Legislación y convenios colectivos*, núm. 12, 2004.

GARCÍA GARCÍA, J.M.: “La protección por desempleo de nivel contributivo para los trabajadores eventuales del régimen especial agrario de la Seguridad Social”, *Información laboral. Legislación y convenios colectivos*, núm. 15, 2003.

GARCÍA ROMERO, B.: “La integración de los trabajadores agrarios por cuenta propia en el Régimen Especial de trabajadores autónomos”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 8, 2008.

GÓMEZ ÁLVAREZ, M.A. y LÁZARO ARAUJO, L.: “El régimen especial agrario de la seguridad social, su financiación”, *Revista de Estudios Agrosociales*, núm. 138, 1986.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La reforma del subsidio agrario y la ampliación de la protección por desempleo a todos los trabajadores eventuales del campo”, *RL*, T. I, 2003.

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: “Los regímenes especiales agrario y de trabajadores del mar ante el proceso de reforma de la estructura de la Seguridad Social”, en AA.VV.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada (Comares), 2008.

HIERRO HIERRO, F.J.: *El Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*, Cizur Menor (Aranzadi), 2005.

--“La integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General. (Algunas propuestas de regulación del previsible Sistema Especial)”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 8, 2008.

-- y CARDENAL CARRO, M.: “Una primera aproximación a la Ley 18/2007, de 4 de julio: hacia la definitiva racionalización y simplificación del Sistema de la Seguridad Social”, *AS*, núm. 9, 2007.

--“La protección por desempleo en el régimen especial agrario de la Seguridad Social”, en AA.VV.: *Empleo, despido y desempleo tras las reformas de 2002: (análisis de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre)*, Cizur Menor (Aranzadi), 2003.

-- “Retoques y modificaciones en los RRDD 84/1996, 2064/1995, 1415/2004 y 1993/1995 para su adaptación a las Leyes 18 y 20/2007: (notas sobre el nuevo Sistema Especial de la seguridad Social)”, *AS*, núm. 13, 2008.

LÓPEZ GANDÍA, J.: “Las cooperativas agrarias y el campo de aplicación de la Seguridad Social”, *TS*, núm. 15, 1992.

--“Cooperativas y Seguridad Social”, *RL*, T. II, 2000.

--*La protección por desempleo de los trabajadores del régimen especial agrario*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2003.

-- *Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del derecho del trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2006.

LOUSADA AROCHENA, J.F.: "La protección por desempleo de los trabajadores fijos discontinuos", *AL*, núm. 6, 2009.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: "Protección por desempleo en el Régimen Agrario, el arte de la eterna diferencia", *TS*, núm. 204, 2007.

MORGADO PANADERO, P.: "Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del derecho del trabajo", *AL*, T. II, 2002.

PLANAS GÓMEZ, M.: "Nuevas modalidades de cotización en el R. E. Agrario Cuenta Ajena", *TS*, núms. 224-225, 2009.

CAPÍTULO VI.- RÉGIMEN ESPECIAL DE LA MINERÍA DEL CARBÓN. PECULIARIDADES Y POSIBILIDADES DE INTEGRACIÓN

Mª de los Reyes Martínez Barroso
TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Acreditada por la ANECA para el acceso al Cuerpo de Catedráticos de Universidad
Universidad de León

SUMARIO: I.- Las nefastas consecuencias derivadas de la fragmentación del Sistema como punto de partida. II.- Justificación histórica del Régimen Especial de la Minería del Carbón. III.- La equidad social, la utilidad económica y las razones de orden político como sustento. IV.- Justificación legal. V.- Principales peculiaridades del Régimen Especial de la Minería del Carbón. 1.- Ámbito de aplicación. 2.- Actos de encuadramiento. 3.- Riesgos protegidos. 3.1.- El accidente de trabajo minero y las normas específicas para su prevención. 3.2.- La enfermedad profesional. En especial la silicosis. 3.2.1.- Regulación jurídica de la silicosis. 3.2.2.- Concepto y grados de silicosis. A) Silicosis de primer grado. B) Silicosis de segundo grado. C) Silicosis de tercer grado. 3.2.3.- Valoración de la incapacidad en supuestos de neumoconiosis. 4.- Peculiaridades en materia de acción protectora. 4.1.- La incapacidad permanente. 4.1.1.- Valoración conjunta de lesiones incapacitantes. 4.1.2.- Incapacidad permanente total cualificada. 4.1.3.- Declaración y revisión del grado de incapacidad permanente una vez cumplida la edad de jubilación. 4.1.4.- Base reguladora de la pensión de incapacidad permanente derivada de silicosis diagnosticada con posterioridad al cese en la actividad con riesgo pulvígeno. 4.1.5.- Nueva cuantía de la pensión de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez al cumplir la edad de jubilación. 5.- La jubilación en el Régimen Especial Minero. 5.1.- Coeficientes reductores de la edad de jubilación. 5.2.- Jubilación de los inválidos totales. 6.- Prestaciones de muerte y supervivencia. 7.- La financiación de las contingencias comunes a partir de bases de cotización normalizadas. 7.1.- Normalización de las bases de cotización. 7.2.- Bases normalizadas correspondientes al presente ejercicio. 7.3.- Topes máximo y mínimo. 7.4.- Cotización de trabajadores pertenecientes a categorías de nueva creación y que hayan suscrito convenio especial en dicho Régimen. 7.5.- Cotización por contingencias profesionales. 7.6.- Cotización durante la percepción de la prestación por desempleo. VI.- Ayudas a la producción de carbón y política de prejubilaciones. VII.- Un interrogante abierto: sobre las posibilidades de integración futura en el Régimen General. VIII.- Bibliografía.

I.- Las nefastas consecuencias derivadas de la fragmentación del Sistema como punto de partida

La estructura del Sistema español de Seguridad Social hace ya más de dos décadas que era calificada de "discriminatoria, excesivamente fragmentada, inadaptada a la realidad socioeconómica actual, confusa y de complicada gestión"[769], motivando que las reacciones en favor de una racionalización y mejor sistematización, que pasa necesariamente por un acortamiento del número de Regímenes Especiales, haya venido trascendiendo más allá de la doctrina para implicar a partidos políticos, interlocutores sociales y colectivos afectados. De este modo, y desde la década de los ochenta del pasado siglo, aparece como una constante común a todos los documentos de análisis, estudios de prospectiva y programas de reformas gubernamentales en materia de Seguridad Social, la

[769] DESDENTADO BONETE, A.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, B. y GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E.: *La reforma de las pensiones de la Seguridad Social*, Madrid (Civitas), 1986, págs. 147-148.

referencia al problema de su deficiente estructura, a tal punto que en todos los "Libros" de la variada gama de tonalidades aparecidos en la expresada etapa con relación a la Seguridad Social[770] y en los más recientes, fruto del Pacto de Toledo y de su renovación, el tema es objeto de una obligada consideración crítica y una propuesta de modificación, más o menos concreta, al considerar que la pervivencia de Regímenes Especiales no sólo es una situación excepcional, justificable exclusivamente por razones de índole estrictamente técnica sino que, además, tal excepcionalidad no debe considerarse como algo definitivo sino que debe ser sometida a un proceso continuo de homogeneización que tienda a hacerla desaparecer. Los Regímenes Especiales no sólo son excepcionales, sino también transitorios, siendo el destino final de la mayoría de ellos, en la medida en que las condiciones técnicas lo permitan, su disolución en el Régimen General que, a estos efectos, funciona como centro de atracción y modelo[771].

La existencia de Regímenes Especiales de protección social --sistemáticamente denunciados[772]-- trae aparejada una grave falta de equidad en la estructura de la Seguridad Social, no sólo derivada de su número sino, y principalmente, de su diversidad en cuanto a acción protectora y financiación, dificultando al tiempo la coordinación con los restantes. Ante esta tesitura resulta ineludible plantear la posibilidad de una integración futura del Régimen Especial Minero en el seno del Régimen General de la Seguridad Social[773].

---

[770] TEJERINA ALONSO, J.I.: "La racionalización de la estructura de la Seguridad Social: la integración de los Regímenes Especiales de Trabajadores Ferroviarios, de Artistas, de Toreros, de Representantes de Comercio, de Escritores de Libros y de Futbolistas", *RSS*, núm. 3, 1986, págs. 62-65.

[771] ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, 4ª ed. renovada, Madrid (Tecnos), 1991, págs. 79 y 83, quienes consideran que los Regímenes Especiales no obedecen, en la mayoría de los casos, a razones de carácter estrictamente técnico que justifiquen, desde el punto de vista de la Seguridad Social, su existencia. Salvo el de estudiantes (por la peculiaridad del colectivo: no se trata de personas que desarrollen una actividad profesional o laboral, a diferencia del resto de los sujetos comprendidos en el campo de aplicación del Sistema) y el de trabajadores autónomos (colectivo poco homogeneizable, con problemas económicos peculiares como el de la dificultad de la determinación de las rentas a los efectos de la cotización y con situaciones de necesidad en algún caso diferenciables), el resto de los Regímenes Especiales podría integrarse sin excesivos problemas bien en el Régimen General (funcionarios, minería del carbón, trabajadores por cuenta ajena del campo y del mar, empleados de hogar) o, en su caso, en el propio Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (trabajadores autónomos del campo -- hoy ya integrados-- o del mar y socios trabajadores de cooperativas de producción).

[772] Una valoración crítica del papel desempeñado por los Regímenes Especiales en el Sistema español de Seguridad Social, en la que se sintetizan las distintas posiciones doctrinales, puede hallarse en GONZALO GONZÁLEZ, B.; FERRERAS ALONSO, F.; GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E.; DE LA PEÑA ROSINO, P. y TEJERINA ALONSO, J.J.: *La estructura actual de la Seguridad Social española y su reforma,* Madrid (IELSS), 1981, págs. 139 y ss. Algún sector doctrinal ha sido especialmente crítico al considerar que la proliferación de los Regímenes Especiales supone una negación de los principios básicos de toda Seguridad Social moderna (unidad de gestión, solidaridad colectiva global, igualdad de trato), dando origen a una compleja y muchas veces irracional trama organizativa, multiplicando las especialidades, generando una excesiva burocracia y propiciando supuestos de desprotección, infraprotección y superprotección; dificultando una gestión unitaria y coordinada de los recursos económicos así como el control de la aplicación de los mismos; favoreciendo el escapismo de algunos grupos profesionales que tienden a evadirse del sistema buscando la conservación o la obtención de determinados privilegios; frenando la aplicación de técnicas unitarias de protección absolutamente necesarias respecto de determinadas prestaciones y obstaculizando, en fin, la expansión global del Sistema, merced a los rígidos criterios profesionales en que se sustenta. ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social,* cit., pág. 83.

[773] Unas primeras reflexiones sobre el tema en GALA VALLEJO, C.: *Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón,* Madrid (MTSS), 1987; YANINI BAEZA, J.: "Aspectos diferenciadores del Régimen Especial de la minería del carbón", *TS,* núm. 58, 1995, págs. 15 y ss. o, por extenso, MARTÍNEZ BARROSO, Mª.R.: *Sistema jurídico de la Seguridad Social de la minería del carbón*, León (Universidad), 1997, págs. 70 y ss. y "El régimen especial minero. Situación actual y problemas de integración en el Régimen General", *Revista Foro*, núm. 20, 2008, págs. 121 y ss.

II.- Justificación histórica del Régimen Especial de la Minería del Carbón

En la mayoría de los países productores de carbón quienes prestan sus servicios en las minas están mejor protegidos frente a las consecuencias materiales de la vejez, invalidez y muerte que los demás trabajadores. Esta superprotección, que adopta diferentes modalidades en el ámbito del Derecho Comparado (bien a través del mantenimiento de Regímenes Especiales obligatorios para proteger a los mineros, concediendo prestaciones con arreglo a tipos y condiciones más liberales que los obtenidos en los Regímenes Generales[774]; aboliendo los Regímenes Especiales obligatorios para los mineros e incluyendo a éstos dentro del General, en el cual obtienen el derecho a un trato preferente todas las personas ocupadas en cualquier género de trabajo clasificado como pesado o muy pesado[775]; o, por último, formando parte del Régimen General de Seguridad Social, garantizándoles además el derecho a las prestaciones adicionales o más elevadas de un Régimen complementario[776]), podría atribuirse, en parte, a la tradición de una protección especial frente a los riesgos sociales, que aumenta con el desarrollo de Regímenes de asistencia mutua voluntaria en respuesta a un sentimiento de solidaridad particularmente vigoroso en la industria hullera.

Desde un planteamiento histórico procede recordar cómo los mineros del carbón figuraron entre los primeros trabajadores industriales que fundaron sociedades de socorro[777] para hacer frente a situaciones de necesidad derivadas de enfermedad, accidente, invalidez o muerte, lo cual no tiene nada de sorprendente si se tiene en cuenta que siempre han vivido cerca de su lugar de trabajo, en colectividades muy unidas que han conocido constantemente el infortunio de la incapacidad y muerte prematuras causadas por un trabajo peligroso e insalubre y por las catástrofes producidas en las minas.

Estos incipientes seguros surgieron normalmente años antes de que los trabajadores de otras profesiones menos penosas fuesen dotados de una protección equiparable con carácter obligatorio. Una vez realizada la ampliación personal de la protección, generalmente en condiciones menos favorables para los nuevos beneficiarios, resultaba

---

[774] Es el caso, entre otros, de Austria, Bélgica (Fondo Nacional de Jubilación de los Obreros de la Minería), Francia (Caja Autónoma de Seguridad Social en las Minas y sus Dependencias --Uniones Regionales de las Sociedades de Socorros Mineros y Sociedades de Socorros Mineros--) Alemania (a través de la Caja Federal de la Minería), Italia (Gestión de la Previsión de Dependientes de Empresas de Minas, Canteras y Turberas), Reino Unido (con un régimen especial de desempleo de la minería) o España. Datos tomados del Documento "Las unidades de observación del Sistema Europeo de Estadísticas Integradas de Protección Social (SEPROS)", (trad. BARRADA, A.).: *Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 3, 1989, págs. 174 y ss.

[775] Esta concesión de un trato preferente (otorgada en Polonia o Japón) tiene el mérito de facilitar la eficacia y la economía de la administración, y si el coste es soportado a partes iguales por todas las ramas de la actividad económica comprendidas en el régimen, o si las industrias y los trabajadores a quienes se concede trato preferente tienen que cotizar con arreglo a tarifa más elevada en relación con el acrecentamiento de su protección, las prestaciones contarán con una amplia garantía, cual es la que proporciona la propia economía nacional. CRAIG, I.: "Las pensiones de los mineros", *Revista Internacional de Trabajo*, Vol. II, núm. 3, 1955, pág. 306.

[776] Ejemplificativamente en Australia, Reino Unido, Estados Unidos o Países Bajos. La aplicación simultánea del Régimen General y del Régimen complementario puede no resultar sencilla desde el punto de vista administrativo, pero presenta la ventaja de asegurar rápidamente la continuidad de la protección para las personas contratadas sucesiva o alternativamente en las minas y en alguna otra profesión y permitir la concesión de prestaciones de base garantizadas para todas las ramas de la actividad económica incluidas en el Sistema de la Seguridad Social. CRAIG, I.: "Las pensiones de los mineros", cit., pág. 306.

[777] Cfr. MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del Derecho español de la Seguridad Social*, Santiago de Compostela (Paredes), 1990, págs. 20-22.

difícil suprimir las ventajas que las categorías profesionales protegidas anteriormente consideraban adquiridas, en situación que sirvió frecuentemente para justificar el mantenimiento de Regímenes preferenciales convertidos en Especiales.

El origen histórico concreto de los Regímenes Especiales no puede constituir en la actualidad, sin embargo, la única explicación satisfactoria para justificar la conservación del pluralismo, pues mientras existen países en los que la ampliación del campo de aplicación profesional de la Seguridad Social y la unificación no consiguió erradicar el mantenimiento de los Regímenes Especiales y la creación de otros nuevos, el fenómeno contrario acaeció en otros, en los que se produjo su adaptación, integración o supresión en las sucesivas ampliaciones protectoras o reformas legislativas.

Además de las motivaciones históricas, cabe preguntarse, pues, si existen otros elementos objetivos que justifiquen al día de hoy el mantenimiento de Regímenes particulares basados en una protección preferencial o diferenciada de ciertas categorías de población. A este respecto podría considerarse que la vida profesional de un minero de la industria del carbón no se ajusta al modelo corriente de las demás profesiones y, por consiguiente, la protección concedida por un Régimen General de pensiones, creado para atender las exigencias normales, pudiera no responder, al menos en ciertos aspectos, a las necesidades propias de los mineros del carbón.

La extrema dureza del oficio ha justificado, y lo sigue haciendo hoy día, una protección preferente en algunos aspectos cual pudiera ser, por ejemplo, la obtención del derecho a la pensión de jubilación a una edad más temprana que la fijada con carácter general. Frente a un argumento de tal tenor, podría argüirse, sin embargo, que la extracción del carbón no constituye la única profesión esencialmente dura y peligrosa, y que otros grupos profesionales del sector pudieran reclamar también un trato comparable al concedido a aquél colectivo laboral, de forma que esa protección preferencial no constituiría, por tanto, argumento bastante para justificar la pervivencia de un Régimen Especial, pudiendo mantenerse igual protección mediante la inserción de disposiciones particulares en el Régimen General de Seguridad Social.

III.- La equidad social, la utilidad económica y las razones de orden político como sustento

Dejando aparte otras consideraciones meramente técnicas, las razones de orden político han jugado también un papel preponderante a través de la presión ejercida por los grupos interesados[778], que habrían conseguido un estatuto profesional privilegiado[779]. La

[778] Resulta un clásico el recurso de los mineros españoles a prácticas colectivas de presión laboral, unas veces concertadas pacíficamente con los empresarios y otras recurriendo a la paralización de las actividades, destrucción de máquinas, hundimiento de bocaminas, basculamiento de vagones y otras formas de sabotaje como la colocación de explosivos en el tendido férreo o la intimidación con la dinamita; de ahí que, según apunta algún autor, en los "planes de provisión social" buscaran los patronos un refuerzo a las medidas de disciplina laboral, un camino para la rápida reposición de su fuerza de trabajo y, muy especialmente, un mecanismo que desterrase de las minas el conflicto y la organización obrera. GARCÍA PIÑEIRO, R.: "La minería del carbón en Asturias: un siglo de relaciones laborales", *Cuaderno de Relaciones Laborales*, núm. 3, 1993, pág. 68.

[779] Fenómeno éste propio de sectores que tienen y quieren mantener una determinada situación de privilegio, referida no sólo a colectivos cuya protección material es más alta que la del nivel general sino que abarca también a situaciones que podrían denominarse de "privilegio encubierto". VIDA SORIA, J.: "Los regímenes especiales", *PEE*, núms. 12-13, 1982, pág. 157.

reivindicación del movimiento sindical y la relativa proximidad entre la huelga general convocada para el 1 de febrero de 1967 y la aprobación el día 23 de marzo de 1967 del Decreto 574/1967, atribuyendo a una Comisión Interministerial la tarea de realizar los estudios previos necesarios para la regulación de tal Régimen de Seguridad Social, ponen de manifiesto una cierta interrelación entre las medidas de conflicto adoptadas por el proletariado minero y la creación del Régimen Especial de la Minería del Carbón.

No puede olvidarse tampoco que la extracción de carbón resultó en épocas pasadas esencial para la economía nacional, por lo que el trato preferente reservado a los mineros se justificó doblemente por su equidad social y por su utilidad económica[780]. En este sentido se ha argumentado que la razón real de la especialidad estriba "en el mantenimiento de un lastre histórico, surgido de la utilización de la Seguridad Social como instrumento de política económica"[781], de modo que, en momentos de depresión coyuntural, especialmente durante la Segunda República, medidas localizadas de previsión social instauraron una protección especial de la jubilación y el paro, a cargo principalmente de la "Caja de Jubilaciones y Subsidios", instituida para coadyuvar a la reestructuración de la minería asturiana y paliar los paros y retiros de mineros impuestos masivamente para el saneamiento de esta rama productiva.

Tales medidas de protección especial inicial, progresivamente extendidas e incrementadas, habrían de servir en los momentos de auge de la producción, especialmente durante la etapa postbélica, como atractivo reclamo para la mano de obra, permitiendo alcanzar elevadas cotas de producción; sin embargo, una vez que la aparición de fuentes de energía alternativas deprimen nuevamente el sector, el resultado es la subsistencia de unos derechos adquiridos por el colectivo profesional minero que tal vez exijan una nueva regulación[782]. Sin olvidar, por supuesto, que la recesión generalizada en la industria extractiva en los últimos años ha creado una situación financiera peligrosamente deficitaria (consecuencia de toda una serie de factores que actúan conjuntamente: además de la situación demográfica desfavorable, la mayor mecanización del trabajo y la reducción de la edad de jubilación de los mineros) de forma tal que las subvenciones del Estado -- orientadas prioritariamente hacia objetivos de racionalización, inversión y cobertura de los costes sociales ligados a los procesos de reconversión[783]-- se convierten en indispensables a la vez que la relación entre cotizantes y pensionistas aparece en progresiva caída[784].

IV.- Justificación legal

En el Preámbulo del Decreto 384/1969, de 17 de marzo, que tras la breve vigencia de las normas provisionales da vida al Régimen Especial, se justificó su creación por la especial naturaleza y características diferenciales de la minería del carbón, así como por la constante y progresiva superación de la capacidad protectora de la Seguridad Social, con

---

[780] CRAIG, I.: "Las pensiones de los mineros", cit., pág. 287.

[781] ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Vol. II, 2ª ed., Madrid (Tecnos), 1979, pág. 614.

[782] ALMANSA PASTOR, J.M., *op. ult. cit.*, pág. 614.

[783] Sobre el particular, MARTÍNEZ BARROSO, Mª.R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La minería del carbón. Bases jurídicas para su reordenación*, León (Universidad), 2000, págs. 83 y ss.

[784] Según datos del INSS, en el mes de junio de 2010 figuraban un total de 6.841 afiliados al REMC (26 en Lleida; 12 en La Coruña; 127 en Córdoba; 3.832 en Asturias; 367 en Teruel; 91 en Zaragoza; 91 en Ciudad Real; 18 en la Comunidad de Madrid; 2.153 en León y 130 en Palencia). En diciembre de 2009 el número de pensionistas ascendía a 68.490 (3.987 de incapacidad; 38.216 de jubilación; 23.764 de viudedad; 2.017 de orfandad y 506 en favor de familiares).

acusada sensibilidad hacia los colectivos laborales más merecedores de atención. Esta especial atención vino a satisfacer una continua y razonada pretensión social de obtener una mejor cobertura en los riesgos de una actividad que, por sus determinantes características de dureza y peligrosidad, necesitaba el contrapeso de una peculiar configuración de la acción protectora. De forma paradójica, también se justificó su creación en el principio de "solidaridad", cuando se ha constatado que la multitud de causas invocadas en favor de la existencia o del mantenimiento de regímenes de protección estructurados por sectores de producción, lejos de fomentar la solidaridad, alimenta el gregarismo profesional y, en el fondo, aparece como un instrumento conservador y contrario a la unificación, propio de un Estado corporativista[785]. A raíz de la reforma de la Seguridad Social promovida por la Ley 24/1972, de 21 de junio, se produjo la aprobación del Decreto 298/1973, de 8 de febrero, y de su norma de aplicación y desarrollo --OM de 3 de abril de 1973--, debiendo destacarse su carácter de Régimen "legalmente atípico"[786] por carecer de una referencia legal expresa, salvo la fórmula genérica del art. 10.2 g) LGSS[787].

En cualquier caso, esta justificación normativa ha sido objeto de duras críticas doctrinales sobre la base de considerar que la dureza, peligrosidad y morbilidad de la actividad o el previsible acortamiento de la vida laboral en algunas categorías profesionales es predicable de los demás mineros y, por tanto, la especial naturaleza y características diferenciales del sector deberían extenderse a las restantes actividades de minería[788] --encuadradas en el Régimen General-- y no quedarse sólo en la del carbón[789]. De otro lado, aun cuando inicialmente pudiera pensarse en la "oportunidad" de alguna de estas especialidades, no pueden justificarse plenamente en cuanto suponen ventajas negadas a otros colectivos con igual fundamento para percibirlas y, menos aún, de considerar que tales discriminaciones positivas en su gran medida vienen financiadas (dado el carácter deficitario del Régimen) con las cuotas de los afiliados al Régimen General[790].

V.- Principales peculiaridades del Régimen Especial de la Minería del Carbón

1.- Ámbito de aplicación

El estudio de las circunstancias especiales de carácter personal, social y profesional que puedan justificar a día de hoy la existencia del Régimen Especial Minero hace imprescindible, en primer término, delimitar su ámbito subjetivo y, dentro de éste, investigar las actividades encuadradas en el marco profesional de la minería del carbón, al ser precisamente la técnica del reenvío o de la remisión --a la hoy ya derogada Ordenanza

[785] FERRERAS ALONSO, M.: "Desigualdades de la protección social de los diferentes grupos de población protegidos por la Seguridad Social: sus causas y remedios. Incidencias de la Ley de Pensiones del 85", *REDT*, núm. 25, 1986, pág. 61.

[786] VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, 5ª ed., Madrid (Tecnos), 2009, pág. 557.

[787] BLASCO LAHOZ, J.F.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, Mª.A.: *Regímenes Especiales de Seguridad Social*, 11ª. ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2010, págs. 271 y ss.

[788] Si bien las disposiciones de este Régimen no pueden ser aplicadas a otro tipo de labor minera. STSJ Extremadura 18 enero 1993 (AS 1993, 130).

[789] ALARCÓN CARACUEL, M. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, cit., pág. 374 o ALMANSA PASTOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, cit., pág. 614.

[790] AA.VV. (DE LA VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A., Dirs.).: *La reforma del sistema español de Seguridad Social*, 2ª ed., Madrid (Fundación IESA), 1985, págs. 66-67.

Laboral del sector, otorgándole una suerte de eficacia ultractiva[791]-- la elegida a la hora de delimitar el campo de aplicación de dicho Régimen Especial[792].

El resultado de tal andadura lleva a concluir que sólo los trabajadores por cuenta ajena dedicados a las actividades propias de extracción de carbón --o pizarra bituminosa[793]--, en minas subterráneas y explotaciones a cielo abierto, labores de investigación y reconocimiento, así como al aprovechamiento de carbones y aguas residuales con materias carbonosas, escogido de carbón en escombreras, fabricación de aglomerados de carbón mineral, actividades en hornos de producción de cok, transportes fluviales de carbón y a todas aquéllas actividades "secundarias o complementarias de las anteriores" podrán ser beneficiarios de la aplicación de este Régimen Especial.

Se impone, pues, la necesidad de determinar qué se entiende por actividades secundarias o complementarias de la propia de una empresa minera; tareas que, por lo demás, pueden ser realizadas por la propia empresa o contratadas con otra, sin que por ello "dejen de ser propias de la actividad de la minería"[794]. En este sentido podrían considerarse como tales las de administración y de economatos; las realizadas por los encargados de prestar servicios auxiliares tales como custodia y vigilancia o los servicios de mantenimiento de la maquinaria (a diferencia, por ejemplo, de un servicio de comedores). Carecen de tal consideración, sin embargo, labores consistentes en "movimientos de tierra, en su carga y transporte... y en la construcción de vertederos, cunetas o caminos"[795], al igual que se han considerado las tareas de producción de energía eléctrica o de extracción de hierro[796] también como independientes de la extracción del carbón[797]. Por tanto, no cabe extender su protección a otras actividades incluidas actualmente en el Estatuto del Minero (aprobado por RD 3255/1983, de 21 de diciembre), tales como explotación, aprovechamiento e investigación de los yacimientos minerales y demás recursos geológicos, por referencia expresa de dicho texto al ámbito de la Ley de Minas, pero no realizadas propiamente en explotaciones carboníferas.

A su vez, a partir del art. 14 CE, y de la derogación que del Decreto de 26 de julio de 1957 efectúa la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en lo que afecta al trabajo de la mujer, no así en lo relativo al trabajo del menor), parece de todo punto necesario proclamar la admisión en plano de igualdad de los trabajadores de

---

[791] VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, cit., pág. 557.

[792] SSTS 7 junio 1985 (RJ 1985, 3363); 11 marzo y 1 abril 1987 (RJ 1987, 1387 y 2313); 3 julio, 12 septiembre y 14 noviembre 1989 (RJ 1989, 5424, 6437 y 8059); 16 junio 1991 (RJ 1991, 3377) o 23 mayo 1992 (RJ 1992, 3595).

[793] Quienes prestaron su actividad en explotaciones de pizarra bituminosa, expresamente mencionados en la Reglamentación Nacional de Trabajo para las Minas de Carbón de 1946 y posteriormente fuera de la cobertura de la Ordenanza Laboral del sector, podrían considerarse así incorporados al Régimen Especial de la Seguridad Social de la Minería del Carbón si en la fecha prevista por la OMC (esto es, el 31 de marzo de 1969) hubieran estado incluidos en alguna de las Mutualidades del Carbón. Ésta es la postura mantenida por la jurisprudencia, consolidada por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina, entre otras, en SSTS 19 junio y 16 octubre 1991 (RJ 1991, 5156 o 7218) y 15 enero 1992 (RJ 1992, 42); en el mismo sentido, SSTSJ Madrid 11 diciembre 1989 (AS 1989, 3170) o Castilla-La Mancha 17 junio 1992 (AS 1992, 3263).

[794] STCT 5 octubre 1988 (RTCT 1988, 6109).

[795] STSJ Castilla y León/Valladolid 2 junio 1992 (AS 1992, 3154).

[796] STSJ Galicia 16 mayo 2008 (JUR 2008/177032).

[797] STSJ Asturias 21 julio 2000 (AS 2000, 2131), valorando expresamente que los actos de encuadramiento no pueden ser objeto de negociación colectiva. Actualmente, en junio de 2010, figuran un total de 386 mujeres dadas de alta en el REMC frente a 6.454 varones.

ambos sexos como candidatos a realizar trabajos de minería subterráneos, así como suprimir aquellas normas jurídicas que, aun cuando históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológico más débil, suponen refrendar una división sexista de trabajos y funciones[798].

La especial penosidad o peligrosidad en un concreto puesto de trabajo no puede constituir razón bastante para justificar la exclusión de las personas pertenecientes al sexo femenino. En todo caso habrá de servir para aumentar el celo a la hora de observar las prescripciones sobre seguridad y salud y condiciones de trabajo en general, sin perjuicio de adoptar las medidas pertinentes para evitar condiciones laborales que, por el esfuerzo requerido o el ambiente bajo el cual han de realizarse, puedan incidir negativamente sobre el estado de gravidez o en el período de lactancia natural.

En cuanto hace al requisito de la edad cabe destacar la prohibición que afecta a los menores de dieciocho años para prestar servicios (e incluso permanecer en los locales, si se producen emanaciones de polvos perjudiciales) en industrias de extracción (minas, canteras, hornagueros), salvo si se trata de aprendices mayores de dieciseis años, quienes han sido autorizados a realizar tan sólo una jornada limitada (no superior a 24 horas semanales), precisamente para evitar el cansancio excesivo provocado por el trabajo realizado en ambientes poco aireados, capaces no sólo de ocasionar un agotamiento del menor, sino también una pérdida de reflejos, aumentando el peligro de accidentes.

En cuanto a los sujetos excluidos, sólo se consideran apartados de manera expresa de este Régimen Especial quienes ostenten pura y simplemente cargos de consejeros en empresas bajo la forma jurídica de sociedad (art. 2.2 Decreto 298/1973); causa de exclusión que juega en los mismos términos que en el Régimen General de Seguridad Social, y cuya principal dificultad radica, a pesar de los criterios establecidos por los órganos administrativos de la Seguridad Social, en delimitar la frontera entre el alto directivo y el mero consejero.

A su vez, los trabajadores por cuenta propia o autónomos, incluso aquellos cuya actividad aparezca relacionada con las actividades mineras, están excluidos del ámbito subjetivo del Régimen Especial de la Minería del Carbón y están obligatoriamente encuadrados en el de Autónomos[799].

2.- Actos de encuadramiento

La constitución de la relación jurídica de Seguridad Social en este Régimen obedece a las pautas generales del Sistema, por lo cual no presenta especialidad alguna la inscripción de las empresas del sector, si bien es preciso reconocer que constituye acto

---

[798] La STC 229/1992, de 14 de diciembre (RTC 1992, 229), declaró la inconstitucionalidad de prohibir el trabajo de la mujer en el interior de las minas y, en general, de todas aquellas diferencias no fundadas en exigencias del embarazo o la maternidad de la mujer trabajadora.

[799] SSTSJ Castilla y León/Valladolid 30 diciembre 1996 (AS 1996, 4011) o 28 enero 1997 (AS 1997, 49). La enumeración de sujetos incluidos en el RETA no se efectúa de forma exhaustiva en la normativa reguladora, antes al contrario, el referente normativo permite la incorporación de otros grupos de trabajadores por cuenta propia o autónomos a propuesta del Ministerio de Trabajo (art. 2.4 OM de 24 de septiembre de 1970). Haciendo uso de tal facultad ha tenido lugar la inclusión declarativa en el RETA del colectivo de ingenieros técnicos, facultativos y peritos de minas que ostenten la condición de trabajadores por cuenta propia (OM de 1 de abril de 1982).

dotado de extraordinaria importancia, en cuanto entraña la opción empresarial de cobertura de los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social o directamente en el INSS. Tampoco revisten especialidad alguna los actos de afiliación y alta, a salvo las derivadas de los documentos oficiales, siendo aplicable también en este Régimen el mecanismo de Remisión Electrónica de Datos (RED) tanto para los actos de encuadramiento como para los recaudatorios, en los mismos términos que en el Régimen General. Se contemplan, no obstante, en este Régimen dos específicas situaciones asimiladas a las de alta: la suscripción de convenio especial y el desempleo involuntario de los trabajadores afiliados que hayan agotado prestaciones por desempleo total o que, al quedar en desempleo, no tengan derecho a ésta (arts. 15 y 16 OMC).

3.- Riesgos protegidos

Los riesgos objeto de cobertura no difieren de los previstos en el Régimen General en la medida en que las contingencias protegidas por el mismo remiten expresamente en su concepto al que se fije respecto de cada una de ellas en aquél; empero, los trabajadores de la minería se encuentran, ciertamente, entre los que deben pagar mayor tributo a los riesgos profesionales.

3.1.- El accidente de trabajo minero y las normas específicas para su prevención

Los riesgos para la salud presentes en las minas subterráneas siguen siendo muy elevados a pesar del avance de los mecanismos preventivos, pudiendo ser clasificados entre aquéllos que derivan de las condiciones ambientales existentes en la mina (la oscuridad, el clima, la humedad, la orografía de las capas, los gases y la presión atmosférica) y aquéllos otros derivados del trabajo propiamente dicho, más fáciles de reducir en cuanto provienen de la actividad humana.

A dicha finalidad responden los órganos especializados en la materia (Comités de Seguridad e Higiene en el Trabajo y Delegados Mineros de Seguridad --arts. 32 y ss. del Estatuto del Minero--, que perviven tras la aprobación de la Ley 31/1995, con el objetivo de cooperar con el empresario en la elaboración y puesta en práctica de los planes y programas de prevención de riesgos profesionales, así como de colaborar con los servicios técnicos de la explotación minera en el ámbito de la seguridad y salud laboral.

El diseño específico de una legislación sobre seguridad en las minas se construye a partir de innumerables instrumentos normativos elaborados desde diversas instancias:

1.- Internacionales (múltiples Convenios y Recomendaciones de la OIT) y comunitarias (básicamente, Directivas 92/91/CEE, de 3 de noviembre, relativa al trabajo en las industrias extractivas por sondeos, y 92/104/CEE, de 3 de diciembre, sobre actividades productivas en las industrias extractivas a cielo abierto o subterráneas).

2.- Nacionales. Tras la derogación del Reglamento de Policía Minera y la Ordenanza Laboral para la Minería del Carbón, actualmente cobran protagonismo la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas; la Resolución de 28 de enero de 1981, de la Dirección General de Minas, sobre normas de seguridad para materiales y maquinaria de las minas; el Estatuto del Minero; el Reglamento General de Normas Básicas de Seguridad Minera

(RD 863/1985, de 2 de abril); la Orden de 19 de marzo de 1986, sobre normas complementarias para el desarrollo y ejecución del RD 3.255/1983, de 21 de diciembre, del Estatuto del Minero, en materia de seguridad e higiene; el RD 1.389/1997, de 5 de septiembre, por el que se aprueban las disposiciones mínimas destinadas a proteger la seguridad y salud de los trabajadores en las actividades mineras; las Instrucciones Técnicas Complementarias --entre las que destaca la Orden ITC/101/2006, de 23 de enero, reguladora del contenido mínimo y estructura del documento sobre seguridad y salud para la industria extractiva-- o las Disposiciones Internas de Seguridad, por citar sólo las más relevantes, sin olvidar el desarrollo normativo realizado por las Comunidades Autónomas y las propias empresas del sector.

En el ámbito *supra* acotado incumbe al Ministerio de Industria y Energía (o al órgano autonómico correspondiente en aquellas Comunidades Autónomas a las cuales se haya transferido la competencia en la materia), a través de los cuerpos de Ingenieros de Minas, la inspección y vigilancia de todos los trabajos de exploración, investigación, explotación y aprovechamiento de recursos regulados por la Ley de Minas, en tanto presuponen la aplicación de técnicas mineras.

Razones técnicas, al exigir el laboreo de minas unos conocimientos específicos para su control, justifican la existencia de un Cuerpo de Inspección específico, dotado de una competencia excepcional que no se extiende, sin embargo, a las empresas mineras y explotadoras de canteras entendidas en su totalidad (criterio subjetivo); antes al contrario, aparece circunscrita a aquellos trabajos que reúnan la doble condición de estar regulados por la Ley de Minas y exigir la aplicación de técnica minera.

3.2.- La enfermedad profesional. En especial la silicosis

La progresión en materia de seguridad y salud encuentra expresión contundente en el descenso de las enfermedades tradicionales de los mineros (tales como el nistagmus y la anquilostomiasis), al haber mejorado la iluminación de las minas, así como la higiene corporal y la nutrición. No obstante, siguen siendo la inhalación y retención de cantidades excesivas de partículas en suspensión en el aire las que causen las principales --en número y consecuencias-- enfermedades profesionales de los mineros, fundamentalmente la silicosis y otros tipos de neumoconiosis.

3.2.1.- Regulación jurídica de la silicosis

La silicosis merece un tratamiento legislativo especial entre las enfermedades profesionales (decisión que, lejos de ser pacífica, ha sido objeto fuertes críticas), no sólo debido a sus particulares características, sino muy especialmente al hecho de representar el porcentaje más importante entre todas las existentes, en aras a obtener una mejor defensa de los trabajadores afectados en las varias situaciones en que puede producirse.

Tanto en el Decreto 792/1961, de 13 de abril, como en el de 9 de mayo de 1962, la silicosis fue tratada de forma conjunta con las demás enfermedades profesionales; pronto fue posible comprobar, sin embargo, que la aplicación de dicha regulación general no resultaba adecuada, pues las singularidades de tal dolencia pulmonar, dada su específica naturaleza irreversible y la magnitud social del riesgo que representaba, impusieron una consideración jurídica especial, fundamentalmente en cuanto hace a su primer grado,

exigiendo el traslado de los afectados a un puesto compatible exento de riesgo pulvígeno y preservando en gran medida sus derechos económicos y de Seguridad Social.

En tal sentido, la OM de 14 de marzo de 1963 inicia el camino de una regulación específica que intentó paliar, en la medida de lo posible, las consecuencias perjudiciales que la aplicación del régimen común entrañaba para los afectados, perviviendo en la actualidad, aun cuando haya sido objeto de las lógicas modificaciones posteriores.

La regulación vigente (art. 45 OM 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 --en adelante OI--), siguiendo la doctrina legal sentada por el Alto Tribunal, ha reducido a tres los grados de silicosis --gradaciones médicas, con efectos jurídicos muy importantes, o estadios sucesivos en su progresión-- permitiendo la equiparación a los superiores cuando ésta coexiste con enfermedades intercurrentes.

3.2.2.- Concepto y grados de silicosis

La silicosis es una enfermedad irreversible de muy lenta evolución que se manifiesta o aparece muy frecuentemente cuando ha cesado la exposición. Por tal motivo es muy difícil, por no decir imposible --cuando se trabaja sucesivamente en actividades con aquel riesgo-- determinar en cuál de ellas se ha contraído precisamente la temida enfermedad, figurando en cabeza de aquéllas las extractivas de la minería del carbón.

La incertidumbre derivada del hecho de haber transcurrido un período de tiempo más o menos largo desde el cese en la actividad hasta la manifestación de la enfermedad a la hora de poder establecer la relación causal entre una y otra se complica aún más si el enfermo profesional ha estado al servicio de varios empresarios, cubiertos, a su vez, por distintas aseguradoras, dando pie, así, a la compleja cuestión sobre a cuál de éstas se imputa la responsabilidad[800]. A partir de la Resolución de 27 de mayo de 2009, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social[801], en los supuestos de situación asimilada al alta a que se refieren los arts. 20.4 y 22.5 OMC y 36.9 del Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social[802], la responsabilidad de las prestaciones derivadas de incapacidad permanente corresponderá a la "Entidad Gestora o Mutua que tuviera la cobertura de las contingencias profesionales en el momento del cese en el último puesto de trabajo en el que existiese riesgo de la enfermedad que motive la incapacidad permanente".

En cualquier caso, y habida cuenta la silicosis es una enfermedad pulmonar, no cabe la existencia de supuesto alguno indemnizable por baremo y no existe tampoco la posibilidad de que esta enfermedad produzca una incapacidad permanente parcial[803]. En el momento en que al primer grado se asocie una enfermedad intercurrente de las previstas en el art. 45 OM de 15 de abril de 1969, o se agrave la dolencia, trocándola automáticamente

---

[800] Dificultad que llega a su extremo en el supuesto de empresarios de diversos Estados. Sobre el particular, ampliamente, MARTÍNEZ BARROSO, Mª.R.: *Sistema jurídico de la Seguridad Social de la Minería del Carbón*, cit., págs. 198 y ss.

[801] Por la que se dictan instrucciones en materia de cálculo de capitales coste y sobre constitución por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social del capital coste correspondiente a determinadas prestaciones derivadas de enfermedades profesionales (Instrucción Tercera 15) (BOE de 10 de junio de 2009).

[802] Aprobado por el RD 84/1996, de 26 de enero.

[803] STCT 27 febrero 1980 (RTCT 1980, 1156).

al segundo, la situación forzosamente ha de ser calificada de incapacidad permanente total (al menos). También puede generar indemnización a tanto alzado si el fallecimiento se produce como consecuencia de la misma[804] o pensión compatible con otra derivada de enfermedad común[805].

A) Silicosis de primer grado

La regulación del primer grado de silicosis --legalmente configurada como aquella "definida y típica, que no origine, por sí misma, disminución alguna en la capacidad para el trabajo", no teniendo la consideración de situación constitutiva de incapacidad permanente (art. 45.1 OI)-- ha sufrido sucesivas variaciones desde la aprobación del inicial Reglamento del Seguro de Enfermedades Profesionales, si bien su consecuencia inmediata es el traslado del puesto anterior a otro exento de riesgo.

Dicho mecanismo, al venir caracterizado el primer grado por no originar una insuficiencia funcional, pero sí representar un serio peligro para el trabajador que lo padece la continuación en el puesto de trabajo con ambiente pulvígeno, representa una auténtica medida de prevención, constituyendo "una exigencia social de defensa del trabajador predispuesto, incluso contra su mismo deseo de continuar en el trabajo peligroso" (preámbulo de la OM de 14 de marzo de 1963).

La regulación adoptada por el Reglamento de Enfermedades Profesionales de 9 de mayo 1962 prescinde del consentimiento del trabajador afectado de primer grado de silicosis y establece el carácter obligatorio de su traslado a otro puesto de trabajo exento de riesgo; ahora bien, le garantiza una retribución que, como mínimo, deberá cubrir el 75 por 100 de todas las percepciones que hubiese obtenido durante los últimos doce meses anteriores a su declaración como silicótico de primer grado.

El traslado procede al descubrir en el curso de los reconocimientos periódicos síntomas de la enfermedad que todavía no incapacitan para el trabajo, pero cuya progresión es evidente o posible de continuar realizando la actividad[806].

Los mismos facultativos que efectúen los reconocimientos han de informar a la empresa, autoridad administrativa competente de la Comunidad Autónoma y entidad aseguradora correspondiente sobre la necesidad del traslado y su carácter temporal o definitivo (art. 45.3 Reglamento de Enfermedades Profesionales), estando la primera obligada a cumplir el dictamen médico que prescribe tal medida (art. 46.1 Reglamento de Enfermedades Profesionales).

De no llevarlo a efecto, y si la enfermedad progresara, la empresa será inmediatamente responsable de la reparación económica de las incapacidades o muerte que pudiera provocar, quedando a salvo la responsabilidad subsidiaria del INSS. Por tal motivo

---

[804] STSJ Castilla y León/Valladolid 2 abril 2002 (JUR 2002, 153104).

[805] SSTSJ Castilla y León/Valladolid 9 diciembre 2003 (JUR 2004, 232499), 12 marzo y 4 octubre 2004 (JUR 2004, 97044 y 308491).

[806] El primer grado por sí solo no es situación constitutiva de incapacidad permanente al no haber sido detectada la coexistencia de dolencias derivadas de enfermedad común que tengan la consideración de enfermedad intercurrente a efectos de equiparar su estado de incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional. SSTS 5 octubre 1999 (RJ 1999, 7543) y 4 mayo 2006 (RJ 2006, 3107); SSTSJ Asturias 14 mayo 2004 (JUR 2004, 246323) o Castilla y León/Valladolid 31 octubre 2005 (AS 2005, 3394), 21 marzo 2006 (AS 2006, 864) o 6 junio 2007 (JUR 2007, 286509).

no cabe afirmar, si no existe puesto de trabajo compatible, que el trabajador con síntomas de silicosis de primer grado (o cualquier otra enfermedad profesional a partir de la cual sea exigible traslado, por ejemplo la hipoacusia) deba ser calificado como trabajador inválido.

B) Silicosis de segundo grado

Tal calificación comprende los casos de silicosis definida y típica que inhabiliten al trabajador para desempeñar las tareas fundamentales de su profesión habitual (art. 45.2 OI).

La misma consideración recibe la de primer grado cuando coexiste con determinadas enfermedades intercurrentes: bronconeumopatía crónica (acompañada o no de síndromes asmáticos), cardiopatía orgánica[807] (aunque esté perfectamente compensada) o cuadro de tuberculosis sospechoso de actividad o lesiones residuales de esta etiología (art. 45.2 OI). Así ocurre, por ejemplo, con quien padece "silicosis de primer grado, con enfermedad pulmonar obstructiva crónica severa y tuberculosis pulmonar residual" que le produce una intensa alteración funcional respiratoria aun cuando no le inhabilita para toda actividad laboral[808]. Bajo tales circunstancias se considera al trabajador en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, siendo reacia la jurisprudencia de los últimos tiempos --al contrario de lo ocurrido en la década de los setenta y ochenta--, a considerar mayor grado de incapacidad cuando no conste la concurrencia de una afección tuberculosa de tipo activo con la silicosis de segundo grado, incluso aunque estén presentes otras enfermedades[809].

La silicosis de segundo grado es por sí misma una enfermedad profesional determinante de incapacidad permanente total aun cuando constituya doctrina legal reiterada y constante que para valorar el grado de una posible incapacidad permanente han de ser tenidas en cuenta todas las secuelas detectadas en quien las padece, ya provengan de una sola causa, enfermedad común por ejemplo, o de orígenes diversos como pueden ser la enfermedad profesional y la común. Sin embargo, para alcanzar el grado de incapacidad permanente absoluta parece necesario que el sujeto afectado se encuentre inhabilitado por completo para toda profesión u oficio, con independencia de cual sea la enfermedad o limitación que se manifieste en asociación con el grado dicho de silicosis. La única excepción a tal regla viene dada por la, expresamente equiparada al tercer grado, tuberculosis activa (art. 45.2 OI).

En este estado de cosas, "si pese a padecer el trabajador la enfermedad profesional de silicosis en segundo grado, ninguna de las enfermedades intercurrentes es la tuberculosis activa, y ni las concurrentes, ni esta enfermedad profesional por sí misma, le impiden de manera absoluta la realización de tareas y quehaceres que no exijan de suyo esfuerzos considerables, ni deambulación prolongada, pudiendo efectuar, en cambio trabajos livianos, es claro, que lo procedente es la incapacidad permanente en grado de total y no absoluta"[810].

---

[807] SSTS 20 mayo y 21 julio 1987 (RJ 1987, 3761 y 5702).
[808] STS 4 julio 1989 (RJ 1989, 542), siguiendo precedentes de SSTS 12 mayo 1979 (RJ 1979, 2074), 27 octubre 1981 (RJ 1981, 4057) y 22 enero 1985 (RJ 1985, 87).
[809] STS 22 noviembre 1989 (RJ 1989, 8234).
[810] STS 19 diciembre 1988 (RJ 1988, 9863).

Tampoco el padecimiento simultáneo de "artrosis en columna cervical y lumbar" y silicosis de segundo grado pone de manifiesto que el trabajador tenga una capacidad laboral agotada, sino restringida, pudiendo desempeñar aquellos trabajos de carácter sedentario que no requieran esfuerzos físicos[811]; o la silicosis en grado avanzado concurrente con "bronquitis y enfisema", la cual sólo inhabilita para el ejercicio de la profesión habitual, permitiendo la realización de trabajos sedentarios en los cuales el esfuerzo sea mínimo[812].

El trabajador declarado silicótico de segundo grado tiene derecho, sin importar la edad, a pensión vitalicia de incapacidad permanente total, sin perjuicio de que pueda acogerse a las medidas de recuperación procedentes.

C) Silicosis de tercer grado

Es aquélla "en que la enfermedad se manifiesta al menor esfuerzo físico y resulta incompatible con todo trabajo", teniendo la consideración de incapacidad absoluta (art. 45.3 OI). Igual calificación merecen la de primer y segundo grado cuando concurren con afecciones tuberculosas "que permanezcan activas" [arts. 45.1.b) y 45.2 OI].

Ampliando el criterio anterior, la jurisprudencia ha venido a considerar equiparada a silicosis de tercer grado, constitutiva de incapacidad permanente absoluta, no sólo la de primero y segundo si concurre con afecciones pulmonares activas, sino también la de segundo si queda asociada con afecciones pulmonares de otro tipo --caso de fibrosis A.EPOC-- o, en general, con otras enfermedades que efectivamente incapaciten "total y absolutamente" al trabajador[813], habiendo declarado de forma particular que las mismas afecciones pulmonares, si asociadas con silicosis de primer grado, hacen que pase a segundo grado y, si concurren con éste último, llevan a la silicosis a su tercer grado[814].

3.2.3.- Valoración de la incapacidad en supuestos de neumoconiosis

La LPL no contiene alusión alguna a los informes médicos emitidos por los Equipos de Valoración de Incapacidades, dejando a salvo lo que de dictamen pericial tienen, en cuanto forman parte del expediente administrativo. Con ello acoge una línea jurisprudencial a partir de la cual venía negándose a los hechos en ellos recogidos una presunción *iuris tantum* de veracidad. En consecuencia, hoy no es admisible asignarles un valor probatorio más elevado. Sin embargo, no faltan ejemplos en la doctrina jurisdiccional en los que la disparidad de criterios mantenida por diversos informes médicos se decanta a favor del criterio mantenido por el Instituto Nacional de Silicosis, dada su alta cualificación técnica[815].

Categóricamente se afirma que no está el órgano judicial "obligado a sujetarse al contenido de los dictámenes de determinados peritos, sino que tiene la libre facultad para elegir los que le ofrezcan mayor garantía y credibilidad, optando y valorando aquellos que

[811] STS 18 julio 1986 (RJ 1986, 4252).
[812] STS 3 marzo 1986 (RJ 1986, 1193).
[813] SSTS 5 diciembre 1979 (RJ 1979, 4231); 5 mayo, 17 y 29 junio 1981 (RJ 1981, 2065, 2851 y 2898); 4 marzo, 29 mayo y 5 junio 1982 (RJ 1982, 1350, 3277 y 3919); 15 diciembre 1989 (RJ 1989, 9871) o STSJ Asturias 5 abril y 3 mayo 2002 (JUR 2002, 153550 y 186363).
[814] SSTS 3 enero 1977 (RJ 1977, 1191) y 29 noviembre 1983 (RJ 1983, 5644).
[815] STS 22 noviembre 1989 (RJ 1989, 8234).

le conduzcan a lograr una solución, lo más objetiva y justa (posible)"[816]. La actitud de desconfianza generalizada de los jueces hacia los peritos propuestos a instancia de parte ha llegado a penetrar en la propia doctrina del Tribunal Supremo y de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, haciéndoles mantener sistemáticamente el preferente valor de los informes médicos oficiales, a salvo --y aquí aparece, al menos, la valoración del rigor y fundamentación correcta--, la mayor calidad de los informes presentados.

Se impone, por tanto, "acreditar que la pericial practicada posee mayor nivel científico o especialización respecto a las lesiones examinadas" --difícil de conseguir en las reclamaciones de silicosis, dado el nivel técnico alcanzado por el Instituto Nacional de Silicosis-- así como garantías de objetividad respecto a su producción.

4.- Peculiaridades en materia de acción protectora

Al margen de las peculiaridades asociadas a la enfermedad profesional de silicosis (entre las que destaca el complemento que garantiza ingresos para los trabajadores silicóticos de primer grado trasladados a puesto de trabajo compatible con su estado, abonado por las empresas mineras mediante pago delegado, *ex* OM de 30 de abril de 1977) las prestaciones garantizadas por el REMC son las que, con carácter general, se establecen en el art. 38 LGSS, distinguiendo entre acción protectora debida a contingencias profesionales y a contingencias comunes, amén de las prestaciones no contributivas.

No obstante, a pesar de la inicial coincidencia de acción protectora --reforzada por las recientes Leyes 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, que consideran aplicables a dicho Régimen sus previsiones en materia de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, incapacidad permanente, jubilación parcial, muerte y supervivencia y prestaciones familiares[817]-- la cobertura dispensada ante las contingencias de incapacidad permanente y vejez, fundamentalmente, presenta ciertas peculiaridades y genera una gran litigiosidad que se hace extensiva, entre otras cuestiones, a la responsabilidad del pago de la incapacidad temporal, a la compatibilidad entre pensión y trabajo[818] o, en fin, a la posible incompatibilidad de pensiones[819]. La

[816] STS 18 julio 1986 (RJ 1986, 4252).

[817] Afectadas igualmente por las medidas extraordinarias para la reducción del déficit público llevadas a cabo por el RD-Ley 8/2010, de 20 de mayo, en virtud del cual con efectos desde 1 de enero de 2011, se suprime la prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de hijo contenida en la LGSS (2.500 euros), si bien los nacimientos producidos en 2010 y las adopciones constituidas en este año darán derecho a esta prestación económica siempre que la inscripción en el Registro Civil (y la solicitud de la prestación) se efectúe antes de 31 de enero de 2011; también con efectos desde 1 de enero de 2011 se establece una cuantía única de la prestación por cuidado de hijo de 291 euros en cómputo mensual y en materia tributaria se deja sin efecto (con fecha 1 de enero del próximo año) la deducción por nacimiento o adopción en el IRPF.

[818] Estableciendo la compatibilidad entre pensión de incapacidad permanente total de picador de la minería del carbón y la realización, como autónomo, de funciones de dirección y gestión de empresa dedicada a la explotación minera al considerar que la suspensión de la prestación no puede efectuarla el INSS en el curso de un proceso de revisión de incapacidad, STSJ Castilla y León/Valladolid 13 junio 2005 (AS 2005, 1588).

[819] Considerando que no existe tal, SSTSJ Aragón 17 mayo 2006 (JUR 2006, 271314); Asturias 20 julio 2007 (JUR 2007, 306915); Castilla y León/Valladolid 31 octubre 2005 (AS 2005, 3394), 27 marzo 2006 (AS 2006, 1520) y 29 diciembre 2006 (JUR 2006, 82294) o Asturias 6 febrero 2009 (JUR 2009, 323274), reconociendo esta última la compatibilidad entre incapacidad permanente total derivada de enfermedad común para el ejercició de su profesión habitual de electricista industrial en el RETA con la posterior de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional en el REMC dado que "la

razón que justifica estas reglas de incompatibilidad es evitar que se lucren dos o más pensiones por un mismo esfuerzo contributivo y que se duplique la cobertura social de un único defecto de renta. Tal razón no concurre, sin embargo, respecto de las pensiones de distintos Regímenes, que han sido objeto de cotizaciones independientes, y que atienden por hipótesis a la pérdida de más de una fuente de ingresos[820].

4.1.- La incapacidad permanente

Tomando en su totalidad el riesgo de incapacidad permanente[821], su cobertura en este Régimen Especial presenta como especialidades más relevantes las siguientes:

4.1.1.- Valoración conjunta de lesiones incapacitantes

La acumulación de padecimientos resultantes de riesgos diversos para determinar el grado de incapacidad permanente aparece expresamente mencionada en la regulación de este Régimen Especial, en reconocimiento, sin duda, de la grave incidencia que tanto el accidente de trabajo como la enfermedad profesional presentan en este ámbito. La cuestión relativa a la valoración conjunta o no de las secuelas invalidantes en el Régimen General ha sido, por el contrario, una de las que mayor polémica ha suscitado en los últimos años, tanto en orden a la declaración inicial de la contingencia como a su revisión[822], prevaleciendo en la actualidad la tesis de que para la determinación de la incapacidad se ha de valorar globalmente el conjunto de las lesiones y para la revisión será preciso realizar una ponderación individual que atienda a la causa más significativa de la incapacidad a fin de determinar si proviene de enfermedad común o accidente, en el caso de que concurran.

La jurisprudencia suele considerar la enfermedad profesional como la contingencia determinante de la incapacidad permanente cuando el trabajador minero se encuentra aquejado de silicosis con dolencias intercurrentes[823]. En cualquier caso, ello no impide la compatibilidad entre la prestación por incapacidad parcial derivada de accidente de trabajo y la pensión por incapacidad total derivada de enfermedad profesional, al tratarse de profesiones habituales distintas[824]; tampoco de la jubilación del Régimen de Autónomos con la incapacidad permanente absoluta de la minería del carbón[825].

---

jurisprudencia es unánime en reconocer la compatibilidad en los supuestos de pensiones de distintos Regímenes de la Seguridad Social, contemplando sólo la incompatibilidad cuando se trate de dos pensiones pertenecientes al mismo Régimen y en diversas circunstancias, como para el REMC establece el art. 14.3 de la OMC, pues el criterio reside en que la pensión trata de sustituir la pérdida de ganancia por el cese en el trabajo, siempre que se den determinados requisitos, por lo que una misma cotización y una sola pérdida de ganancia no puede dar lugar a dos pensiones en el mismo Régimen de la Seguridad Social. Pero en los casos de pluriactividad y cotización a distintos Regímenes, cual es el caso enjuiciado, se mantiene la compatibilidad con la pensión obtenida en otro Régimen, según los casos".

[820] Esta es la doctrina mantenida por la Sala de lo Social del TSJ Asturias en reiteradas sentencias. A modo de ejemplo, la de fecha 20 julio 2007 (JUR 2007, 306915).

[821] Valorando la inexistencia de tal al concurrir meras lesiones permanentes no invalidantes, STSJ Castilla y León/Valladolid 28 octubre 2009 (JUR 2009, 483135).

[822] Tres son los motivos fundamentales: la subyacente confrontación de intereses económicos entre las entidades gestoras y colaboradoras del Sistema; el distinto nivel de protección económica que según el riesgo determinante puede proceder en cada caso y la extraordinaria dificultad a la hora de diferenciar la verdadera etiología de cada proceso patológico y su conexión con una contingencia concreta. MARTÍNEZ BARROSO, Mª.R.: "Régimen Especial de la Minería del Carbón", cit., pág. 788.

[823] SSTS 24 abril 1979 (RJ 1979, 1715); 28 octubre 1982 (RJ 1982, 6278) o 11 diciembre 1990 (RJ 1990, 9772).

[824] STS 21 junio 1999 (AS 1999, 5225).

[825] STSJ Cataluña 27 julio 1998 (AS 1998, 6542).

4.1.2.- Incapacidad permanente total cualificada

Otra especialidad presente en la regulación de la incapacidad permanente radica en el hecho de que las bonificaciones de edad previstas para la jubilación son tenidas en cuenta al fijar la edad para el posible incremento de la pensión de incapacidad permanente total, presumiendo la dificultad para obtener empleo. La principal cuestión suscitada en esta sede es, sin embargo, la referida a si quien viene percibiendo la pensión de jubilación tiene derecho a solicitar y obtener el paso a la situación de inválido permanente total, incluso en su modalidad de "cualificada".

Como en otras muchas cuestiones controvertidas de este Régimen, las respuestas han sido divergentes, y si bien la doctrina de suplicación y el propio Tribunal Supremo se decantaron inicialmente en favor de su admisión[826], considerando que, aun cuando ya se haya accedido a la jubilación, nada impide al beneficiario de ese tipo de pensión solicitar su declaración como inválido permanente total a consecuencia de silicosis para, previo cumplimiento de los requisitos generales, pasar a percibir el complemento correspondiente a la total cualificada, finalmente en vía judicial se está denegando tal posibilidad[827].

Es más, los Tribunales han admitido que el sistema de bonificación de edad para el acceso a la incapacidad permanente total cualificada se aplique por extensión a subsectores mineros distintos del carbón en mérito a la identidad de razón existente entre la bonificación de edad para jubilación y la obtención de una pensión de incapacidad permanente total con incremento del veinte por ciento. La razón es obvia: su objetivo es compensar el mayor desgaste físico y psíquico provocado por el trabajo en el interior de las minas[828]. Aunque el expresado sistema de bonificación haya sido previsto para la contingencia de jubilación dentro del sector de la minería del carbón, al haberse extendido por precepto reglamentario dentro del mismo a la contingencia de incapacidad permanente total, no cabe atisbar razón sólida capaz de justificar la eliminación de esta mejora para aquellos trabajadores pertenecientes a otros subsectores mineros distintos.

Por contra, quien viene percibiendo la pensión de incapacidad permanente absoluta carece de derecho alguno a percibir el complemento específico de la incapacidad permanente total cualificada en una nueva pensión[829]. Es decir, será menester reconocer la diferencia del supuesto cuando el sujeto haya sido declarado incapaz absoluto por enfermedad común, percibiendo una pensión que alcanza nueva cuantía al cumplir la edad de jubilación, si posteriormente accede a incapacidad permanente total derivada de la enfermedad profesional de silicosis.

---

[826] Entre muchas, STS 11 marzo 2002 (RJ 4681) o STSJ Castilla y León/Valladolid 12 septiembre 2006 (JUR 2006, 258257). Sobre el particular, MARTÍNEZ BARROSO, Mª.R.: "Explicación a una contradicción en el Tribunal Supremo sobre el acceso a la incapacidad permanente total cualificada. Comentario a las SSTS, Sala de lo Social, de 7 de febrero de 2002 y de 13 de mayo de 2002", *Revista Información Laboral. Jurisprudencia*, núm. 13, 2003, págs. 5 y ss.

[827] SSTS 7 febrero 2002 (RJ 2002, 5978) o 26 enero 2004 (RJ 2004, 2426) y SSTSJ Castilla y León/ Valladolid 5 mayo 2003 (AS 2003, 2056) y 7 marzo 2007 (JUR 2007, 215734).

[828] SSTSJ Asturias 19 junio y 18 diciembre 1998 (AS 1998, 6124 y 4837); Castilla y León/Valladolid 30 enero 1996 (AS 1996, 60) y 21 diciembre 1999 (AS 1999, 6910); Galicia 14 mayo 1999 (AS 1999, 5406); La Rioja 25 noviembre 1999 (AS 1999, 4739) y Andalucía/Sevilla 25 mayo 1999 (AS 1999, 3290) o 3 septiembre 1999 (AS 1999, 3290).

[829] STS 6 marzo 1998 (RJ 1998, 2996) y STSJ Asturias 30 junio 2000 (AS 2000, 2014).

La finalidad del complemento en la incapacidad permanente total cualificada estriba en compensar a quienes encuentran gran dificultad para acceder a un empleo diverso del que motivó su incapacidad permanente; su percepción queda limitada por el hecho de que el beneficiario no encuentre trabajo compatible con su disminuida capacidad. Si la incapacidad absoluta impide el desarrollo de cualquier profesión u oficio (art. 137.5 LGSS) y si ese estado sólo permite el ejercicio de las actividades compatibles con el estado del inválido cuando no representen cambio en su capacidad de trabajo; si la tarea que puede desarrollar ya no cabe tampoco por haber accedido a incapacidad total parece lógica la conclusión de la Sala: no cabe ya desarrollar otra actividad y ha desaparecido el requisito que legitima el devengo del 20 por 100 adicional a la pensión ordinaria de incapacidad permanente total[830].

4.1.3.- Declaración y revisión del grado de incapacidad permanente una vez cumplida la edad de jubilación

Con igual respaldo en un criterio jurisprudencial reiterado, nada impide que un pensionista de invalidez permanente total del Régimen Especial Minero, tras haber pasado a percibir pensión de jubilación por cumplimiento de la edad --con aplicación en su caso de las bonificaciones correspondientes-- pueda solicitar la revisión de su grado de incapacidad. Se trata de una tesis progresiva fundada en el hecho de que las enfermedades profesionales son de evolución lenta y progresiva y resulta muchas veces estéril y caprichoso tratar, sin más, de fijar topes, como el de la llegada de la jubilación[831]. Es preciso tener presente, sin embargo, que ésta es una especialidad ligada básicamente a la enfermedad profesional de silicosis, sin que sea exclusiva de la minería del carbón.

4.1.4.- Base reguladora de la pensión de incapacidad permanente derivada de silicosis diagnosticada con posterioridad al cese en la actividad con riesgo pulvígeno

Sobre la premisa de que el inválido silicótico debe recibir la pensión con arreglo a los salarios reales que percibiría de estar en activo, cuando ha desaparecido la empresa en la cual trabajó o no hubiera sido probado el salario percibido por los trabajadores de su misma categoría (criterio prioritario, según reconoce la jurisprudencia)[832], a la hora de determinar la base reguladora de su pensión de incapacidad permanente procederá acudir al salario normalizado que en la fecha del reconocimiento médico de diagnóstico haya sido establecido para la categoría profesional ostentada en su día por el trabajador afectado.

La razón esgrimida a estos efectos aparece meridianamente clara: el salario normalizado se determina con arreglo a las bases de cotización por accidente de trabajo y

[830] STSJ Castilla y León/Valladolid 11 mayo 1999 (AS 1999, 6019).

[831] Entre las más recientes, STSJ Asturias 24 enero 2003 (JUR 2003, 109572). Contra, denegando la revisión, SSTSJ Castilla y León/Valladolid 10 febrero 2003 (JUR 2003, 84589) y 23 febrero 2004 (JUR 2004, 83574) o Asturias 27 enero 2003 (AS 2003, 421).

[832] SSTS 28 diciembre 1989 (RJ 1989, 9099); 31 enero 1992 (RJ 1992, 139); 12 marzo, 3 julio y 12 noviembre 1993 (RJ 1993, 1854, 5542 y 8344); 4 mayo 2006 (RJ 2006, 3107) o 24 febrero 2009 (RJ 2009, 1718). En el mismo sentido, SSTSJ Asturias 28 enero 2000 (AS 2000, 139) o 14 mayo 2004 (JUR 2004, 246323); Castilla y León/Valladolid 31 octubre 2005 (AS 2005, 3394), 21 marzo 2006 (AS 2006, 864) o 6 junio 2007 (JUR 2007, 286509).

enfermedad profesional del año precedente; por consiguiente es un salario próximo al real y, a su vez, "consta de manera indubitada y con carácter de promedio"[833].

Procede considerar, además, que la profesión, categoría y puesto de trabajo a tener en cuenta a estos efectos no son aquéllos que el interesado hubiere ostentado y ocupado en los últimos tiempos en que prestó servicios para una empresa dedicada a la extracción de carbón, sino los propios del último trabajo con riesgo pulvígeno[834]. Es decir, el referente a ponderar viene determinado por los datos correspondientes al puesto y categoría en que se contrajo la enfermedad profesional de silicosis, no los de cualquier actividad llevada a cabo en el exterior de empresas mineras a las cuales no se extiende el citado riesgo[835].

4.1.5.- Nueva cuantía de la pensión de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez al cumplir la edad de jubilación

Característica especial de este Régimen es la posibilidad de que la pensión por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez alcance la cuantía de otra equivalente a la de jubilación cuando el interesado cumpla la edad (real o ficticia, a través de bonificaciones) de sesenta y cinco años[836]; o --en terminología reiterada del Tribunal Supremo-- la posibilidad de "incrementar la cuantía de la pensión de invalidez que perciben los pensionistas hasta alcanzar la de jubilación que les correspondería de estar en activo al alcanzar los 65 años real o ficticiamente"[837]. No se transforma la contingencia protegida (sigue siendo una pensión de incapacidad permanente a efectos fiscales) sino que únicamente se modifica su importe y los correspondientes derechos derivados al llegar a la edad de jubilación, siempre bajo la *condictio sine qua non* de que el beneficiario no sea titular de ninguna otra pensión de la Seguridad Social o que renuncie a ella (art. 20 OMC)[838].

Esta especialidad, no contemplada en el Régimen General, encuentra matiz apropiado si se tiene en cuenta la doctrina legal que, superando precedentes judiciales en contrario, afirma que quienes accedieron a incapacidad permanente por enfermedad profesional en el Régimen General (no si derivada de riesgos comunes[839]), aunque a causa de su precedente trabajo en la minería del carbón, tienen derecho a disfrutar tal incremento, pues si lo pretendido por la norma es otorgar este beneficio a aquellos sujetos que han desarrollado una actividad especialmente penosa (incluso bajo regulaciones diferentes), y

---

[833] SSTS 9 octubre y 28 diciembre 1989 (RJ 1989, 7142 y 9099), 31 enero 1992 (RJ 1992, 139), 8 y 12 marzo 1993 (RJ 1993, 1713 y 1854); SSTSJ Castilla y León/Valladolid 11 enero 1994 (AS 1994, 258), 19 enero 1999 (AS 1999, 1158) o 8 noviembre 1999 (AS 1999, 4679).

[834] SJS Asturias 24 enero 2003 (JUR 2003, 109572); SSTSJ Asturias 14 mayo 2004 (JUR 246323); Castilla y León/Valladolid 17 febrero 2004 (JUR 2004, 83117), 31 octubre 2005 (AS 3394), 21 marzo 2006 (AS 864) o 6 junio 2007 (JUR 286509). Un amplio análisis en MARTÍNEZ BARROSO, Mª.R.: "Régimen Especial de la Seguridad Social de la Minería del Carbón", en AA.VV.: *Factbook Seguridad Social*, 5ª ed., Pamplona (Thomson/Aranzadi), 2008, págs. 783 y ss.

[835] SSTS 16 diciembre 1991 (RJ 1991, 9074), 3 marzo 1997 (RJ 1997, 2196), 17 junio 1998 (RJ 1998, 5402); SSTSJ Asturias 22 abril 1992 (AS 1992, 1925), 9 octubre 1998 (AS 1998, 3583), 28 enero 2000 (AS 2000, 139) o Castilla y León/Valladolid 19 enero 1999 (AS 1999, 1158).

[836] Y cuya fecha de efectos será la del mes siguiente a aquél en que se ejercite el derecho sin posibilidad de retrotraerla a momento anterior, STSJ Castilla y León/Valladolid 26 noviembre 2004 (JUR 2004, 3111392).

[837] Entre muchas STS 25 noviembre 1996 (RJ 1996, 9453).

[838] De ahí que pueda devenir compatible con una pensión de jubilación posterior del Régimen General, STSJ Galicia 22 diciembre 2003 (JUR 2004, 62859).

[839] STS 26 octubre 1995 (RJ 1995, 7927) y STSJ Asturias 29 septiembre 1995 (AS 1995, 3217).

que les ha conducido a la enfermedad padecida, como señaladamente ocurre con la minería del carbón y la silicosis, no parecería lógico ni equitativo negar esta posibilidad a quienes sufren idéntica enfermedad con igual origen por el simple hecho de que la incapacidad se les haya manifestado más tarde, cuando ya no están incluidos en el Régimen Especial Minero. Tal beneficio no se pierde por el mero hecho de que el trabajador haya cesado voluntariamente en la minería[840].

Cabría añadir, sin embargo, que no resulta equitativo, ni lógico, negar esta posibilidad a quienes sufren idéntica enfermedad pero con origen en otro tipo de minería. Los criterios jurisprudenciales van acercando cada vez más la acción protectora de ambos Regímenes, de modo que los "privilegios" o especialidades del mismo, si subsistentes, obedecen en su mayor parte a una protección específica de la enfermedad profesional de silicosis. Nada impediría, por tanto, si integrado este Régimen en el General, seguir otorgando la correspondiente superprotección a través de una necesaria reforma y actualización de la normativa reguladora de los riesgos profesionales.

5.- La jubilación en el Régimen Especial Minero

La protección del riesgo de vejez no entraña, en principio, grandes especialidades en la minería del carbón, a salvo, de un lado, la posibilidad de anticipar la edad mínima de jubilación establecida con carácter general mediante la aplicación de un sistema de bonificaciones construido en relación al tiempo efectivamente trabajado en la minería del carbón en cada una de las categorías y especialidades profesionales[841]; y, de otro, la jubilación de los pensionistas de incapacidad permanente total para la profesión habitual, atendiendo, sin duda, a las más penosas, insalubres y peligrosas condiciones en las que se lleva a cabo su prestación laboral.

5.1.- Coeficientes reductores de la edad de jubilación

Por lo que se refiere a la primera cuestión, de tener en cuenta que en estos casos lo que se produce es una reducción de la edad general de jubilación en función del mayor desgaste fisiológico derivado de la realización de tal actividad durante un tiempo determinado, y que esa reducción, variable en función del tiempo dedicado a la actividad de que se trate[842], se mantiene en los supuestos de movilidad incluso fuera del Régimen Especial (pues el desgaste producido por el trabajo se ha incorporado a la persona del trabajador)[843], no puede extrañar que la anticipación de la edad de jubilación se haya extendido a determinados grupos mineros no incluidos en el Régimen Especial (art. 21 del Estatuto del Minero y RD 2366/1984, de 26 de diciembre).

La capacidad del minero para un trabajo lucrativo --particularmente si ha sido contratado para trabajar en el subsuelo-- tiende a disminuir rápidamente; razón ésta en virtud de la cual parece oportuno el establecimiento de un límite de edad para la pensión de

---

[840] SSTS 14 junio y 26 julio 1993 (RJ 1993, 4671 y 5981) o STSJ Castilla y León/Valladolid 15 julio 1997 (AS 1997, 2658).

[841] STSJ Andalucía/Granada 2 marzo 2004 (JUR 2004, 201324).

[842] Sobre la aplicabilidad de los coeficientes reductores que oscilan desde el máximo de 0,50 hasta el mínimo de 0,05, en función de que se trate de trabajadores de interior o de exterior, entre otras, SSTSJ País Vasco 2 noviembre 2005 (JUR 2006, 80883) o Cataluña 12 septiembre 2007 (JUR 2007, 335401).

[843] Si bien sólo a efectos de aplicar los coeficientes reductores pero no para determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación. STSJ Castilla y León/Valladolid 10 febrero 2003 (AS 2003, 1316).

jubilación inferior al fijado para las demás profesiones. La justificación en el carácter penoso, difícil, peligroso e insalubre de algunas ocupaciones, otorgado para una diferenciación profesional de la edad de jubilación resulta, sin embargo, menos convincente de lo que pudiera parecer a primera vista, pues dentro de las diversas categorías se encuentran grandes diferencias entre las condiciones de trabajo reales de los trabajadores; junto a los duros trabajos de interior, existen categorías de superficie y personal administrativo cuyas condiciones laborales no difieren sustancialmente de las existentes en los demás sectores económicos, y pese a ello, han venido disfrutando de coeficientes reductores residuales. Este inconveniente es resuelto en la actualidad al habilitar el Estatuto del Minero la aplicación de coeficientes reductores a categorías de exterior, pero, únicamente "en las que quede acreditada por los estudios técnicos, correspondientes la existencia de riesgos de origen pulvígeno similares a los tenidos en cuenta para las categorías de interior"[844].

El coeficiente reductor es de aplicación, por si duda hubiere, incluso a trabajadores jubilados anticipadamente a consecuencia de expediente de regulación de empleo[845] y a quienes aspiran a un premio de jubilación anticipada al amparo de cláusula convencional[846].

Tanto la reducción de edad como su cómputo, a efectos de cotización, serán de aplicación a los trabajadores que, acreditando cotizaciones por servicios prestados en la minería del carbón[847], se jubilen en cualquier otro Régimen de la Seguridad Social[848], si bien los últimos pronunciamientos judiciales lo vienen denegando, por ejemplo, a pensionistas de invalidez del Régimen General para profesión ajena a la minería[849].

---

[844] Pudiendo ser denegado, por ejemplo, a un auxiliar de laboratorio y analizador de segunda, STSJ Murcia 18 enero 1999 (AS 1999, 1629). Según entiende la jurisprudencia, no puede ser beneficiario de la bonificación quien ha desarrollado tareas administrativas de exterior, salvo cuando hubiere mediado declaración administrativa sobre existencia de riesgos específicos, SSTS 7 febrero 1996 (RJ 1996, 4369), 19 noviembre 1996 (RJ 1996, 8663), 12 diciembre 1996 (RJ 1996, 9249) y 20 febrero 1997 (RJ 1997, 1455); SSTSJ Cataluña 19 enero 1998 (AS 1998, 646) o Aragón 15 noviembre 1999 (AS 1999, 3689).

[845] STSJ Castilla y León/Valladolid 7 enero 1997 (AS 1997, 283).

[846] STSJ Asturias 18 junio 2004 (AS 2004, 2460).

[847] En cuanto hace a los problemas de aplicación intertemporal, la jurisprudencia no mantiene un criterio análogo al utilizado para la aplicación retroactiva del art. 20 OMC, respecto a quienes prestaron sus servicios en el sector laboral de la minería del carbón con anterioridad a la creación del Régimen Especial de la Seguridad Social para dicha actividad y que, al obtener la jubilación en el Régimen General, pretenden la aplicación de las bonificaciones consistentes en los coeficientes reductores establecidos en los arts. 9 y 21 del Decreto 298/1973 y de la Orden de 3 de abril de 1973, respectivamente, para fijar la edad y la pensión correspondiente [SSTS 20 noviembre 1991 (RJ 1991, 8256) y 26 octubre 1993 (RJ 1993, 8072); en el mismo sentido, SSTSJ Madrid 10 y 28 enero y 13 marzo 1991 (RJ 1991, 745, 903 y 1087)]. El Alto Tribunal fundamenta esta tesis en la irretroactividad de las leyes, consagrada en el art. 2.3 del Código Civil, en virtud de la cual las reglas contenidas en la normativa que crea un Régimen Especial no pueden ser aplicadas a situaciones anteriores, salvo en lo relativo y expresamente previsto al respecto en las posibles disposiciones transitorias contenidas en la normativa en cuestión.

[848] RODRÍGUEZ RAMOS, Mª.J.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M.: *Sistema de Seguridad Social*, 11ª ed., Madrid (Tecnos), 2009, págs. 440-441. Rotunda en tal sentido, la STSJ Madrid 20 diciembre 2006 (JUR 2006, 64575), pues "no se trata de compatibilizar más o menos cotizaciones y el obstáculo que para ello suponga que las correspondientes el Régimen de la Minería hayan sido ya tenidas en cuenta en otra prestación, sino del hecho mismo de haber prestado servicios en este sector, que es lo que propicia, en menor o mayor medida, el derecho a jubilarse anticipadamente sin reducción alguna en función del tiempo en que tales servicios se prestaron y de la clase de éstos, todo ello por la penosidad y toxicidad de esa actividad".

[849] Siguiendo la doctrina de STS 16 septiembre 2003 (RJ 2003, 7304), la STSJ Castilla y León/Valladolid 3 julio 2006 (AS 2006, 2468). Sobre el particular, MARTÍNEZ BARROSO, Mª.R. y CABEZAS ESTEBAN,

5.2.- Jubilación de los inválidos totales

Como especialidad relevante, y bajo la rúbrica de "jubilación de inválidos totales", el art. 22 OM de 3 de abril de 1973 permite que los trabajadores de la minería del carbón, pensionistas de incapacidad permanente total para la profesión habitual de este Régimen, puedan causar derecho a la pensión de jubilación del mismo, considerando a estos efectos que se encuentran en situación asimilada a la de alta, como si estuviesen en activo, si bien para ello resulta condición indispensable que la pensión de incapacidad permanente total no hubiera sustituido, en virtud de opción ejercitada de conformidad con las normas sobre incompatibilidad de pensiones, a la de jubilación que el interesado percibiera a cargo de este Régimen Especial --y satisfaga las cuotas correspondientes[850] desde la fecha de efectos de la incapacidad permanente total y la del hecho causante de la jubilación[851]--.

La configuración de asimilación al alta que tiene en este Régimen el trabajador afectado por la incapacidad permanente total para su profesión habitual tiene por finalidad exclusiva la de facilitar, de forma excepcional dentro del Sistema, el acceso a la pensión de jubilación a partir del cumplimiento de la edad real o ficticia de sesenta y cinco años.

El beneficio, es obvio, no puede quedar sin efectos por el mero hecho de que la prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente total haya sido reconocida en la modalidad de una cantidad única a tanto alzado si el beneficiario de la misma en la fecha del hecho causante de la situación invalidante fuere menor de sesenta y cinco años[852], pero no procede cuando el beneficiario de la pensión lo es del Régimen General[853], por haber renunciado a la pensión de incapacidad permanente total del Especial[854].

En cuanto a la base reguladora de la nueva pensión, pese al tenor literal del precepto, parece que la categoría profesional de referencia ha de ser aquélla en la cual hubiera sido adquirida la enfermedad invalidante (generalmente la de mayor exposición al riesgo) y no la categoría profesional ostentada por el trabajador en el momento de la

---

J.L.: "Acceso a la pensión de jubilación desde una situación de no alta. ¿Resultan aplicables los coeficientes reductores de edad por trabajo penoso?. A propósito de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2003", *RTSS (CEF)*, núm. 260, 2004, págs. 55 y ss.

[850] La obligación del abono de cuotas queda atribuida al causante y se entiende transmitida por ministerio de la ley a sus herederos, en cuanto sucesores del patrimonio del fallecido. SSTS 4 octubre 2001 (RJ 2002, 1419) y 25 febrero 2002 (RJ 2002, 4545). A efectos de determinar dicha cotización, cuando no exista base normalizada correspondiente a la categoría o especialidad profesional que ocupaban los pensionistas, en todos o en alguno de los períodos que han de tomarse en cuenta para el cálculo de la pensión de jubilación y a efectos de determinar las cantidades a deducir de la pensión de jubilación, el art. 18.4 Orden de Cotización de 2010 aplica las siguientes reglas: Primera: se tendrá en cuenta la base de cotización fijada para la categoría o especialidad profesional de que se trate, antes de su desaparición. Segunda: La citada base de cotización se incrementará aplicándola el porcentaje de incremento que haya experimentado la base mínima de cotización en el Régimen General correspondiente al grupo de cotización en que estuviese encuadrada la categoría o especialidad profesional a las que perteneciese, en su momento, el trabajador.

[851] STSJ Cataluña 24 abril 2007 (AS 2007, 2128).

[852] STCT 22 mayo 1989 (RTCT 1989, 3995) y STSJ Asturias 7 mayo 1990 (AS 1990, 1590). *Contra*, STS 3 mayo 2002 (RJ 2002, 7531) o STSJ Castilla-La Mancha 30 enero 2003 (JUR 2003, 128563).

[853] SSTSJ Castilla-La Mancha 26 octubre 2004 (JUR 2004, 291494) o Castilla y León/Valladolid 24 mayo 2004 (AS 2004, 1929).

[854] STS 20 junio 1995 (RJ 1995, 5214).

declaración de incapacidad permanente[855], pues no es infrecuente que dicha situación invalidante traiga causa en una declaración previa de silicosis de primer grado, la cual lleva aparejada el traslado a un puesto compatible de exterior y peor retribuido. Cuando el inválido total haya desempeñado varios puestos de trabajo, la base debe ser calculada tomando las cifras correspondientes a la categoría de mayor riesgo pulvígeno, aun cuando no sea la preponderante en términos cronológicos[856].

6.- Prestaciones de muerte y supervivencia

Quizá la mayor peculiaridad de este Régimen, en cuanto hace a este tipo de prestaciones, es que la situación de paro involuntario también ha sido considerada como una situación asimilada al alta a tener en cuenta para el cómputo del período de carencia de las prestaciones de muerte y supervivencia[857], siempre y cuando concurran los siguientes requisitos: a) Que el causante se halle en situación de paro involuntario en la fecha de su fallecimiento, subsistente después de haber agotado las prestaciones de desempleo o porque no hubiera tenido derecho a ellas. b) Inscripción en la oficina pública como demandante de empleo. c) Abono por los beneficiarios de las cuotas obrera y patronal correspondientes al período que medie entre la fecha de iniciación de la situación asimilada al alta (paro involuntario) y la del hecho causante de la prestación, como si se tratase de un convenio especial. Dichas cuotas son computables tanto a efectos de alcanzar el período mínimo de cotización exigido para el derecho a la prestación como para determinar la base reguladora de la misma.

---

[855] Por más que el punto 2º, regla 1ª, del citado art. 22 pueda llevar a la conclusión de que el elemento relevante es el salario normalizado de la categoría ostentada al declarar la invalidez, con independencia de la profesión para la cual el trabajador mereció la consideración de incapaz, aceptar esta tesis supondría "desconectar invalidez y jubilación" [STSJ Castilla y León/Valladolid 2 noviembre 1994 (AS 1994, 4421)]; también olvidar que la situación invalidante --generalmente silicosis-- tiene su origen en la realización de labores de exposición al polvo silíceo. Tal precepto, si aplicado literalmente, "puede llevar a consecuencias que no sean justas y sean contrarias a la finalidad perseguida" [STSJ Castilla y León/Valladolid 8 julio 1991 (AS 1991, 4312)]; es decir, beneficiar a los trabajadores de este Régimen Especial reconociéndoles una situación de invalidez a partir de una ficticia asimilación al alta al efecto de poder causar, en su momento, la pensión de jubilación en cuantía igual a la que hubieran podido obtener de haber seguido trabajando en su categoría habitual. Así pues, el elemento decisivo no es el de la "declaración" de la situación de incapacidad permanente, sino el de la "producción", en el sentido de "generación, causación, originación" [STCT 21 octubre 1988 (RTCT 1988, 6913)]. A saber, el acceso a la pensión de jubilación como si se hubiera estado en activo en la categoría ostentada al momento de contraer la incapacidad permanente [SSTSJ Castilla y León/Valladolid 27 julio 1992 (AS 1992, 3534) y 11 enero 1994 (AS 1994, 258)], sin perjuicio de prestar servicios con posterioridad en puestos compatibles [STCT 11 febrero 1987 (RTCT 1987, 3002)]. El referente normativo obligado declara que el salario regulador de la incapacidad total del silicótico no puede ser el de un oficio al cual cambie con posterioridad y sea compatible con la enfermedad profesional, pues la incapacidad permanente total ha sido declarada precisamente con relación a la anterior profesión. Sirva el ejemplo: reconociendo que "la incapacidad total del interesado no lo era para su profesión de almacenero, desempeñada durante muchos años antes y después de su declaración como inválido, sino con relación a la anterior profesión de picador, por lo que tal debe ser la categoría de referencia a los efectos del citado art. 22.2.1º" . STSJ Madrid 4 octubre 1989 (AS 1989, 2109).

[856] SSTS 3 marzo 1997 (RJ 1997, 2196) y 17 junio 1998 (RJ 1998, 5402). La Sala Cuarta descarta la atención al criterio de la mayor duración temporal en determinado destino, pero también al instantáneo propio del momento que precede a la declaración de la incapacidad permanente, pues según su criterio la lógica de la norma apunta hacia la categoría propia al momento de contraer la enfermedad (silicosis). Habida cuenta, a su vez, ese momento es muy difícil de precisar en tal proceso patológico, concluye optando por el "criterio de mayor probabilidad", equivalente en el supuesto analizado a utilizar las bases correspondientes a la categoría con mayor riesgo pulvígeno.

[857] STS 12 marzo 1998 (RJ 1998, 2565).

La percepción de la prestación no comienza hasta tanto no haya sido enjugado el importe total de las cuotas a deducir de las mensualidades vencidas .

A su vez, las prestaciones de muerte y supervivencia causadas por pensionistas de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, cuyas pensiones hubieran pasado a tener la cuantía equivalente a la de jubilación, serán determinadas de acuerdo con la base reguladora que haya servido para el cálculo del nuevo montante. Los importes así concebidos serán incrementados con el de las mejoras o revaloraciones periódicas que, para las prestaciones de igual naturaleza, hayan tenido lugar desde la fecha en la cual hubiera producido efectos la nueva cuantía de la pensión del inválido causante o desde la fecha del hecho causante de la pensión a la que se renunció, según proceda (art. 20.5 OMC, en la redacción otorgada por el artículo único de la OM de 8 de abril de 1986).

Tal ocurre no sólo cuando el causante hubiera equiparado su pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez a la de jubilación, pues también los titulares de pensiones derivadas de hechos causados por pensionistas que, de no haber fallecido, hubieran podido ejercitar este derecho (no si no cumplen el requisito de edad teórica)[858], podrán solicitar el reconocimiento de la nueva cuantía de la pensión a que pudiera dar lugar la aplicación del art. 20 (disposición transitoria 2ª OM de 8 de abril de 1986) y, a partir de ella, determinar la base reguladora de su pensión de viudedad[859].

En efecto, los derechos de contenido patrimonial concedidos por la normativa de Seguridad Social a sus beneficiarios no son personalísimos e intransmisibles; antes al contrario, perfectamente pueden ser reclamados por sus herederos. En tal supuesto, la pretensión no reposa sobre el intento de acomodar la pensión del causante a la cuantía de la de jubilación en los términos del art. 20; antes bien, la demanda reclama una prestación por de viudedad del supérstite, de conformidad con lo establecido en la mencionada disposición transitoria, y, por tanto, en la cuantía a que pudiera dar lugar la aplicación del citado art. 20 "ejercitando por tanto un derecho propio que le reconoce la norma"[860].

El cónyuge --o pareja de hecho-- supérstite tendrá derecho a una pensión de viudedad cuantificada de conformidad con aquélla que disfrute o tenga derecho a disfrutar el causante al momento de fallecer, en tanto "tiene un interés directo y legítimo" en ejercitar el derecho reconocido al causante por el art. 20 citado, ya que aun cuando el derecho a la jubilación sea personal, el que (el derechohabiente) tiene a pensión de viudedad le confiere los precisos para determinar la cuantía de ésta"[861].

La redacción literal de la disposición[862] y la complejidad de la situación regulada ha dado lugar, sin embargo, a dispares interpretaciones judiciales. Frente a aquellas tesis para las cuales los derechohabientes que traen causa del pensionista fallecido sólo pueden solicitar y obtener la mayor cuantía de su pensión cuando el fallecido hubiera podido ejercer durante su vida tal facultad, es decir, si en vida hubiera alcanzado la edad de

[858] STCT 24 febrero 1986 (RTCT 1986, 1166).
[859] STSJ Madrid 2 noviembre 1990 (AS 1990, 3325).
[860] STSJ Castilla y León/Valladolid 15 enero 1990 (AS 1990, 3240).
[861] STCT 19 octubre 1984 (RTCT 1984, 7820).
[862] "Los titulares de pensiones derivadas de hechos causados por pensionistas que, de no haber fallecido, hubieran podido ejercitar su derecho en las condiciones a que se refiere la presente disposición podrán solicitar el reconocimiento de la nueva cuantía de la pensión a que pudiera dar lugar la aplicación del artículo 20 en la redacción dada por la presente Orden".

sesenta y cinco años o la asimilada por la aplicación de los coeficientes reductores[863]; otras, por el contrario, sostienen el derecho de los titulares de pensiones que traen causa del pensionista fallecido a ejercitar su derecho en el momento en que el fallecido hubiera podido acceder a tales beneficios, aun cuando éste durante su vida no hubiera alcanzado la edad exigida[864].

Atendiendo a una interpretación sistemática y finalista, pues el preámbulo de la Orden de 8 de abril de 1986 sitúa su objeto en la necesidad de adecuar la redacción del art. 20 OMC a la interpretación que de él venían haciendo los Tribunales (y no una mejora de los derechos en favor de los pensionistas de silicosis)[865]; teniendo en cuenta, además, el carácter transitorio de la norma sujeta a interpretación, motivo por el cual su alcance debe tener como límite la regulación de aquellas situaciones desarrolladas durante la vigencia de la norma precedente --no aplicable, por tanto, a las situaciones que tienen toda su existencia bajo la nueva regulación--, la doctrina legal recaída sobre el supuesto viene exigiendo como presupuesto para la aplicación de la disposición transitoria que el causante de la pensión de viudedad, al momento de su fallecimiento, reuniera las condiciones necesarias para poder solicitar la equiparación de su pensión de invalidez absoluta o gran invalidez a la de jubilación, entre cuyas condiciones figura precisamente la de reunir en dicho momento la edad real o teórica de sesenta y cinco años.

Una interpretación conjunta de las disposiciones transitorias 1ª y 2ª pone de manifiesto que ésta última viene sólo a remediar la situación del titular de la pensión cuando no hubiera podido solicitar la conversión, "no por no haber cumplido dicha edad real o teórica de sesenta y cinco años", sino por haber fallecido con sesenta y cinco años antes de realizar la conversión que le autoriza la transitoria 1ª[866]. Su finalidad no es otra sino ampliar la regulación más favorable instaurada por la norma (aplicándola a situaciones de hecho no comprendidas en la misma), al extender su protección a supérstites de trabajadores que, de estar vivos, hubieran accedido a los beneficios concedidos por el art. 20 OMC. Por tal motivo, su aplicación debe quedar ceñida a quienes en la fecha de vigencia de la Orden en cuestión reunieran los requisitos exigidos por la misma[867].

7.- La financiación de las contingencias comunes a partir de bases de cotización normalizadas

Peculiaridades notables reviste la financiación del Régimen Especial de la Minería del Carbón, no tanto por lo que se refiere a los recursos financieros en sí --que coinciden con los del Régimen General--, sino por las especiales características que denota la fuente de ingresos típica: la cotización. La especialidad en cuanto a contingencias comunes se refiere deriva del hecho de que a la hora de calcular las bases de cotización --que servirán, a su vez, para determinar las bases reguladoras de las prestaciones[868]-- no se toman como referencia los salarios reales, normalmente decrecientes en este sector de actividad mientras más alta sea la edad del trabajador, sino bases normalizadas anualmente. Para llevar a efecto la normalización se totalizan,

[863] SSTS 3 junio, 7 julio y 5 octubre 1995 (RJ 1995, 6581, 5912 y 7193).
[864] STSJ Asturias 15 abril 1994 (AS 1994, 1542).
[865] SSTS 3 junio y 7 julio 1995 (RJ 1995, 6581 y 5912).
[866] SSTS 7 julio y 5 octubre 1995 (RJ 1995, 5912 y 193).
[867] SSTSJ Castilla y León/Valladolid 19 septiembre 1995 (AS 1995, 3253); Asturias 15 diciembre 1995 (AS 1995, 4595); Castilla y León/Burgos 27 julio 1998 (AS 1998, 3129) y STS 5 febrero 1996 (RJ 1996, 850).
[868] STS 17 mayo 1993 (RJ 1993, 4106).

agrupándolas por categorías y especialidades profesionales, las bases de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que hubieran correspondido con arreglo a los conceptos computables --y sin aplicación del tope máximo absoluto-- dentro del ámbito de cada una de las zonas mineras (Asturiana[869], Noroeste[870], Sur[871] y Centro-Levante[872]) en el período anual inmediatamente precedente.

7.1.- Normalización de las bases de cotización

Con este procedimiento se pretende, en definitiva, obtener la media aritmética de los ingresos obtenidos por los trabajadores de cada categoría y especialidad en el período precedente, el cual servirá de referencia a la hora de calcular las bases de cotización del año siguiente.

La obtención de "la suma de los días a los que tales bases correspondan" exige, no obstante, la aplicación de una serie de variables --retribuciones obtenidas por los trabajadores que integran cada una de las categorías y especialidades, días efectivamente trabajados en el período considerado y un coeficiente a partir del cual adaptar los días efectivamente trabajados a los días naturales retribuidos, para así establecer la correspondencia entre días y bases de cotización-- al existir necesariamente, por imperativo de las normas reguladoras de la Seguridad Social, una discordancia entre "los días en alta", o días naturales, y los "días efectivamente trabajados", pues si bien no se trabaja todos los días del año, la cotización se extiende a todo el año o a la parte durante la cual el trabajador ha permanecido en alta.

De este modo, el concepto de "la suma de los días a los que tales bases correspondan" encuentra una traslación matemática en la fórmula que multiplica el concepto "días efectivos de trabajo" por un coeficiente[873] resultado de dividir los días naturales del año, o días en alta, entre los días efectivos teóricos de trabajo[874].

---

[869] Correspondiente a la provincia de Asturias.

[870] Incluye las provincias de León, Palencia, Valladolid, Zamora, La Coruña, Pontevedra, Orense y Lugo.

[871] Integra las provincias de Córdoba, Ciudad Real, Sevilla, Badajoz, Huelva, Cádiz, Málaga, Granada, Jaén y Almería.

[872] Engloba a las restantes provincias de España.

[873] El cálculo de ese coeficiente de conversión de días efectivamente trabajados en días naturales o retribuidos ha ocasionado algunas controversias, al no resultar adecuados los parámetros utilizados por la Administración para la obtención de lo que ha denominado "días efectivos teóricos de trabajo". En efecto, la Dirección General de Régimen Económico de la Seguridad Social ha considerado de forma sistemática que este concepto se obtiene, en todo caso, descontando los domingos y los días de fiesta oficiales de los días naturales del período anual en cuestión, sin hacer lo propio con los sábados de descanso correspondientes a tal período, conforme prevén los convenios colectivos del sector. Ello ha desembocado en una serie de pronunciamientos jurisprudenciales [SSTS, Cont.-Admtivo., 22 junio, 21 septiembre y 5 noviembre 1992 (RJ 1992, 5021, 6938 y 9083)], admitiendo la necesidad de descontar los sábados de descanso en el cálculo de los días efectivos teóricos de trabajo, sin avalar la tesis administrativa conforme a la cual, los sábados de descanso antecitados quedan compensados por el incremento de horas de trabajo los restantes días laborales. La jurisdicción social no es competente para dirimir el conflicto planteado por las cotizaciones correspondientes a las bases normalizadas de salarios de conformidad con la categoría profesional a la que fue asimilado por Resolución de la TGSS [STSJ Asturias 31 marzo 2000 (AS 2000, 503)]. Tal encomienda ha sido atribuida a los órganos de lo contencioso-administrativo.

[874] A estos efectos, y según establece el art. 18 Orden de Cotización 2010, la TGSS tomará los días trabajados y de alta que figuren en el Fichero General de Afiliación, según la información facilitada por las empresas del sector de acuerdo con las obligaciones que establece el Reglamento General de Inscripción de empresas, Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por RD 84/1996, de 26 de enero.

Este resultado constituirá la base normalizada diaria de cotización por contingencias comunes, cuyo importe no podrá ser inferior al fijado para el ejercicio inmediatamente anterior, ni superior a la cantidad resultante de elevar a cuantía anual el tope máximo de cotización y dividirlo por los días naturales del año.

7.2.- Bases normalizadas correspondientes al presente ejercicio

Las bases diarias normalizadas de cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes en el Régimen Especial de la Minería del Carbón para el ejercicio 2010[875] han sido fijadas por Orden TIN/2408/2010, de 15 de septiembre (BOE de 17 de septiembre), sin perjuicio de su aplicación con carácter retroactivo.

Con posterioridad, y como viene siendo habitual, la Secretaría General para la Seguridad Social ha establecido plazos especiales[876] para "el ingreso de las diferencias" que resulten de la aplicación de las bases que se establecen en la mencionada Orden, respecto de aquéllas por las cuales se ha venido cotizando durante el ejercicio 2010 [Resolución de 20 de septiembre de 2010, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social (BOE 25 septiembre 2010)].

Durante el ejercicio 2011 las cotizaciones habrán de ser efectuadas sobre las bases establecidas en 2010 hasta tanto sean aprobadas las que han de regir durante dicho ejercicio, sin perjuicio de eventuales regularizaciones *a posteriori*. La aplicación de estas nuevas bases --con efectos retroactivos a 1 de enero-- obliga a revisar, a su vez, aquellas prestaciones calculadas en función de las bases normalizadas del año anterior.

7.3.- Topes máximo y mínimo

Las bases de cotización normalizadas están sujetas a los límites máximos y mínimos vigentes. No obstante, para las contingencias de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia derivadas de enfermedad común o accidente no laboral no están sujetas al límite de la base máxima según la categoría.

En su caso, la cotización por la diferencia existente entre la base normalizada y la base máxima de cotización por contingencias comunes correspondiente al grupo de cotización en que esté encuadrada la categoría o especialidad profesional, de ser aquélla superior, tendrá lugar mediante la aplicación del coeficiente que a tal efecto se fije (art. 59.2 RD 2064/1995, de 22 de diciembre).

7.4.- Cotización de trabajadores pertenecientes a categorías de nueva creación y que hayan suscrito convenio especial en dicho Régimen

[875] En las cuales ya va incluido el importe de las gratificaciones extraordinarias (conforme establece el art. 6.1 de la Orden de 3 de abril de 1973), STCT 26 febrero 1976 (RTCT 1976, 1042).

[876] Dichas diferencias de cotización podrán ser ingresadas por las empresas en los plazos y en la forma que a continuación se expresan: a) en el plazo que finalizará el último día del mes de marzo del año 2011, las diferencias de cotización correspondientes a los meses de enero a abril de 2010, ambos inclusive; b) en el plazo que finalizará el último día del mes de mayo del año 2011, las diferencias de cotización correspondientes a los meses de mayo a agosto de 2010, ambos inclusive; c) en el plazo que finalizará el último día del mes de julio del año 2011, las diferencias de cotización correspondientes a los restantes meses de 2010.

Respecto de los trabajadores pertenecientes a categorías o especialidades profesionales de nueva creación que no tengan asignada la correspondiente base normalizada, hasta tanto se determine, la cotización por contingencias comunes habrá de ser realizada en función de la base de cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

A su vez, la Orden anual de cotización[877] regula pormenorizadamente la cotización en el convenio especial suscrito en este Régimen, distinguiendo entre aquellas categorías o especialidades profesionales que tienen base normalizada de cotización en el momento de la suscripción del mismo, en cuyo caso tanto la base inicial como las sucesivas de cotización serán equivalentes a las normalizadas que en cada ejercicio económico se fijen (con reglas especiales para el supuesto de que la normalizada desaparezca o resulte inferior a la del convenio especial) y aquellas otras de nueva creación, que no tienen fijada base normalizada, en cuyo caso resulta de aplicación el procedimiento establecido en el párrafo b) del apartado 2.1 del art. 6 OM 13 octubre 2003 (la base de cotización será el resultado de dividir por 12 la suma de las bases por contingencias comunes por las que se hayan efectuado cotizaciones, respecto del trabajador solicitante del convenio especial, durante los doce meses consecutivos anteriores a aquél en que haya surtido efectos la baja o se haya extinguido la obligación de cotizar y que sea superior de la base mínima de cotización vigente en el RETA). La base inicial así determinada será sustituida por la normalizada que, para la categoría o especialidad profesional, se fije por el MTIN.

7.5.- Cotización por contingencias profesionales

Los salarios reales y no las bases de cotización normalizadas son, sin embargo, los que van a ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la cotización por riesgos profesionales. Sobre dichos salarios reales se aplican los porcentajes establecidos en la tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales[878], que figuran --además-- entre los más elevados, dada la frecuencia y gravedad de los riesgos y el peligro de las actividades encuadradas en el ámbito de protección de este Régimen Especial [extracción de antracita, hulla y lignito, 5,20 por 100 (2,30 por incapacidad temporal y 2,90 por incapacidad permanente, muerte y supervivencia); trabajos habituales en interior de minas, 7,15 por 100 (3,45 por incapacidad temporal y 3,70 por incapacidad permanente, muerte y supervivencia), ambas en código CNAE 05].

A su vez, el Gobierno puede establecer primas adicionales a la cotización de accidentes de trabajo para las empresas que ofrezcan riesgos de enfermedades profesionales (entre las cuales ocupan un primerísimo lugar las mineras), diversificadas en los términos y condiciones establecidas por el MITIN en función de la peligrosidad de la industria o clase de trabajo y de la eficacia de los medios de prevención aplicados, sin que dicha diversificación pueda suponer la exoneración de unas empresas y la asunción por otras del importe total de dichas primas adicionales (arts. 108.2 LGSS y 11.2 RD 2064/1995).

[877] Art. 18 Orden de Cotización 2010.
[878] Disp. ad. 4ª Ley 42/2006, de 28 de diciembre según redacción aprobada en la disposición final 8ª de la Ley 26/2009 de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010.

La cuantía de las cuotas resultante de la aplicación de la tarifa de porcentajes vigente y, en su caso, de las primas adicionales mencionadas, podrá ser reducida en el supuesto de empresas que se distingan en el empleo de medios eficaces de prevención[879]; también podrá ser incrementado (hasta un 20 por 100) para aquéllas que incumplan sus obligaciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo (arts. 108.3 LGSS y 11.3 RD 2064/1995).

7.6.- Cotización durante la percepción de la prestación por desempleo

Durante dicha situación, si corresponde cotizar, la base de cotización será la normalizada vigente que corresponda a la categoría o especialidad profesional del trabajador en el momento de producirse la situación legal de desempleo. Tal base de cotización se actualizará conforme a la base vigente en cada momento que corresponda a la categoría o especialidad profesional del trabajador en el momento de producirse la situación legal de desempleo (art. 18.2 Orden de Cotización 2010).

VI.- Ayudas a la producción de carbón y política de prejubilaciones

El tradicional margen de autonomía de que han venido disponiendo los Estados miembros en la definición y desarrollo de sus políticas sectoriales ha ido recortándose en favor de un mayor control por parte de instancias comunitarias, hasta el punto de que la política de ayudas estatales a la minería del carbón, vital para la propia subsistencia del sector, ha sido reorientada progresivamente, haciéndose cada vez más estricta.

El apoyo estatal a la minería nacional, realizado bajo la autorización y supervisión de la Unión Europea, debe apoyarse sobre la base de unas ayudas y subvenciones regresivas, limitadas en el tiempo y orientadas prioritariamente hacia objetivos de racionalización, inversión y cobertura de los costes sociales ligados a los procesos de reconversión.

El objetivo de la "racionalidad" (expresión comprensiva de los conceptos de competitividad, reducción de costes, adecuación de la capacidad productiva y modernización de las instalaciones) queda convertido, así, en el denominador común de las políticas europeas del carbón para los próximos años.

Teniendo presente tal imperativo, los diferentes planes de reordenación del sector carbonífero --en sus diversas fases-- incorporan medidas de fomento de la minería competitiva (aquélla cuyos costes de explotación son inferiores a los precios de venta establecidos) para cuantas empresas demuestren su viabilidad, acreditando capacidad suficiente para, con el auxilio público posible, poder asegurar una situación de equilibrio patrimonial y financiero y, al tiempo, establece acciones orientadas a la disminución o cierre de las explotaciones productivas no competitivas, a través de un componente laboral para indemnizaciones por despido y cotizaciones adicionales a la Seguridad Social[880], dentro de un plan de prejubilaciones y jubilaciones anticipadas.

---

[879] Orden TIN/1448/2010, de 2 de junio, por la que se desarrolla el RD 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de las cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral.

[880] La falta de actualización de la base de cotización del convenio especial en el momento de la desaparición de la categoría profesional no es responsabilidad del trabajador, pues al tratarse de un

En términos generales, y en función de los diferentes planes de reordenación, la cuantía de tales iniciativas alcanza un porcentaje variable de la retribución salarial bruta de los seis meses efectivamente trabajados anteriores a su incorporación al sistema[881], a través de fórmulas excesivamente complejas[882] que están generando una gran litigiosidad a la hora de calcular los salarios garantizados en el contrato de prejubilación.

En cualquier caso, la finalidad compensadora de tales medidas obliga a excluir de la base de cálculo "aquellas retribuciones que, aun habiéndose devengado dentro de los seis meses anteriores al cese, no forman parte de las retribuciones ordinarias del trabajador", como las horas extraordinarias, pues su retribución sólo es debida cuando efectivamente hubieran sido realizadas[883]. De tener en cuenta que una prestación de prejubilación se concede a largo plazo, parece lógico mantener el cálculo de la base reguladora al margen de las oscilaciones derivadas de factores coyunturales; al tiempo, sin embargo, pueden acaecer variaciones de cuantía derivadas de revalorizaciones, inexistentes en los subsidios o prestaciones a corto plazo[884]. Por lo demás, también se ha desestimado la inclusión del concepto salarial de "objetivos" en las prestaciones líquidas del período anual anterior a la prejubilación[885].

De igual modo, el RD 2020/1997, de 26 de diciembre, regula la sustitución del suministro de carbón por la compensación económica prevista en la Orden de 29 de julio

---

convenio suscrito en el marco del plan de prejubilaciones, OFICO (actualmente el Instituto para la Reestructuración de las Comarcas Mineras) debe asumir el pago de las cotizaciones y la empresa garantizar el mantenimiento de las bases que hubiesen correspondido de permanecer en activo. SSTSJ Aragón 13 enero, 6 febrero, 7 abril y 9 junio 2003 (AS 2003, 228, 592, 1821 y 2758).

[881] Entre el 78% en la Orden de 18 de febrero de 1998 y el 80% de la Orden ECO 2.711/2003, de 24 de septiembre o del art. 9 del RD 808/2006, de 30 de junio. Sobre el complemento público de prestación por desempleo, STSJ Madrid 3 febrero 1997 (AS 1997, 380). En relación a la duración de la prestación por desempleo, SSTSJ Castilla y León/Valladolid 11 junio 1996 (AS 1996, 1724) y 15 noviembre 1999 (AS 1999, 4825) o Asturias 3 julio 1998 (AS 1998, 2405).

[882] Según el art. 9.4 RD 808/2006, de 30 de junio, "la cantidad bruta garantizada, excluido el importe correspondiente al vale del carbón, no podrá exceder, en ningún caso, el importe de la base máxima de cotización por contingencia por accidentes de trabajo del Régimen General de la Seguridad Social vigente en la fecha en la que se extinga la relación laboral, ni ser inferior al 80 por ciento de la media de las bases normalizadas correspondientes a las categorías en las que hubiera cotizado el trabajador en el periodo de los seis últimos meses anteriores a la fecha de extinción". Por su parte el párrafo segundo añade: "no obstante, la cantidad bruta garantizada, calculada conforme al procedimiento previsto en el presente artículo, no podrá desviarse, en ningún caso, al alza o a la baja, en más de un 8 por ciento del 80 por ciento del salario medio de los doce meses anteriores al período sobre el que se realiza la valoración. A estos efectos, se computarán los meses con quince o más días trabajados, incluidas vacaciones disfrutadas y los permisos retribuidos". Aplicando este segundo límite se ha unificado la doctrina, llegando a la conclusión de que el párrafo primero no establece la cuantía concreta de la cantidad bruta garantizada sino solamente los topes máximo y mínimo de la misma; y, por consiguiente, una vez obtenida, entra en juego el párrafo segundo, que complementa el anterior, al prescribir que "no obstante" la cantidad bruta garantizada según el procedimiento establecido en el párrafo anterior "no podrá desviarse en ningún caso en más o menos de un 8% del 80% del salario medio de los doce meses anteriores". En tal sentido, entre muchas, SSTSJ Asturias 9 mayo 2008 (JUR 2008, 276052) o Castilla y León/Valladolid 14 mayo 2008 (JUR 2008, 3555991) y SSTS 21 septiembre y 5, 6 y 14 octubre 2009 (RJ 2009, 6173, 7581 y 451507 y JUR 2009, 475015) o 17 diciembre 2009 (JUR 2010, 33602). Entre las más recientes, SSTS 1, 2 (tres), 3, 4, 9, 11, 12, 18 y 25 febrero 2010 (RJ 2010, 3381, 3386, 3388, 3390, 3396; JUR 2010, 103978, 100781, 100766, 123806, 100739 y 111671); 23 marzo 2010 (RJ 2010, 131588) o 9 abril 2010 (RJ 2010, 162421).

[883] STSJ Castilla y León/Valladolid 28 junio 1994 (AS 1994, 2496) o STS 3 octubre 1995 (RJ 1995, 7096).

[884] STS 6 junio 1995 (RJ 1995, 4764).

[885] STSJ Asturias 5 marzo 1999 (AS 1999, 5328).

de 1999[886], admitiendo, al tiempo, que los nuevos pactos o convenios colectivos regulen de manera distinta e incluso supriman determinados beneficios anteriormente existentes[887], sin que falten tampoco las ayudas públicas dirigidas a la creación de empleo que promuevan el desarrollo alternativo de las zonas mineras[888].

VII.- Un interrogante abierto: sobre las posibilidades de integración futura en el Régimen General

Ya en el momento de la aprobación de la disposición adicional 2ª de la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social, determinadas voces críticas manifestaron su sorpresa ante el hecho de que subsistiesen más Regímenes Especiales que los previstos en el "Documento de base" y, especialmente, los de la Minería del Carbón y del Mar, para los cuales habían sido propuestos sendos sistemas especiales. Se consideró que dentro de estos Regímenes, "el más fácilmente integrable hubiera sido el de la Minería del Carbón", cuyas diferencias con el General eran muy escasas[889], atribuyendo a las "conveniencias y oportunidades de orden político" la decisión de no extinguir el Minero, el cual, desde cualquier otra perspectiva debiera haber engrosado la lista de los integrables[890].

Al día de hoy puede ser conveniente adoptar una posición de compromiso entre el mantenimiento de las ventajas particulares del sector minero (justificadas por su objetividad, razonabilidad y congruencia con la dureza del sector) y la integración de sus beneficiarios en el Régimen General, prototipo del Sistema y que tiene clara propensión a englobar a todos los sectores de trabajadores por cuenta ajena aún no integrados. No se trata de imponer, con ello, un tratamiento uniforme sino que, y de forma acorde con la tendencia a la homogeneización, lo pretendido es "lograr la mayor coherencia y racionalidad posible en el Sistema de Seguridad Social, sin perjuicio de que las peculiaridades y diversidades estrictamente necesarias reciban adecuada respuesta por la vía del establecimiento de Sistemas Especiales dentro del Régimen General en materia de encuadramiento, afiliación, cotización, recaudación, etc"[891].

No cabe ignorar el fuerte condicionante histórico en la instauración de este Régimen, pero en absoluto procede defender que, por ser desigual en algún aspecto (dureza de la actividad), se encuentre justificada socialmente cualquier tipo de disparidad (diferente protección tanto en cuantía como en extensión, intensidad y requisitos). Los

---

[886] Cuya licitud ha sido reconocida por la STSJ Castilla y León/Valladolid 7 marzo 2000 (AS 2000, 1510).

[887] STS 18 septiembre 1997 (RJ 1997, 6487) o SSTSJ Castilla y León/Valladolid 16 noviembre 1999 (AS 1999, 4684), 14 diciembre 1999 (AS 2000, 214) y 7 marzo 2000 (AS 2000, 1510).

[888] Reguladas para el presente ejercicio económico en la Resolución de 22 de diciembre de 2009, del Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras, por la que se convocan las ayudas dirigidas a pequeños proyectos de inversión generadores de empleo, que promuevan el desarrollo alternativo de las zonas mineras, para el ejercicio 2010 (BOE 28 diciembre 2009).

[889] GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E., "Capítulo IV", en DESDENTADO BONETE, A. *et. alii.*: *La reforma de las pensiones de la Seguridad Social*, cit., pág. 149.

[890] TEJERINA ALONSO, J.I.: "La racionalización de la estructura de la Seguridad Social: la integración de los Regímenes Especiales de Trabajadores Ferroviarios, de Artistas, de Toreros, de Representantes de Comercio, de Escritores de Libros y de Futbolistas", cit., págs. 66 y 67, valorando aceptablemente la selección llevada a cabo por el legislador, en el sentido de que "son todos los que están", pero dudando respecto a si verdaderamente "están todos los que son".

[891] CAVAS MARTÍNEZ, F.: "El modelo constitucional de Seguridad Social: desarrollos normativos y aspectos pendientes", *RTSS (CEF)*, núm. 128, 1993, pág. 90.

aspectos singulares del colectivo minero, derivados de las características específicas de la actividad que desarrollan, deberían plasmarse en previsiones diferenciadas, pero restringidas sólo y exclusivamente a lo derivado de tal peculiaridad, para evitar así que la mera existencia de particularidades se convierta en razón suficiente para mantener privilegios injustificados. El mantenimiento de situaciones privilegiadas en la protección no puede justificar --en principio-- ningún Régimen Especial, por cuanto en el último de los casos, aquellas ventajas podrían integrarse sin problemas, como excepciones transitorias, en el Régimen General[892].

Sin ir más lejos, permitir extender los beneficios del art. 20 y negar la extensión de los del art. 22 OMC a mineros encuadrados en el Régimen General quizá exija reflexionar una vez más sobre la "racionalidad" de la estructura del Sistema y sobre la justificación hoy día de la pervivencia de un Régimen Especial para la Minería del Carbón. Desde el momento en que existen otras actividades laborales sometidas al mismo o similar grado de dureza y peligrosidad que quedan excluidas de aquél (minas de mercurio, de caolín...), y dado que determinadas enfermedades profesionales se manifiestan con posterioridad al cese de la actividad con riesgo pulvígeno, el Tribunal Supremo ha tenido que recurrir a la analogía, en ocasiones puntuales, para permitir que trabajadores pertenecientes al Régimen General obtengan ciertos beneficios. Sin embargo, la labor que queda por hacer le corresponde, y además sin demora, al legislador para evitar que se produzcan resoluciones judiciales que otorgan soluciones formalmente "ajustadas a Derecho" --y a las peculiaridades de un Régimen Especial--, pero que en el fondo no dejan de provocar una cierta sensación de "injusticia" cuando tales beneficios se deniegan a personas, en idéntica situación de necesidad, pero sin el amparo o la cobertura legal que proporciona la especialidad del Régimen.

No existe, pues, razón aparente para que la integración prevista en la Ley no se produzca. Las diferencias de acción protectora, argumentadas en su día como razón de la subsistencia de los Regímenes Especiales, se han desvanecido en muchos casos, pudiendo señalar, además, que la evolución legislativa experimentada en el Régimen General demuestra la perfecta viabilidad de que determinados colectivos encuadrados en el mismo posean unas prestaciones no coincidentes con las establecidas de forma general[893]. Desde el punto de vista formal podría seguirse el ejemplo del RD 2621/1986, de 24 de diciembre, en virtud del cual se procedió a integrar en el Régimen General[894] los hasta ese momento

---

[892] VIDA SORIA, J.: "Los regímenes especiales", cit., pág. 163. En sentido contrario (y aunque sean afirmaciones de los años 50) se considera que aunque sea posible adaptar las disposiciones de un Régimen General a los intereses de los mineros, puede atenderse más fácilmente a sus necesidades peculiares por medio de un Régimen Especial; igualmente que el mantenimiento de Regímenes alternativos de pensiones robustece la solidaridad entre los trabajadores de la industria minera, pues éstos se encuentran fuertemente apegados a sus instituciones y a los privilegios ganados por sus propios esfuerzos; sin olvidar que la liquidación de cualquier régimen autónomo de pensiones para mineros tropezaría con una considerable oposición. CRAIG, I.: "Las pensiones de los mineros", cit., pág. 304.

[893] Este es el caso, por ejemplo, del Clero Diocesano de la Iglesia Católica que, asimilados sus miembros a trabajadores por cuenta ajena y no configurados siquiera como "Sistema Especial", carece de algunas de las prestaciones previstas para el resto de asegurados del Régimen General (desempleo, incapacidad temporal, etc.), al igual que determinados sectores industriales inmersos en procesos de reestructuración o grupos de empresas en crisis, cuyos miembros disponen de unos mayores beneficios sociales (jubilación anticipada, mayor protección por desempleo, etc.). TEJERINA ALONSO, J.I. y DE LA PEÑA ROSINO, P.: "Instrumentos de armonización de las Comunidades Europeas y sus repercusiones en la Seguridad Social española", en AA.VV.: *La Seguridad Social Española y la adhesión a las Comunidades Europeas. Problemas de armonización y coordinación*, Madrid (IESS), 1981, págs. 88-89.

[894] Con efectos de 1 de enero de 1987.

Especiales de Ferroviarios, Futbolistas Profesionales, Representantes de Comercio, Artistas y Toreros. La lectura de alguno de sus preceptos muestra que la integración operada no hizo desaparecer todas las especialidades que en materia de acción protectora se reconocían a ciertos colectivos de los integrados, sino que, en iguales o parecidos términos, se perpetúan para el futuro; es decir, al margen de las diferencias previstas con carácter transitorio --a fin de evitar, a través de la gradualidad, el traumatismo que un cambio repentino podría ocasionar, por dañar muchas expectativas de derechos en curso de adquisición-- se perciben diferencias de protección para determinados grupos que, a primera vista, podrían interpretarse como una especie de concurrencia de "subregímenes"[895] en el seno del propio Régimen General. El análisis del alcance de tales especialidades en materia de acción protectora revela, no obstante, cómo estas no van más allá del establecimiento de normas particulares tendentes a reducir la edad de acceso a la pensión de jubilación que, en último término, encontrarían amparo en lo dispuesto en el actual art. 161.2 LGSS.

Nada impide por ello la integración del Régimen Especial Minero en el Régimen General, si bien las posibles ventajas que se garantizan para sus asegurados podrían mantenerse con carácter transitorio hasta su extinción o hasta su confirmación --si objetivas y justificadas-- a través de un Sistema Especial. En cualquier caso, conocidas de antemano las dificultades del proyecto por las presiones que en sentido contrario pudieran ejercer los grupos sociales afectados (en constante descenso, alcanzando, según datos del INSS, en junio de 2010, la cifra de 6.841 afiliados), para que este objetivo no resulte utópico debe concebirse a largo plazo, de forma que su puesta en práctica se produzca de forma lenta y progresiva pudiendo una primera vía de actuación consistir en mantenerlo como Régimen a extinguir, en lo que hace a los derechos adquiridos, lo cual implicaría para las nuevas generaciones de esos colectivos la plena integración en el Régimen General.

De futuro, por tanto, cabe proponer la integración de éste, como del resto de Especiales, en dos: trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia. En el primer caso esta reubicación se produciría "sin merma de los derechos adquiridos" por parte de los trabajadores actualmente encuadrados en estos Regímenes, lo cual sería técnicamente viable "mediante la articulación de sistemas especiales dentro de ese Régimen General, que contemplen sus peculiaridades".

VIII.- Bibliografía

AA.VV. (DE LA VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A., Dirs.).: *La reforma del sistema español de Seguridad Social*, 2ª ed., Madrid (Fundación IESA), 1985.

AA.VV.: "Las unidades de observación del Sistema Europeo de Estadísticas Integradas de Protección Social (SEPROS)", (trad. BARRADA, A.).: *Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 3, 1989.

ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, 4ª ed. renovada, Madrid (Tecnos), 1991.

[895]TEJERINA ALONSO, J.I.: "La racionalización de la estructura de la Seguridad Social: la integración de los Regímenes Especiales de Trabajadores Ferroviarios, de Artistas, de Toreros, de Representantes de Comercio, de Escritores de Libros y de Futbolistas", cit., pág. 70.

ALMANSA PATOR, J.M.: *Derecho de la Seguridad Social*, Vol. II, 2ª ed., Madrid (Tecnos), 1979.

BLASCO LAHOZ, J.F.; LÓPEZ GANDÍA, J y MOMPARLER CARRASCO, Mª.A.: *Regímenes Especiales de Seguridad Social*, 10ª. ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2009.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: "El modelo constitucional de Seguridad Social: desarrollos normativos y aspectos pendientes", *RTSS (CEF)*, núm. 128, 1993.

CRAIG, I.: "Las pensiones de los mineros", *Revista Internacional de Trabajo*, Vol. II, núm. 3, 1955, pág. 306.

DESDENTADO BONETE, A.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, B. y GONZÁLEZ-SANCHO LOPEZ, E.: *La reforma de las pensiones de la Seguridad Social*, Madrid (Civitas), 1986.

FERRERAS ALONSO, M.: "Desigualdades de la protección social de los diferentes grupos de población protegidos por la Seguridad Social: sus causas y remedios. Incidencias de la Ley de Pensiones del 85", *REDT*, núm. 25, 1986.

GALA VALLEJO, C.: *Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón*, Madrid (MTSS), 1987.

GARCÍA PIÑEIRO, R.: "La minería del carbón en Asturias: un siglo de relaciones laborales", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 3, 1993.

GONZALO GONZÁLEZ, B.; FERRERAS ALONSO, F.; GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E.; DE LA PEÑA ROSINO, P. y TEJERINA ALONSO, J.J.: *La estructura actual de la Seguridad Social española y su reforma*, Madrid (IELSS), 1981.

MARTÍNEZ BARROSO, Mª.R.: *Sistema jurídico de la Seguridad Social de la minería del carbón*, León (Universidad), 1997.

--"Explicación a una contradicción en el Tribunal Supremo sobre el acceso a la incapacidad permanente total cualificada. Comentario a las SSTS, Sala de lo Social, de 7 de febrero de 2002 y de 13 de mayo de 2002", *Revista Información Laboral. Jurisprudencia*, núm. 13, abril 2003.

--"Régimen Especial de la Seguridad Social de la Minería del Carbón", en AA.VV. (SAGARDOY ABOGADOS): *Factbook Seguridad Social*, 5ª ed., Pamplona (Thomson/Aranzadi), 2008.

--"El régimen especial minero. Situación actual y problemas de integración en el Régimen General", *Revista Foro*, núm. 20, 2008.

--; y CABEZAS ESTEBAN, J.L.: "Acceso a la pensión de jubilación desde una situación de no alta. ¿Resultan aplicables los coeficientes reductores de edad por trabajo penoso?. A propósito de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2003", *RTSS (CEF)*, núm. 260, 2004.

--; y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La minería del carbón. Bases jurídicas para su reordenación*, León (Universidad), 2000.

MARTÍNEZ GIRÓN, J.: *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del Derecho español de la Seguridad Social*, Santiago de Compostela (Paredes), 1990.

RODRÍGUEZ RAMOS, Mª.J.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M.: *Sistema de Seguridad Social*, 11ª ed., Madrid (Tecnos), 2009.

TEJERINA ALONSO, J.I.: "La racionalización de la estructura de la Seguridad Social: la integración de los Regímenes Especiales de Trabajadores Ferroviarios, de Artistas, de Toreros, de Representantes de Comercio, de Escritores de Libros y de Futbolistas", *RSS*, núm. 3, 1986.

--; y DE LA PEÑA ROSINO, P.: "Instrumentos de armonización de las Comunidades Europeas y sus repercusiones en la Seguridad Social española", en AA.VV.: *La Seguridad Social Española y la adhesión a las Comunidades Europeas. Problemas de armonización y coordinación*, Madrid (IESS), 1981.

VIDA SORIA, J.: "Los regímenes especiales", *PEE*, núms. 12-13, 1982, pág. 157.

--; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, 5ª ed., Madrid (Tecnos), 2009.

YANINI BAEZA, J.: "Aspectos diferenciadores del Régimen Especial de la minería del carbón", *TS*, núm. 58, 1995.

CAPÍTULO VII.- ANÁLISIS DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS TRABAJADORES DEL MAR. EN TORNO A LA POSIBILIDAD DE SU RACIONALIZACIÓN E INTEGRACIÓN

Javier Fernández-Costales Muñiz
TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: I.- Campo de aplicación. 1.- Trabajadores por cuenta propia. 2.- Trabajadores por cuenta ajena. 3.- Asimilación de armadores a trabajadores por cuenta ajena. 4.- La nacionalidad del buque como circunstancia específica. 5.- El convenio especial. II.- Actos de encuadramiento: inscripción de empresas, embarcaciones, afiliación de trabajadores, altas y bajas. 1.- Inscripción de empresas. 2.- Afiliación, altas, bajas y variaciones de datos. III.- Cotización y recaudación. 1.- Sujetos obligados. 2.- Sujetos responsables. 3.- Nacimiento, duración y extinción de la obligación. 4.- Clasificación de los trabajadores en grupos de cotización. 5.- Bases y tipos de cotización. 6.- Recaudación. IV.- Acción protectora. 1.- Concepto de accidente de trabajo. 2.- Asistencia sanitaria. 2.1.- Reconocimiento previo al embarque. 2.2.- Trabajadores por cuenta propia. 2.3.- Trabajadores embarcados. 3.- Incapacidad temporal. 4.- Incapacidad permanente. 5.- Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia. 6.- Muerte y supervivencia. 7.- Protección a la familia. 8.- Desempleo. 8.1.- La protección por desempleo en caso de naufragio. 8.2.- Normativa coyuntural en materia de desempleo. 8.3.- Prestación por cese de actividad de los autónomos del mar. 9.- Jubilación. 10.- Protección asistencial. V.- Gestión. 1.- El Instituto Social de la Marina. 2.- Otras entidades colaboradoras. VI.- A modo de conclusión. VII.- Bibliografía.

I.- Campo de aplicación

El Sistema de la Seguridad Social contempla, junto al Régimen General, los Regímenes Especiales para “aquellas actividades profesionales en las que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hiciere preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social” (art. 10 LGSS). El art. 10.2.b) LGSS establece como uno de tales el conformado por el colectivo de los trabajadores del mar.

La especial protección y la justificación de un Régimen Especial de Seguridad Social para los trabajadores del mar aparece sostenida por razones diversas: las especiales circunstancias que hacen acto de presencia en el trabajo marítimo y pesquero; su dureza y peligrosidad; la obligación --por razón de la actividad-- de permanecer alejado del hogar, e incluso del país, durante largas temporadas; su carácter tradicional; la dispersión de la población pesquera a lo largo del litoral o la naturaleza intermitente de la actividad, vinculada a ciertas zonas costeras y dependiente de las fluctuaciones de las capturas en virtud de las temporadas de abundancia y escasez de pesca; o las diferentes actividades que se desarrollan en el sector (pesca, marina mercante, estiba portuaria, etc.).

La Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social ya contemplaba, en la base tercera, apartado once el Régimen Especial para los trabajadores del mar**.** Sus intenciones fueron ulteriormente desarrolladas por las

distintas leyes en la materia, hasta la actual LGSS, al incluirlo entre los regímenes especiales a regular por ley (arts. 10.2 y 10.3)[896].

El art. 7 LGSS establece los requisitos generales que debe reunir el trabajador para quedar incluido en el Sistema público de Seguridad Social, en el presente caso siempre y cuando realice alguna de las actividades prevista por el art. 2 Decreto 1867/1970, de 9 de julio. A tenor de este específico precepto, se encuentran incluidos en este Régimen Especial los trabajadores o asimilados que desarrollen alguna concreta actividad marítimo-pesquera. Una de las singularidades más relevantes de tal Régimen viene constituida por el hecho de comprender en su ámbito de aplicación tanto a trabajadores por cuenta propia o asimilados como a quienes prestan servicios por cuenta ajena, de forma tal que su inclusión no aparece determinada por la relación de dependencia, sino por la realización de una específica actividad profesional.

Existe, además, una equiparación generalizada de los extranjeros, que se incorporan sin mayores problemas al campo de aplicación de este Régimen Especial (art. 7.1 y 5 LGSS, en la redacción dada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social).

1.- Trabajadores por cuenta propia

Para su inclusión, los trabajadores por cuenta propia o autónomos deben desarrollar de forma habitual, personal o directa, que además constituya su medio fundamental de vida, alguna de las siguientes actividades [art. 2.1.b) Decreto 1867/1970]:

a.- Ser armador de pequeñas embarcaciones y trabajar a bordo de ellas. La embarcación no debe exceder de diez toneladas de registro bruto, el armador ha de realizar su trabajo enrolado en aquélla como técnico o tripulante[897], no pudiendo el

[896] La normativa fundamental de este Régimen Especial la constituyen, entre otras muchas, el Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, que aprueba el Texto Refundido del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar; el Reglamento General de la Ley 116/1969, de 30 de diciembre, sobre Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, aprobado por Decreto 1867/1970, de 9 de julio o el RD 2390/2004, de 30 de diciembre, sobre reducción de la edad mínima para causar pensión de jubilación en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar. El elenco de base anterior ha sido completado por normas concretas del RD 1300/1995, de 21 de julio, el cual 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, en su disposición adicional 1ª; la Orden de 18 de enero de 1996, de aplicación y desarrollo del RD 1300/1995, de 21 de julio en su disposición adicional 4ª; el RD 84/1996, de 26 de enero, que aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (en los arts. 10.4, 48, 51.4 y disposición adicional 2ª), la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social; el RD 869/2007, de 2 de julio, por el que se regula la concesión de prestaciones asistenciales en atención a las situaciones especiales derivadas del trabajo en la mar para trabajadores y beneficiarios del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar y se establecen determinados servicios a los trabajadores del mar; o, en fin, en las diferentes Leyes de Presupuestos Generales del Estado y Órdenes de Cotización, entre otras.

[897] No en tierra [STSJ Galicia 23 septiembre 1992 (AS 1992, 4186)], ni en otras actividades, como el transporte terrestre o la comercialización, STSJ Asturias 28 mayo 1993 (AS 1993, 2227).

número de tripulantes --incluido el armador-- exceder de cinco[898] (art. 3. Decreto 1867/1970).

A efectos del Régimen Especial, el armador, sin perjuicio de su carácter de trabajador autónomo o por cuenta propia, tendrá la consideración de empresario[899] respecto de los demás tripulantes enrolados en su embarcación (art. 3.3 Decreto 1867/1970). No cabrá considerar empresario al apoderado en España de una empresa extranjera, aun cuando sea el pagador de las nóminas de sus empleados[900].

b.- Aquellos que se dediquen a la extracción de productos del mar. Así, mariscadores, recogedores de algas y quienes realicen tareas análogas. Tal actividad deberá ser demostrada mediante la presentación del documento que pruebe su desempeño; al tiempo, habrá de constituir su medio fundamental de vida[901] (art. 4 Decreto 1867/1970).

c.- Los rederos que no realicen sus faenas por cuenta de una empresa pesquera determinada, aun cuando se agrupen con otros para llevar a cabo la actividad siempre y cuando no empleen a más de cuatro trabajadores a su servicio (art. 5 Decreto 1867/1970).

Aparecen igualmente comprendidos como trabajadores por cuenta propia, el cónyuge y los parientes --hasta el segundo grado consanguinidad, afinidad o adopción-- del trabajador encuadrado en el régimen especial si trabajan habitualmente con él y cuando convivan y dependan económicamente del mismo (art. 6 Decreto 1867/1970). Aun cuando la ley no lo especifique, se trata de una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario sobre su condición de trabajadores por cuenta ajena, de conformidad con las normas laborales y del Sistema de Seguridad Social.

Es requisito esencial que las faenas cuya realización provoca la inclusión en el Régimen Especial sean desempeñadas con habitualidad y constituyan el medio fundamental de vida[902], siempre que de las mismas se obtengan ingresos para atender a sus propias necesidades o, en su caso, a las de la unidad familiar. Aun cuando ocasionalmente pueda realizar otros trabajos no específicamente marítimo-pesqueros, el trabajador debe dedicar predominantemente su actividad a este tipo de tareas, obteniendo de ellas los principales ingresos[903], habida cuenta que lo relevante es la

[898] A propuesta de la Entidad Gestora y previo informe de la organización sindical, el Ministerio de Trabajo podrá alterar los límites de tripulantes y de tonelaje indicados, siempre y cuando la modalidad de pesca o los caracteres económicos de la explotación lo aconsejen (art. 3.2 Decreto 1867/1970).
[899] El art. 8 Decreto 1867/1970 define como tal aun cuando "su actividad no esté motivada por ánimo de lucro, al naviero, armador o propietario de embarcaciones o instalaciones marítimo-pesqueras, organización de trabajos portuarios y a cualquier otra persona, natural o jurídica, pública o privada, que emplee trabajadores incluidos en el campo de aplicación de dicho Régimen".
[900] STS 15 enero 2001 (RJ 2001, 768).
[901] El desarrollo directo de la actividad extractiva se convierte en requisito indispensable, pues el Régimen Especial "contempla exclusivamente a aquellos que se dediquen a la extracción de productos del mar, no a los que comercializan con esos productos ya extraídos", STSJ Asturias 28 mayo 1993 (AS 1993, 2227).
[902] Al respecto, STSJ Galicia 3 mayo 1996 (AS 1996, 2203).
[903] STCT 27 febrero 1978 (RTCT 1978, 1230).

entidad económica de las actividades[904] para atender a sus necesidades y las de los familiares a su cargo[905] (art. 2.2 Decreto 1867/1970, de 9 de julio).

La norma establece de nuevo, empero, una presunción *iuris tantum*: cuando el trabajador, su cónyuge o parientes hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad que convivan con él sean titulares de un negocio mercantil o industrial, se presumirá -- salvo prueba en contrario-- que aquéllos ingresos no constituyen su principal medio de vida.

En definitiva, se considera trabajador del mar "no al que le dedica más o menos horas o jornadas de trabajo en el curso del año, sino al que liga su vida a las tareas marítimo-pesqueras dentro de los más variados grupos y sectores que el Régimen Especial comprende". De tal forma, la protección no depende únicamente del carácter continuo o discontinuo del trabajo, "sino del hecho verdadero de trabajo en el mar o para el mar y de vivir de la compensación económica que esta circunstancia le proporcione" (Exposición de motivos, punto 3 Decreto 2864/1974).

No se encuentran incluidas, como propias de autónomos de la Seguridad Social, las actividades profesionales relacionadas con la marina mercante o con embarcaciones deportivas o de recreo. De tal forma, han sido expresamente excluidos (Orden de 6 abril de 1989) los oficiales de la marina mercante que ejerzan la actividad por cuenta propia y estén inscritos en el Colegio de Oficiales de la Marina Mercante, quienes aparecen encuadrados dentro del RETA como autónomos no específicos[906].

2.- Trabajadores por cuenta ajena

Están incluidos en el Régimen Especial de los trabajadores del mar aquéllos retribuidos a salario o "a la parte"[907] siempre y cuando desempeñen alguna de las actividades siguientes [art. 2.1.a) Decreto 1867/1970]: marina mercante; pesca marítima en cualquiera de sus modalidades; extracción de otros productos del mar[908]; tráfico interior de puertos y embarcaciones deportivas y de recreo[909]; trabajos de carácter administrativo, técnico y subalterno de las empresas dedicadas a las actividades

---

[904] STSJ Cataluña 22 abril 1992 (AS 1992, 2309).

[905] Así, por ejemplo, se considera indebida la afiliación de un trabajador cuyo cónyuge es titular de un bar, por no haber probado hechos contrarios a la presunción de no constituir su medio fundamental de vida, STSJ Galicia 3 mayo 1996 (AS 1996,2203) o STCT 25 abril 1978 (RTCT 1978, 2399).

[906] Al respecto, STS 7 abril 1995 (RJ 1995, 2921).

[907] En relación con esta clase de retribución, STSJCE 3/87, de 14 de diciembre 1989, Caso *The Queen contra Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, c. Agegate Ltd.*

[908] De este modo queda comprendida también dentro de este grupo la extracción de petróleo o gas del fondo marino. La expresión "otros productos del mar" parece ampliamente genérica para hacer referencia no sólo a todo aquello que se encuentre en aguas marinas, sino también en el lecho, suelo y subsuelo. Procede tener en cuenta, además, dos datos harto significativos a efectos del encardinamiento: primero, los trabajadores mencionados realizan su actividad en condiciones de aislamiento; segundo, las plataformas petrolíferas o de gas son consideradas buques por el Código de Comercio.

[909] Los prácticos de los puertos presentas varias situaciones según la fecha de iniciación de los servicios. Hasta la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante quedaban incluidos en el Régimen Especial; los incorporados tras la entrada en vigor de la Ley, estarán integrados en el Régimen General cuando desarrollen su actividad por cuenta ajena, y en el de Autónomos si lo hacen por cuenta propia.

anteriores; trabajos de estibadores portuarios[910]; servicio auxiliar sanitario y de fonda y cocina prestado a los emigrantes españoles a bordo de las embarcaciones que los transportan; personal al servicio de las Cofradías Sindicales de Pescadores y sus Federaciones o de las Cooperativas del Mar; cualquier otra actividad marítimo-pesquera cuya inclusión en este Régimen sea determinada por el Ministerio de Trabajo. En este sentido, y haciendo uso de la habilitación ha tenido lugar la inclusión de los siguientes colectivos: los médicos que forman parte de los grupos de asistencia a los emigrantes (Orden de 23 de noviembre de 1970); los trabajadores que realicen cursos de formación profesional náutica o naútica-pesquera[911] (Orden de 31 de enero de 1974); en fin, los trabajadores de empresas pesqueras conjuntas y mixtas (art. 7 RD 830/1985, de 30 de abril y Resolución de la Secretaría de Estado de Seguridad Social de 21 de enero de 1997), quienes deben estar en alta obligatoriamente para todas las contingencias, accidentes laborales y enfermedades profesionales[912].

3.- Asimilación de armadores a trabajadores por cuenta ajena

Quedan asimilados a los trabajadores los armadores de embarcaciones que presten servicios a bordo y cuya embarcación exceda de diez toneladas de registro bruto o el número de técnicos y tripulantes enrolados, incluido él mismo, supere los cinco miembros. Habrán de cumplir, empero, ciertos requisitos tales como figurar en el rol de la embarcación como tripulantes o técnicos y ser retribuidos por su trabajo, ya sea mediante salario o con una participación en el "monte menor".

Estos armadores tendrán los mismos derechos y obligaciones que los restantes miembros de la dotación de la embarcación, sin perjuicio de las obligaciones que les corresponden como empresarios.

4.- La nacionalidad del buque como circunstancia específica

---

[910] Comprendiendo las actividades de carga y descarga reguladas en el RD Ley 2/1986, de 23 de mayo. Quedarán integrados**,** por tanto, los de las empresas estibadoras o los de la sociedad estatal, salvo que no se hubieren constituido o no estuvieren oportunamente homologadas.

[911] Al calor de tal enunciado quedan excluidos los estudiantes en prácticas que se encuentran realizando los días de mar exigidos para la obtención del título, quienes deben ser incluidos en el campo de aplicación del Seguro Escolar, habida cuenta no existe relación laboral con la empresa. Es menester diferenciarlos de aquéllos que realizan prácticas profesionales para la concesión de títulos expedidos por la Dirección General de la Marina Mercante (jefe de máquinas, capitán,...), en cuyo caso existe una relación de trabajo al margen de los requisitos necesarios para obtener el título.

En este orden, se encontraban ya incluidos los trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en embarcaciones deportivas y de recreo, STS 17 junio 1980 (RJ 1980, 606) ó STCT 14 junio 1894 (RTCT 1984, 5319). Será menester, no obstante, deslindar la anterior de la mera pesca de recreo, realizada "por afición o deporte sin retribución alguna y sin ánimo de lucro, no dando derecho a la venta ni al intercambio del pescado capturado, que habrá de ser destinado al consumo propio o entregado para fines benéficos" (art. 1 Orden de 3 de diciembre 1963).

[912] En este sentido, se considera empresa pesquera conjunta a la constituida en un país extranjero, conforme a su legislación, por empresas españolas en asociación con una persona, física o jurídica, de dicho país --y en su caso de otros países--, con la finalidad de explotar conjuntamente los recursos del mar.

Por su parte, mixtas serán las constituidas, al menos, por un armador español y uno o varios socios de un país tercero con el que la Unión Europea mantenga relaciones, cuyo destino sea explotar y, en su caso, transformar y comercializar los recursos pesqueros situados en las aguas que pertenecen a la soberanía o jurisdicción de ese tercero, con la finalidad prioritaria de abastecer el mercado comunitario.

En virtud de la singularidad del barco como lugar de trabajo y del hecho de existir la posibilidad de navegar bajo bandera de un país distinto al de nacionalidad de empresario y trabajador, pueden aparecer situaciones peculiares (aparte, por supuesto, de la considerada normal, en la cual el buque ostente pabellón español, de forma tal que el español o extranjero con permiso de trabajo que presten a bordo sus servicios quedarán incluidos en el Régimen Especial), entre otras las siguientes:

a.- El empresario español contrata con un trabajador español para prestar servicios en un barco extranjero o en un centro de trabajo en el extranjero que se encuentre incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial. Quedará encuadrado bajo este modelo de protección de acuerdo con lo establecido en el art. 4.1 ET.

b.- También habrán de ser incluidos los empleados de un buque cuando navegue bajo pabellón de algún país de la Unión Europea y la empresa que abona el salario tenga su sede o domicilio en España (art. 14 Reglamento 1408/1971 CEE).

c.- Los trabajadores españoles de empresas pesqueras conjuntas y mixtas deben ser dados de alta en el Régimen Especial para todas las contingencias, sin perjuicio de lo derivado de los posibles Tratados suscritos con el país en el cual estén ubicadas las mencionadas unidades productivas[913].

d.- La Ley 27/1992, sobre Puertos del Estado y Marina Mercante creó un Registro especial de buques y empresas navieras, siguiendo los postulados europeos de crear un segundo Registro para evitar el abanderamiento en países de conveniencia. La norma establece una reserva absoluta en cuanto a los puestos de capitán y primer oficial, los cuales deberán ser de nacionalidad española, fijando en un 50 por ciento el porcentaje de la tripulación cuyo origen puede ser extracomunitario[914].

e.- Los españoles que naveguen bajo algún pabellón distinto a los mencionados no podrán quedar encuadrados en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar[915]. Así, se ha calificado expresamente como indebida la afiliación de quien prestara servicios en una embarcación de bandera extranjera y perteneciente a una empresa no española[916].

5.- El convenio especial

Finalmente, cabe quedar incluido en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar a través de la suscripción del convenio especial previsto en el RD 996/1986, de 25 de abril y la Orden de 28 de julio de 1987 para trabajadores emigrantes e hijos de emigrantes, o de lo dispuesto en la Orden referida para otros supuestos. La normativa anterior incluye: en primer lugar, a trabajadores cuya última situación de alta en la Seguridad Social haya tenido lugar en este Régimen Especial, hayan causado baja y no se encuentren inscritos en ninguno otro; en segundo término, a los emigrantes que

[913] STSJ Galicia 21 noviembre 1992 (AS 1992, 5340); SSTCT 25 abril y 30 mayo 1983 (RTCT 1983,3 529 y 5054) ó 1 febrero 1984 (RTCT 1984, 842).
[914] Las condiciones laborales y de Seguridad Social de éstos quedarán reguladas por la legislación libremente elegida por las partes. En defecto de pacto al respecto, el ordenamiento español será el aplicable.
[915] STS 19 febrero 1990 (RJ 1990, 116) o STSJ Galicia 30 septiembre 1993 (AS 1993, 3990).
[916] STS 18 junio 1999 (RJ 1999, 1701) y STSJ Galicia 4 julio 2000 (AS 2000, 1956).

desarrollen su actividad en buques bajo bandera de un país con el cual no exista Tratado, acuerdo o norma internacional aplicable en materia de Seguridad Social.

El convenio supone la obligación de cotizar, y traerá aparejado el disfrute de una situación asimilada al alta frente a determinadas contingencias: asistencia social y servicios sociales; jubilación y derivados de riesgos comunes, incapacidad permanente, muerte y supervivencia.

Cabe, además, la posibilidad de tener en cuenta el tiempo de navegación realizado bajo pabellón de aquellos países con los cuales no haya Tratado suscrito a efectos de los coeficientes de reducción de la edad mínima de jubilación (Orden de 17 de noviembre 1983).

II.- Actos de encuadramiento: inscripción de empresas, embarcaciones, afiliación de trabajadores, altas y bajas

El RD 84/1996 (arts. 10 a 20), unifica todas las normas sobre las materias en vigor en el Sistema de Seguridad Social, excluyendo únicamente los Regímenes Especiales de Funcionarios Civiles del Estado, de las Fuerzas Armadas y de la Administración de Justicia.

1.- Inscripción de empresas

El naviero, armador o propietario de embarcaciones o instalaciones marítimo-pesqueras, ya sea persona física o jurídica, pública o privada, debe solicitar a la TGSS, como requisito previo e indispensable a la iniciación de su actividad, su inscripción en el correspondiente régimen del Sistema de la Seguridad Social.

A través del acto de inscripción, se le asigna al empresario un número único de inscripción para su individualización en el Régimen del Sistema de la Seguridad Social, el cual será considerado el primero y principal código de cuenta de cotización y al mismo quedarán vinculadas todas las cuentas de cotización que pudieran asignársele en la misma o distinta provincia. Cada embarcación tendrá la consideración de un centro de trabajo, al cual será asignado un código de cuanta de cotización propio del que se tomará razón en el Registro de Empresarios. Tal referente identificará a cada una de ellas y será anotado en el rol o licencia de la embarcación.

El empresario que emplee a trabajadores por cuenta ajena o asimilados incluidos en este Régimen Especial, figurará inscrito en el mencionado Registro de Empresarios, donde deberán constar todos los datos necesarios para poder desarrollar la gestión del Sistema. La inscripción de la empresa e identificación de la embarcación en el Registro constituye requisito indispensable a la hora de poder obtener la autorización pertinente para salir a la mar por parte del organismo marítimo competente.

El cumplimiento de todos los requisitos expuestos resulta así imprescindible para poder zarpar y para que el propio trabajador pueda comenzar su prestación de servicios, habida cuenta que las autoridades de marina negarán el despacho a cuantas embarcaciones no acrediten las diligencias previstas[917].

[917] El hecho de "su inscripción en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, así como también a aquellas que, aun demostrándolo, no justifiquen… que se encuentran al corriente

El empresario deberá notificar las variaciones de los datos aportados al solicitar la inscripción. Esta comunicación habrá de efectuarse en modelo oficial, en el plazo de seis días naturales desde la modificación; la excepción viene dada por el supuesto de cambio de entidad que cubra los riesgos profesionales o comunes, debiendo ser realizados en tal caso con una antelación de diez días naturales indicando la Entidad por la cual se hubiere optado[918].

Los trabajadores por cuenta propia y los armadores a que se refiere el art. 3 RD 1876/1970 están obligados a concertar con el Instituto Social de la Marina, o con una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, la protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por lo que se refiere a sí mismos como empresarios, además, habrán de proceder en igual sentido respecto a los trabajadores por cuenta ajena que empleen (art. 48.4 RD 84/1996).

2.- Afiliación, altas, bajas y variaciones de datos

Rigen en este ámbito los plazos y condiciones contemplados para el Régimen General, salvo cuando se trate de personal a bordo de embarcaciones que naveguen o faenen en zonas alejadas del lugar en el cual la empresa estuviere inscrita. En tales casos, el plazo para las actuaciones de encuadramiento será de seis días naturales a contar desde la llegada del buque al puerto de la provincia de inscripción, sin posibilidad de que, entre la fecha de incorporación del trabajador a la empresa y el alta, pueda mediar un plazo superior a diez días naturales (art. 48.2 RD 84/1996).

Resulta obligatorio que tanto la afiliación como las altas sean presentadas con antelación al comienzo de la prestación de servicios, con la sola excepción del personal a bordo de embarcaciones alejadas de los puertos. Como tales habrán de ser calificados los barcos que no regresan a puerto a diario en virtud del tipo de actividad realizada.

A partir del art. 35 RD 84/1996 cabrá entender que, ante la falta de afiliación o alta dentro de los plazos legalmente previstos, cualquier necesidad de prestación del trabajador deberá ser cubierta por la Entidad Gestora o colaboradora que tenga asegurado el riesgo correspondiente, sin perjuicio de la ulterior repetición a que hubiere lugar.

Los sujetos obligados a promover la afiliación serán el empresario, respecto de los trabajadores a su servicio; los propios interesados, cuando sean trabajadores por cuenta propia o autónomos; o, ante la falta de cumplimiento de la obligación, ésta podrá ser realizada de oficio por las Direcciones provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social o sus Administraciones, o a partir de la iniciativa de los trabajadores por cuenta ajena o asimilados, quienes podrán instarla ante la Dirección Provincial del

---

en el pago de sus cuotas" y "antes de autorizar el enrolamiento del personal marítimo-pesquero, comprobarán que en la Libreta de Inscripción Marítima consta el número de afiliación del trabajador a la Seguridad Social" (arts. 3 y 4 Orden de 3 de noviembre de 1970).

[918] Deberá notificar, en consecuencia, los siguientes factores relevantes: cambio de nombre de la persona física o denominación de la jurídica; modificación en el domicilio legal del empresario; alteración de la entidad que cubre las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional y, en su caso, de la prestación por incapacidad temporal.

Instituto Social de la Marina en cualquier momento posterior a la contratación, sin perjuicio, obviamente, de que tal entidad ponga los hechos en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que ésta realice las comprobaciones y demás actuaciones pertinentes al efecto.

Las solicitudes de afiliación y alta de trabajadores extranjeros, ya sean por cuenta ajena o propia deberán venir acompañadas, además de los datos y documentos requeridos para las de los españoles, de una copia de la correspondiente autorización de trabajo cuando fuera necesario (art. 42 RD 84/1996).

Las solicitudes de bajas o variaciones de datos habrán de ser presentadas dentro de los seis días naturales siguientes al del cese o alteración en el trabajo. La baja viene caracterizada por ser un acto repetible: el trabajador siempre que cese en sus servicios deberá comunicarlo al Instituto Social de la Marina. Dicha solicitud de baja extinguirá la obligación de cotizar desde el momento en el cual tenga lugar el cese en el trabajo o en la actividad, siempre y cuando haya sido comunicada dentro de los plazos y en el modelo o medio oficialmente establecido. En caso de continuar el trabajador desarrollando la prestación de servicios no producirá efecto alguno; igual ocurre cuando el trabajador estuviera en una situación asimilada a la del alta en la cual se establezca expresamente la obligación de continuar cotizando (art. 35.2 RD 84/1996).

Cuando se trate de trabajadores que presten servicios en embarcaciones de cualquier clase, el número de la Seguridad Social deberá estar reseñado en la libreta de inscripción marítima del interesado, habida cuenta que no se autorizará enrolamiento alguno sin cumplimentar tal requisito.

En los supuestos de afiliación y alta de los familiares del empresario que reúnan las condiciones exigidas para su inclusión como trabajadores por cuenta ajena en este Régimen Especial, junto a la documentación requerida con carácter general, deberá acompañarse una declaración de empresario y familiar donde conste tal condición, la categoría profesional, el puesto de trabajo, la forma y la cuantía de la retribución, el centro de trabajo, el horario y cuantos datos sean necesarios.

III.- Cotización y recaudación

Son numerosas las disposiciones normativas que, junto a los arts. 51 a 55 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, están encargadas de regular esta materia. Baste hacer mención a las siguientes: Orden de 22 de noviembre de 1974 y la Orden TIN/25/2010, de 12 de enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social.

A este Régimen Especial le serán de aplicación las normas de cotización del Régimen General, pero con una serie de particularidades; de un lado, al establecerse diferentes grupos de sujetos cotizantes, sometidos a parámetros propios respecto a las bases de cotización; de otro, al introducirse medidas más flexibles atendiendo a la capacidad económica de los trabajadores[919].

1.- Sujetos obligados

[919] STS, Cont.-Admtivo., 3 junio 1997 (RJ 1997, 5172).

La obligación se reparte de la siguiente forma: en el supuesto de los trabajadores por cuenta ajena estarán obligados a cotizar los propios trabajadores y los empresarios por cuya cuenta presten servicios (art. 51.1 RD 2064/1995); si se tratare de trabajadores por cuenta propia o autónomos, sobre ellos recaerá la responsabilidad de sus propias cotizaciones [art. 9.1.d) RD 1637/1995 y 51.3 y 4 RD 2064/1995].

Por consiguiente, en el primero de los casos --y al igual que ocurre en el Régimen General--, la cotización comprende dos aportaciones: la de los empresarios y la de los trabajadores. No obstante, existen ciertas peculiaridades en la cotización por contingencias comunes y profesionales respecto a los trabajadores por cuenta ajena (art. 51.2 RD 2064/1995).

En primer lugar, en la protección por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la cotización corresponde al empresario, excepto en determinados casos concretos, como en las embarcaciones en las cuales el trabajo sea remunerado "a la parte": en tal supuesto la cotización podrá ser deducida del "monte mayor" o "montón"[920].

En segundo término, en la cotización por contingencias comunes, los empresarios descontarán a sus trabajadores, en el momento de hacerles efectivas sus retribuciones, la parte de cuota que corresponde a sus aportaciones como operarios, entendiéndose que este momento será el reparto del monte menor cuando se trate de trabajadores retribuidos "a la parte". Si así no lo hiciera, no podrá realizarlo con posterioridad, quedando obligado a ingresar la totalidad de las cuotas a su exclusivo cargo.

2.- Sujetos responsables

Serán responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar: en cuanto a los trabajadores por cuenta ajena hace, el empresario, ingresando las aportaciones propias y las de sus empleados; por su parte, los trabajadores por cuenta propia o autónomos son responsables ellos mismos de su propia obligación[921].

3.- Nacimiento, duración y extinción de la obligación

La obligación surge al iniciar la prestación de servicios, en el caso de los trabajadores por cuenta ajena; por el desarrollo de las actividades comprendidas en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, en el de los autónomos.

La afiliación o el alta originan de forma automática la obligación de cotizar. Resulta independiente, por tanto, del hecho de estar o no desempeñando servicios. De esta manera, el deber continúa durante todo el tiempo durante el cual se está en alta o prestando trabajo, aun cuando éste sea discontinuo.

---

[920] En este caso, además, serán consideradas como remuneraciones las "determinadas anualmente por las Delegaciones Provinciales de Trabajo", SSTS, Cont.-Admtivo., 15 julio 1996 (RJ 1996, 6394) y 3 junio 1997 (RJ 1997, 5172).

[921] En este sentido, la Organización de Trabajos Portuarios no será ni responsable ni quedará obligada respecto a los estibadores, STSJ Galicia 18 julio 1989 (AS 1989, 1174).

Existen, al igual que en el Régimen General, ciertos supuestos en los cuales, a pesar de cesar la prestación, el trabajador habrá de mantenerse en alta y cotizando: por incapacidad temporal con independencia de cual sea su causa; por cumplimiento de deberes públicos o realización de cargos de representación sindical, siempre y cuando no supongan la excedencia en las funciones laborales.

Cabe destacar también supuestos en los cuales, aun cuando cesen las actividades y la baja haya sido comunicada, continúa la obligación de cotizar. En concreto, en situación de desempleo involuntario total y subsidiado y en los casos de excedencia forzosa, traslado del territorio nacional, convenio especial con la Entidad Gestora y en todas las situaciones declaradas análogas por el Ministerio de Trabajo.

La obligación se extinguirá por la comunicación de baja en la forma y plazo reglamentariamente determinados, cuando efectivamente haya cesado en la actividad que dio lugar a su inclusión en el Régimen Especial. La comunicación de la baja fuera del plazo establecido únicamente provoca sus efectos característicos desde el cuarto día inmediatamente anterior a que hubiera tenido entrada en las oficinas del Instituto Social de la Marina.

4.- Clasificación de los trabajadores en grupos de cotización

La clasificación de los trabajadores en este Régimen Especial de Seguridad Social, a efectos de cotización y consiguiente acción protectora, constituye una de sus grandes peculiaridades. Procede diferenciar a estos efectos tres grupos distintos:

1.- Grupo Primero. Incluye a los trabajadores por cuenta ajena: los retribuidos a salario, cualquiera que sea la actividad que realicen; aquellos retribuidos “a la parte” cuando coticen en iguales períodos y cuantías que los anteriores (a saber, quienes presten servicios en embarcaciones dedicadas al transporte marítimo y quienes trabajen en embarcaciones pesqueras de más de ciento cincuenta toneladas de registro bruto).

2.- Grupo Segundo. Incorpora a los trabajadores retribuidos “a la parte” que presten servicios en embarcaciones pesqueras de más de diez toneladas de registro bruto hasta ciento cincuenta toneladas inclusive, estableciéndose igualmente dos grupos o categorías: el grupo segundo A), para cuantos presten servicios en embarcaciones pesqueras comprendidas entre 50,01 y 150 toneladas de registro bruto; y el grupo segundo B), que abarca la realización de actividades productivas en embarcaciones pesqueras comprendidas entre 10,01 y 50 toneladas de registro bruto.

3.- Grupo Tercero. Comprende a los trabajadores por cuenta propia o autónomos incluidos en este Régimen Especial y, en todo caso, a los retribuidos a la parte que presten servicios en embarcaciones pesqueras de hasta diez toneladas de registro bruto.

5.- Bases y tipos de cotización

La cotización para todas las contingencias protegidas en el Régimen Especial del Mar se efectuará teniendo como base las remuneraciones efectivamente percibidas, computadas de acuerdo con las reglas establecidas para la cotización al Régimen General y con sujeción a los límites absolutos, mínimo y máximo, y a los relativos de

las bases mínimas y máximas aplicables a cada grupo de categorías profesionales (art. 52 RD 2064/1995). Conviene dar cuenta, empero, de una serie de peculiaridades:

A) En orden a determinar las bases de cotización para todas las contingencias y situaciones protegidas por éste Régimen Especial hay que señalar como, respecto a los grupos segundo y tercero, serán consideradas retribuciones efectivamente percibidas las determinadas anualmente por Orden del Ministerio de Trabajo e Inmigración, a propuesta del Instituto Social de la Marina, oídas las organizaciones sindicales y empresariales representativas, las cofradías de pescadores y las organizaciones de productores pesqueros.

Tal determinación será realizada por provincias, modalidades de pesca y categorías profesionales sobre la base de valores medios de las remuneraciones percibidas en el año precedente y a través del procedimiento establecido por el Ministerio de Trabajo (véase Orden TIN/51/2010, de 19 de enero, por la que se establecen para el año 2010, las bases de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores del Régimen Especial del Mar incluidos en los grupos segundo y tercero).

Tales retribuciones son tradicionales en el sector marítimo-pesquero, existiendo incluso antes de la creación del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, con la intención de simplificar la fijación de la base de cotización de los trabajadores remunerados a la parte. Dadas las fluctuaciones del valor de la pesca capturada, se pretende evitar "el perjuicio que puedan ocasionar aquellas oscilaciones, especialmente en los períodos de temporada baja, compensando de esta forma… épocas o campañas sobre las cuales se abonan las cotizaciones y se perciben las prestaciones"[922].

B) Las bases de cotización determinadas según lo dispuesto respecto de los grupos segundo y tercero de trabajadores, serán únicas, sin tener en cuenta las mínimas y las máximas previstas para las restantes actividades. De cualquier forma, nunca podrán ser inferiores a las bases mínimas establecidas en cada ejercicio para las distintas categorías profesionales en el Régimen General.

C) Llegado el momento de determinar las bases de cotización por contingencias comunes respecto a las empresas y trabajadores incluidos en los grupos segundo y tercero, a las cantidades resultantes de acuerdo con las normas determinadas, se le aplicarán los coeficientes correctores establecidos --o que establezca-- el Ministerio de Trabajo, a propuesta del Instituto Social de la Marina, oídas las organizaciones sindicales y empresariales respectivas, las cofradías de pescadores y las organizaciones de productores pesqueros. Estos coeficientes correctores serán fijados teniendo en cuenta las características concurrentes en las actividades comprendidas en dichos grupos y la capacidad económica de empresas y trabajadores[923].

---

[922] SSTCT 1 junio 1984 (RTCT 1984, 4942) y 24 marzo 1988 (RTCT 1988, 2473). Sobre la cuestión, también, STS 30 octubre 1976 (RJ 1976, 4887).

[923] A las bases de cotización por contingencias comunes y desempleo les serán de aplicación los siguientes coeficientes correctores: 1.- En el grupo Segundo: para embarcaciones pesqueras entre 10,01 y 50 toneladas de registro bruto, coeficiente de un medio (1/2); para embarcaciones pesqueras comprendidas entre 50,01 y 150 toneladas, coeficiente de dos tercios (2/3). 2.- En el grupo Tercero: para embarcaciones pesqueras de hasta 10 toneladas de registro bruto, coeficiente de un tercio (1/3); para trabajadores autónomos, coeficiente de un tercio (1/3).

Solamente integrarán la base de cotización los conceptos salariales. No serán computados, por tanto, los descansos retribuidos, habida cuenta de que éstos están equiparados a las horas extraordinarias, y serán abonados de conformidad con la normativa vigente[924]. La cotización por horas extraordinarias[925], por su parte, es idéntica a la prevista por el Régimen General[926] y no computará en la base reguladora de contingencias comunes y desempleo[927].

Aun cuando los tipos de cotización aplicables serán los previstos en el Régimen General de la Seguridad Social y la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se realizará según las tarifas de primas, conviene dejar constancia al respecto de dos peculiaridades relevantes: los trabajadores por cuenta propia cotizan exclusivamente por contingencias comunes, contingencias profesionales y formación profesional; los asimilados a trabajadores por cuenta ajena son incluidos en los respectivos grupos de cotización, pero no cotizan por desempleo ni al Fondo de Garantía Salarial.

Por último, las embarcaciones inscritas en el Registro especial de buques de Canarias disfrutan de situación especial: una reducción del 90 por 100 sobre la cuota empresarial financiable mediante la correspondiente aportación del Estado al presupuesto de la seguridad Social (art. 61.trece Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que modificó el art. 78 Ley 19/1994, de 6 de julio, de Modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias). Esta bonificación o minoración sobre la cuota empresarial ha de hacerse extensiva a los buques no inscritos en el mencionado registro especial, pero que realizan servicios regulares entre las Islas Canarias y entre éstas y el resto del territorio nacional (art. 73 Ley 19/1994, de 6 de julio).

6.- Recaudación

Junto al sistema de recaudación general, este Régimen Especial prevé la posibilidad de aplicar otros peculiares. Tal especialidad deriva de la pertenencia a los distintos grupos de cotización a los cuales se ha hecho mención. En todo caso, y sea cual fuere el sistema aplicable, la cuota no se va a ver afectada (semestral o anualmente tendrá lugar una liquidación final), pues los diferentes sistemas recaudatorios están concebidos como simples modalidades tendentes a facilitar el cumplimiento de la obligación legal de cotizar e ingresar las cuotas (las diferentes posibilidades están reguladas por Orden de 25 de agosto de 1970, modificada por la Orden de 22 de febrero de 1982, y vigentes tras el RD 1637/1995 y el RD 1415/2004, de 11 de junio).

En primer lugar, el sistema general, o de pago periódico, aplicable a todos los grupos de cotización, conlleva la obligación de ingresar por mensualidades vencidas dentro del mes siguiente a aquél en el cual corresponda las cuotas de los trabajadores al servicio de la empresa.

---

[924] STSJ Galicia 5 marzo 1992 (AS 1992, 1229).
[925] Sobre la interpretación del concepto y su relación con éste tipo de trabajo, SSTS, Cont.-Admtivo., 30 mayo ó 19 octubre 1995 (RJ 1995, 4336 y 7799, respectivamente).
[926] No cabe entender que se encuentren exentas de cotización, STS, Cont.-Admtivo., 27 junio 1995 (RJ 1995, 5289).
[927] STS 23 noviembre 1993 (RJ 1993, 9031).

En segundo término, es posible optar por diferentes sistemas en virtud de los grupos de cotización: para el Grupo Primero, el sistema de pólizas colectivas de Seguridad Social[928] o el concierto con entidades sindicales[929]; para el Grupo Segundo, el concierto con entidades sindicales o el descuento de un tanto por ciento sobre el producto bruto obtenido por la venta de la pesca[930] (efectuado por las lonjas, entidades o personas que intervengan en la primera venta del producto) así como el flete bruto de las embarcaciones de la marina mercante que trabajen a la parte; en fin, para el Grupo Tercero, un sistema de cuotas fijas[931] por embarcación y tripulante, el concierto con entidades sindicales o el citado descuento sobre el producto obtenido por la venta de pescado.

El Instituto Social de la Marina actúa como colaborador de la TGSS en el desempeño de la función de recaudación y control de cotizaciones en este sector especial de actividad laboral.

Tal colaboración se desarrolla en tres aspectos puntuales: en primer lugar, mediante el cobro directo de cuotas, que deberá ingresar diariamente en una oficina recaudadora a través de sus Direcciones Provinciales y locales; en segundo término, verificando --con carácter previo a su ingreso-- las liquidaciones de cuotas abonadas a través de los sistemas de pólizas colectivas, conciertos, descuentos sobre el producto de la pesca u otros especiales; en fin, controlando el cumplimiento efectivo de la obligación de cotizar (disposición adicional 1ª Orden de 22 de febrero de 1996 y disposición adicional 2ª RD 1637/1995, de 6 de octubre).

IV.- Acción protectora

Existe en la actualidad una equiparación casi absoluta del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar con las prestaciones del Régimen General. Aparece todavía,

---

[928] Consiste en el pago mensual de cantidades fijas determinadas en función de la embarcación y categoría de los trabajadores. El concepto de tal aportación es el de anticipos a cuenta de la liquidación definitiva a realizar en cada enero respecto a la procedente del año anterior.

Las liquidaciones se presentarán e ingresarán en las entidades financieras autorizadas para la recaudación, si bien las empresas mostrarán los documentos de pago en las Direcciones Provinciales o Locales del Instituto Social de la Marina, para proceder a su comprobación y autorizar su ingreso (disposición adicional 1ª Orden de 22 de febrero de 1996).

[929] En este caso son las entidades sindicales las encargadas de recaudar las cuotas e ingresarlas mensualmente en el Instituto Social de la Marina. Deberán presentar también un boletín de cotización y una relación nominal de los trabajadores según su inclusión en uno u otro grupo de cotización, con una relación de las empresas y centros de trabajo a los cuales correspondan.

[930] El descuento efectuado por las lonjas o por las entidades o personas que intervengan en la venta del pescado será del seis por ciento del producto bruto. Estos importes serán ingresados en el Instituto Social de la Marina en los diez días siguientes a la venta y descuento. Constituye un anticipo a cuenta de las cuotas de asistencia sanitaria, incapacidad temporal, accidentes de trabajo y formación profesional.

Aquellas empresas que opten por este sistema deberán ingresar mensualmente (o en otro plazo inferior cuando lo establezca el Instituto Social de la Marina), a través del sistema general, las cuotas correspondientes al resto de contingencias y las liquidaciones definitivas de los anticipos a cuenta.

[931] Se trata del ingreso mensual de las cuotas establecidas por las Direcciones Provinciales y Locales del Instituto Social de la Marina. Su cuantía dependerá del número de tripulantes de cada embarcación o de los trabajadores por cuenta propia, y será calculada sobre la base de la cotización aplicable y el salario regulador a efectos de accidentes de trabajo.

En este caso el Instituto Social de la Marina es quien recibe directamente el ingreso y, a su vez, lo ingresará en las oficinas recaudadoras, en las cuales presentarán los recibos para su correspondiente sellado (disposición adicional 1ª Orden de 22 de febrero de 1996).

empero, alguna especificidad en el concepto de accidentes de trabajo de los trabajadores por cuenta ajena, en la asistencia sanitaria de los trabajadores embarcados, en la protección por desempleo o la jubilación**;** por otra parte, respecto a los autónomos y armadores asimilados se detectan todavía ciertos vacíos protectores.

1.- Concepto de accidente de trabajo

El concepto de accidente de trabajo aplicable a los trabajadores por cuenta propia (y también a los armadores asimilados a trabajadores por cuenta ajena) será "el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realicen por su propia cuenta que determina su inclusión en el Régimen especial" (art. 100 Decreto 1867/1970).

A los trabajadores por cuenta ajena, en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, les es de plena aplicación la normativa prevista en el Régimen General[932], aun cuando juega de forma más holgada la presunción de tiempo y lugar, dadas las características del trabajo[933]. Así, por ejemplo, se ha considerado que la muerte durante el sueño o el descanso dentro del barco constituye accidente[934].

Al igual que las enfermedades intercurrentes[935], el concepto de accidente *in itinere* es totalmente aplicable a éstos[936]. El accidente acaecido durante el traslado desde el buque en el cual se prestan servicios atracado en el puerto hasta su domicilio familiar o viceversa es considerado igualmente *in itinere*, entendiéndose que el trayecto será lugar de trabajo y la duración del mismo tiempo de trabajo[937].

El Tribunal Supremo concibe el buque como centro de trabajo y como domicilio del trabajador embarcado, habida cuenta que lo contrario supondría serios perjuicios para aquél, pues "los tripulantes de cualquier nave [tendrían que] estar permanentemente en la misma, sin posibilidad de salir a tierra, es decir, en perpetuo aislamiento familiar y social"[938].

De otro lado, si en el servicio marítimo "coinciden el lugar de tarea y la residencia durante el descanso, operando la causación del siniestro, el trabajo y, además, los riesgos característicos del embarco, navegación y desembarco, ha de concluirse, *a fortiori*, que el accidente sobrevenido al hombre de mar en el servicio o en los intervalos tanto a bordo como en el abandono de la nave, incluso si uno y otro tienen por motivo el disfrute de asueto en tierra unas horas, reviste cualidad de indemnizable, salvo en los casos en que la regla general excluye esta condición"[939].

Por supuesto, siempre deberá existir un vínculo laboral, no pudiendo ser incluidos en esta categoría concreta de accidentes los acaecidos en el transcurso de

---

[932] SSTS 13 enero y 19 noviembre 1975 (RJ 1975, 109 y 4389).
[933] STS 6 octubre 1983 (RJ 1983, 5053); STCT 26 mayo 1976 (RTCT 1976, 3377).
[934] STSJ Galicia 16 septiembre 1991 (AS 1991, 5055).
[935] STS 29 marzo 1989 (RJ 1989, 1926).
[936] STSJ País Vasco 17 enero 1991 (AS 1991, 261).
[937] SSTS 23 febrero 1956 (RJ 1956, 853); 25 noviembre 1965 (RJ 1965, 5309); 14 diciembre 1973 (RJ 1973, 4758); STCT 16 octubre 1980 (RTCT 1980, 5104).
[938] STS 16 abril 1961 (RJ 1961, 2096).
[939] SSTS 11 junio 1966 (RJ 1966, 2801) y 26 enero 1967 (RJ 1967, 767).

"actos preparatorios" para formalizar un contrato de trabajo[940]. Así, "cuando el marinero se reintegraba a su centro de trabajo y albergue, no cabe duda que debe calificarse como acaecido con ocasión o por consecuencia del trabajo que viene desarrollando por cuenta del naviero"[941].

2.- Asistencia sanitaria

Comprenderá "la prestación de servicios médicos y farmacéuticos para conservar y restablecer la salud de sus beneficiarios, así como la aptitud de éstos para el trabajo". Además, proporcionará también los servicios médicos adecuados para completar las prestaciones médicas y farmacéuticas y, de un modo especial, atenderá a la rehabilitación física precisa para la recuperación profesional de los inválidos con derecho a ella (art. 68.1 Decreto 1867/1970).

En principio, protege a todos los sujetos incluidos en el campo de aplicación del Régimen Especial en iguales condiciones a las previstas para el Régimen General (arts. 34 Decreto 1864/1974 y 68 y ss. y 89 Decreto 1867/1970). Cabe detectar, empero, singularidades respecto a los trabajadores por cuenta propia, en tanto la asimilación realizada hace exclusiva referencia a aquéllos por cuenta ajena, y en la asistencia prestada a los embarcados y en puertos extranjeros.

En esta materia rige también la Directiva 92/29/CEE, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud para promover una mejor asistencia médica a bordo de los buques. En ella vienen regulados determinados aspectos tales como el equipo de los botiquines de las embarcaciones, la formación sanitaria de los trabajadores del mar o la existencia de medios de consulta médica a distancia (RD 258/1999, de 12 de febrero, sobre condiciones mínimas sobre la protección de la salud y la asistencia médica de los trabajadores del mar).

La prestación de servicios en un lugar de trabajo peculiar como es el buque, permaneciendo largas temporadas alejados de tierra firme y de centros sanitarios, obliga a establecer determinados cauces para garantizar la salud de los trabajadores o restablecerla cuando haya sido, por una u otra causa, deteriorada: el reconocimiento previo al embarque y la asistencia sanitaria una vez embarcados.

2.1.- Reconocimiento médico previo al embarque

De marcado carácter preventivo, su objetivo es detectar cualquier patología que pueda impedir el embarco del marinero o que suponga una posibilidad de empeoramiento en su salud o en la de sus compañeros cuando de enfermedades infecto-contagiosas se trate. Consiste en un examen médico[942] al cual deben someterse los trabajadores del mar previamente a embarcar en buques pesqueros o mercantes (regulado por Orden de 1 de marzo de 1973, desarrollada por la Circular 12/1993, de 9

[940] STS 1 julio 1982 (RJ 1982, 4536).
[941] STSJ Madrid 28 noviembre 1990 (AS 1990, 3308).
[942] Los Servicios Sanitarios del Instituto Social de la Marina son los competentes para realizar tal examen (art. 2.5 RD 1414/1981, de 3 de julio). El trabajador debe acudir ante ellos, presentando su Libreta de Inscripción Marítima y, una vez efectuado el reconocimiento (siempre gratuito), los servicios sanitarios harán constar en el historial sanitario de la libreta todos aquellos datos relativos a su titular "respecto a reconocimientos médicos periódicos, vacunaciones y revacunaciones, sensibilidad medicamentosa y terapéutica serológica y consultas médicas en el extranjero" (arts. 2 y 3 Orden de 1 de marzo de 1973).

de junio, de la Dirección General del Instituto Social de la Marina y el Real Decreto 1696/2007, de 14 de diciembre, por el que se regulan los reconocimientos médicos de embarque marítimo). La finalidad buscada será conservar el estado de salud de los miembros de la tripulación, en tanto que las condiciones de trabajo en las cuales se desarrolla la prestación dificultan una asistencia sanitaria en condiciones normales.

Si el estado de salud es adecuado se expide el certificado correspondiente, cuyo periodo de validez será de dos años, en caso de trabajador mayor de edad; de uno, cuando fuere un menor. En el supuesto de finalizar la vigencia del certificado cuando el trabajador se encuentre en alta mar, seguirá siendo válido hasta el momento en el cual el buque arribe a puerto.

La obtención y actualización del certificado es obligatoria para la contratación del trabajador, pudiendo ser causa de despido procedente el incumplimiento de tal obligación, pues "las normas sectoriales de este orden, con unos u otros términos, pero siempre con carácter imperativo, disponen que no deberá ser admitido ningún tripulante si no presenta al enrolarse un acreditamiento médico declarándolo apto para el trabajo a que se va a dedicar y que posee las debidas condiciones visuales para el cometido que se le va a confiar…. [habida cuenta de que constituye] requisito indispensable para esta relación laboral en el momento mismo de iniciar, o de proseguir, la prestación de los servicios concertados en un barco"[943].

2.2.- Trabajadores por cuenta propia

El alcance, extensión y condiciones serán iguales a las percibidas por los trabajadores por cuenta ajena. Cuando el trabajador no se encuentre al corriente en el pago de la cuota perderá el derecho a la asistencia sanitaria.

De ser interrumpida la cotización, el Decreto 1867/1970 establece que, cuando el trabajador o sus familiares estuvieren recibiendo en ese momento asistencia sanitaria, se prorrogará en el supuesto de encontrarse hospitalizado hasta la fecha del alta médica, y si recibieran asistencia domiciliaria o ambulatoria, durante treinta días a partir de tal interrupción en la cotización.

2.3.- Trabajadores embarcados

La prestación sanitaria, de acuerdo con la regla general expuesta, correrá a cargo de la empresa para la cual y por cuya cuenta trabajen. Procede advertir, no obstante, sobre algunas especialidades de singular relieve:

En primer lugar, cuando la embarcación esté fondeada en puerto español, tal asistencia será dispensada por el Instituto Social de la Marina, en régimen de ambulatorio o en el propio barco cuando el enfermo no pueda desembarcar a resultas de su enfermedad[944].

---

[943] STS 9 junio 1987 (RJ 1982, 4315).

[944] Si el trabajador ha debido abandonar el barco, una vez recuperado o superadas las circunstancias que obligaron a su hospitalización, será la empresa quien se haga cargo de su traslado, bien al puerto en el cual deba embarcar de nuevo, bien a su domicilio.

En segundo término, cuando la embarcación se encuentre amarrada en puerto extranjero, la asistencia, correrá, también, a cargo de la empresa. Sin embargo, la entidad gestora reintegrará los gastos ocasionados cuando hubiera sido prestada por facultativo ajeno a la empresa.

Los gastos médicos, de hospitalización, de estancia por tratamiento ambulatorio, de farmacia y de repatriación son plenamente reintegrables. Por el contrario, no lo serán los originados por la repatriación del tripulante o su traslado a otro puerto para efectuar un reembarque, siempre y cuando tuvieran lugar una vez producida el alta médica. En cualquier caso, constituye requisito indispensable para reintegrar los gastos que las empresas estén al corriente del pago de las cuotas correspondientes[945].

La restitución de los gastos (Orden de 19 de noviembre de 1997) exigirá que las empresas presenten la solicitud oportuna dentro de los seis meses posteriores al término de la asistencia, debiendo justificar cuantas cantidades excedan de 137 euros por cada proceso de enfermedad o accidente, y hasta unas determinadas cantidades[946].

El reintegro de los gastos señalados queda, igualmente, condicionado al hecho de que la empresa marítimo-pesquera recurra a las instituciones sanitarias legalmente establecidas al respecto. Si la empresa decide utilizar servicios distintos de los asignados, el Instituto Social de la Marina dispone de servicios propios o concertados suficientes o queda contemplada la asistencia por la aplicación de normativa comunitaria o convenios internacionales, no procederá la devolución de los gastos.

3.- Incapacidad temporal

---

[945] Sobre la cuestión, STS, Cont.-Admtivo., 7 noviembre 1997 (RJ 1997, 8193).

[946] 1.- Gastos de evacuación a puerto, siempre y cuando ésta haya sido aconsejada por el Centro Radio Médico Español, o cualquier otro centro asistencial del Instituto Social de la Marina, previa consulta médica y, de manera excepcional (a demostrar posteriormente), si por motivos de urgencia grave no fuere posible el retraso sin hacer peligrar la vida del enfermo: hasta un máximo de 5.409,10 euros por hora de vuelo y 180,90 por hora de lancha rápida, cuando la gravedad requiera el traslado a puerto; si la evacuación se realizare en un medio de transporte aéreo medicalizado o en una lancha rápida medicalizada, las cantidades serán incrementadas en 3.005,01 y 300,50 euros, respectivamente.
2.- Gastos de asistencia sanitaria.: de hospitalización, las cantidades facturadas por el centro en el cual el trabajador haya sido tratado, hasta el tope máximo, constituido por el coste medio de las unidades ponderadas de asistencia de los hospitales españoles de la sanidad pública; de primera atención y especializada ambulatoria, se reintegrará el máximo constituido por los apartados 3 y 4 de la ponderación de las unidades ponderadas de asistencia en caso de consultas en centros asistenciales y visitas del médico a la embarcación o domicilio donde se encontrare el enfermo.
En cuanto a la ponderación de las unidades se sigue el siguiente criterio: a.- Estancias hospitalarias (médicas: 1,00; quirúrgicas: 1,50; UCI: 5,80); b.- Urgencias: 0,30; c.- Consultas ambulatorias (primera consulta: 0,25; sucesivas: 0,15); d.- Cirugía menor ambulatoria: 0,25.
3.- Gastos de estancia por tratamiento ambulatorio: los de manutención del tripulante enfermo mientras su necesidad permanezca, y, hasta un máximo que variaría en función del país donde se encuentre (cantidades establecidas en el RD 236/1988, de 4 de marzo, sobre indemnizaciones por razón de servicio).
4.- Gastos de farmacia: el cincuenta por ciento de los medicamentos recetados necesarios para su curación.
5.- Gastos de repatriación: se reintegra el desplazamiento en avión u otro medio de transporte. De disponer que debe ser acompañado por personal sanitario, también sus gastos de desplazamiento, además de los de alojamiento y manutención (hasta las cantidades especificadas en el RD 236/1988, de 4 de marzo). Igualmente, los honorarios de acompañamiento hasta un tope de 90.151,80 euros.
Por todos estos conceptos no se reintegrará, en conjunto, más de 120.202,40 euros.

La incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta ajena, en cuanto hace a su duración, requisitos y porcentaje[947] resulta equiparable a la establecida en el Régimen General.

Los trabajadores por cuenta propia aparecen equiparados a los anteriores desde la entrada en vigor del RD 173/2003, de 10 de octubre, que regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia.

En este ámbito de protección quedarán incluidos, con carácter obligatorio, todos los trabajadores comprendidos en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, tanto por cuenta ajena como propia[948].

El abono a los trabajadores de los grupos segundo y tercero se efectúa a través de las Direcciones Provinciales o Locales del Instituto Social de la Marina.

4.- Incapacidad permanente

En esta prestación concreta serán de aplicación también las reglas del Régimen General, con la especialidad indicada en los arts. 41 y ss. Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Más aún, tras la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social, los trabajadores por cuenta ajena que tengan 55 o más años percibirán la prestación económica de incapacidad permanente total con un incremento que se fijará reglamentariamente, siempre y cuando no ejerza una actividad retribuida, por cuenta ajena o propia, ni ostente la titularidad de una explotación marítimo pesquera o agraria o de un establecimiento mercantil o industrial, como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo.

Los dictámenes médicos deben formularse ante el Director Provincial del Instituto Social de la Marina, quien resolverá según corresponda y lo notificará a las partes interesadas (RD 1300/1995, de 21 de julio).

La base reguladora en estos supuestos coincidirá con el salario real[949]. La retribución por descansos no disfrutados --según ha quedado dicho-- no será computable a tales efectos, en tanto poseen la consideración de horas extraordinarias y se encuentran sometidos como tales a la cotización adicional, no tenida en cuenta a la hora de calcular la base reguladora[950].

---

[947] En relación con el cálculo de la base reguladora, STS 15 febrero 1999 (RJ 1999, 3749).

[948] Estos últimos tienen la obligación de remitir copia de los partes médicos (de confirmación o de alta) a la entidad gestora en un plazo no superior a cinco días a su expedición. Cuando el parte de alta vaya a ser despachado por los servicios médicos adscritos al Instituto Social de la Marina, procederá actuar en los términos siguientes: de un lado, la fecha de efectos del alta será la del quinto día hábil siguiente a su extensión. Esta será efectuada por el facultativo correspondiente del Instituto Social de la Marina, condicionada a la posterior decisión de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social o el organismo equivalente; por otro, la prestación económica por incapacidad temporal quedará extinguida desde la fecha de efectos del alta médica. La Inspección puede manifestar su disconformidad en un plazo de tres días hábiles; si no lo hiciera aquélla se remitirá al correspondiente Servicio de Salud.

[949] Al respecto, STS 31 enero 1989 (RJ 1989, 333).

[950] Al respecto, STSJ Galicia 26 julio 1991 (AS 1991, 4596).

En el supuesto de incapacidad absoluta para cualquier trabajo de quien desarrolle su actividad por cuenta propia, la base no podrá superar la establecida para la cotización por accidente de trabajo, tampoco resultar inferior al salario mínimo interprofesional.

La aplicación de los coeficientes reductores establecidos para la jubilación no es aplicable en orden a permitir causar derecho a la prestación de invalidez permanente total cualificada[951].

5.- Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia

El régimen jurídico de estas prestaciones coincide totalmente con el previsto para los trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General. La única excepción viene dada por la necesidad de que los trabajadores por cuenta propia estén al día en el pago de las cuotas, sin que exista en este supuesto la invitación al pago del art. 28.2 Decreto 2530/1970.

Lo dispuesto en los arts. 134, 135, 135.bis y 135.ter LGSS resultará también de aplicación a los trabajadores por cuenta propia incluidos en este Régimen Especial en cuanto hace a las prestaciones por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural.

6.- Muerte y supervivencia

En esta materia, tanto en el caso de derivar la prestación de riesgos comunes como en el supuesto de hacerlo de riesgos profesionales, habrá de estarse a lo dispuesto por las normas que rijan al respecto en el Régimen General[952].

Los autónomos habrán de estar al corriente del pago de sus cuotas para generar derecho a estas prestaciones. Cuando existieran cotizaciones pendientes en el momento del fallecimiento, los causahabientes podrán abonarlas siempre y cuando aquellas no superasen el importe debido por seis meses.

El trabajador fallecido en accidente laboral en buque bajo pabellón extranjero, perteneciente a una empresa no española, no está considerado en situación de alta o asimilada a efecto de poder obtener prestaciones de muerte y supervivencia[953].

7.- Protección a la familia

Se aplicará en el Régimen Especial con el mismo alcance que en el General: todas las disposiciones sobre prestaciones por hijos a cargo en su modalidad contributiva. Será menester recordar, empero, que la prestación no económica se aplica sólo a los trabajadores por cuenta ajena.

8.- Desempleo

---

[951] STSJ Galicia 28 mayo 1991 (AS 1991, 3113).
[952] Sobre el salario base respecto a la indemnización por muerte y supervivencia, STS 28 enero 1970 (RJ 1970, 244).
[953] STSJ Galicia 8 junio 1999 (AS 1999, 1701).

Los trabajadores adscritos a este Régimen Especial tienen derecho a la prestación por desempleo en los mismos supuestos y condiciones que los del Régimen General. Tal premisa incluye a todos los trabajadores del mar, con excepción de los armadores que presten servicios a bordo de su embarcación y perciban un salario como tripulante o una participación en el "monte menor", los autónomos y los trabajadores asimilados[954].

Así, a pesar de la paulatina expansión operada en el tiempo, la protección por desempleo de los trabajadores del mar continúa caracterizándose por la falta de universalidad. El origen de la exclusión se encuentra en el RD 3064/1982, de 15 de octubre, que al ampliar la protección a los trabajadores que prestaban servicios en embarcaciones de más de veinte toneladas de registro bruto, guardó silencio sobre si aquélla incluía también a los asimilados por cuenta ajena, los cuales fueron posteriormente excluidos de manera expresa por el art. 21 RD Ley 3/1989, de 31 de marzo y por la disposición adicional 6ª Ley 22/1992, de 30 de julio, de Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo.

Los pronunciamientos judiciales construyeron la doctrina de que no existía equiparación plena de los armadores a los trabajadores por cuenta ajena, quedando excluidos también los asimilados[955], dado que tal asimilación lo era a efectos de derechos y obligaciones "en cuanto a este Régimen Especial", circunscribiéndose "únicamente a los derechos de regulación específica y propia del citado Régimen Especial, pero no a aquéllos que vienen en una regulación autónoma"[956], tales como los relativos al desempleo, que tenían su desarrollo en otro Régimen[957] y venían referidos además, y exclusivamente, a trabajadores por cuenta ajena[958]. La situación legal de desempleo no podía ser predicada respecto de quien no se encontraba ligado por vínculo laboral alguno y respecto a quien, por tanto no puede ser atribuida la extinción del relación de trabajo alguna[959].

8.1.- La protección por desempleo en caso de naufragio

En caso de naufragio todos los trabajadores por cuenta ajena comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen Especial tendrán derecho a las prestaciones por desempleo (art. 103 Decreto 1867/1970[960]). Esta protección**,** conviene insistir, no puede extenderse a los armadores asimilados, pues sólo disfrutan de tal beneficio los trabajadores por cuenta ajena.

8.2.- Normativa coyuntural en materia de desempleo

La habitual aparición de determinadas circunstancias ajenas a la voluntad de trabajadores y armadores que conducen a la imposibilidad de desarrollar la prestación del servicio, ha llevado a adoptar una normativa coyuntural cuyo objetivo será atenuar las consecuencias adversas que la paralización puede traer aparejada. Cabe distinguir,

---

[954] SSTS 29 enero, 27 febrero y 20 marzo 1997 (RJ 1997, 644, 1602 y 2586); SSTSJ Galicia 22 marzo 1993 (AS 1993, 1360); País Vasco 21 enero 1994 (AS 1994, 67).
[955] STSJ Galicia 3 octubre 1995 (AS 1995, 3771).
[956] STSJ Galicia 15 febrero 1992 (AS 1992, 723).
[957] STSJ Cantabria 25 mayo 1993 (AS 1993, 2341).
[958] STSJ Galicia 17 noviembre 1992 (AS 1992, 5332).
[959] STSJ Valencia 30 marzo 1993 (AS 1993, 1670).
[960] Igualmente, STCT 27 mayo 1986 (RTCT 1986, 3680).

en este sentido, tres tipos de medidas: la primera hace referencia a accidentes marítimos que suponen una paralización de la actividad pesquera en una determinada zona cuando, a raíz de tal suceso, queda altamente contaminado el ámbito de trabajo[961]; la segunda aparece vinculada a los supuestos de inmovilización de la flota pesquera española como consecuencia de retrasos en la conclusión de acuerdos de pesca con otros países[962]; la tercera, en fin, atiende a los paros biológicos, en particular significativa respecto a las flotas que faenan en los caladeros de Mauritania y Marruecos[963].

8.3.- Prestación por cese de actividad de los autónomos del mar

La Ley 32/2010, de 5 de agosto, que establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, ha venido ha establecer nuevas condiciones en este ámbito. El Capítulo I regula las normas generales del sistema específico de protección por cese de actividad del trabajador autónomo, delimitando el objeto de protección y el ámbito subjetivo, que alcanza a todos los trabajadores autónomos incluidos en el RETA cubiertos por las contingencias derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, incluyendo a los trabajadores por cuenta propia agrarios incluidos en el ámbito del Sistema Especial de Trabajadores Agrarios y los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

En este sentido, de acuerdo con el art. 12.1 de la nueva norma la percepción de la prestación económica por cese de actividad es incompatible con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, así como con el trabajo por cuenta ajena.

La base de cotización por cese de actividad se corresponderá con la base de cotización del RETA que hubiere elegido, como propia, el trabajador autónomo con arreglo a lo establecido en las normas de aplicación, o bien la que le corresponda como trabajador por cuenta propia en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar (art. 14.2 Ley 32/2010).

La disposición adicional 4ª señala como la tramitación de la solicitud y la gestión de la prestación por cese de actividad corresponderá, en este ámbito, al Instituto Social de la Marina.

La disposición adicional 6ª, por su parte, regula las especificidades de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que hayan optado por su encuadramiento en el RETA o en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar y que hayan concertado la cobertura de las contingencias profesionales para su inclusión en el ámbito del sistema de protección por cese de actividad.

9.- Jubilación

[961] En este sentido, sirva como ejemplo el RD Ley 3/1994, de 25 de marzo, a raíz del accidente del buque *Aegean Sea* en las costas gallegas, y las ayudas concedidas a través de las medidas en él dispuestas.

[962] Ejemplo palmario lo constituye la finalización de los acuerdos pesqueros de la Unión Europea con el Reino de Marruecos, que dio lugar, entre otras, a la Orden de 9 de mayo de 1995, con las medidas protectoras en ella contenidas, sin olvidar, por supuesto las más recientes normas en este sentido.

[963] En este punto, señalar la Orden de 16 de octubre de 1995, que instrumentaba ayudas para los afectados en el caladero de Mauritania o las Órdenes de 15 de enero 1996 ó 30 de marzo de 1998, para los del caladero de Marruecos.

Para originar el derecho a obtener una pensión de jubilación en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar se exigen "exclusivamente los requisitos de edad y carencia"[964]. A pesar de la aplicación generalizada de las normas previstas para el Régimen General, la peculiaridad más destacada respecto a ésta viene dada por la edad mínima exigida para causar el derecho. La consideración de la actividad del trabajo en el mar como especialmente penosa y peligrosa ha llevado a establecer una serie de coeficientes reductores en la edad de jubilación[965] (Circular 12/1990, de 28 de noviembre), cuya finalidad "no es otra que la de otorgar tal bonificación a aquellos trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen Especial…, que realicen, dentro de las actividades marítimo-pesqueras en el mismo reguladas, aquéllas de

[964] STSJ Galicia 5 mayo 1992 (AS 1992, 2750).

[965] 1.- Actividades de marina mercante: a) Navegación de altura y gran cabotaje o de segunda y tercera zona [las zonas marítimas señaladas se dividen de la siguiente forma: la primera zona abarca los puertos de Burdeos y Niza, incluyendo los de la Península Ibérica, Baleares e Islas Canarias y, en Africa, los de Argel a Nouadhibou (art. 4 Circular 12/1990, de 28 de noviembre); la segunda zona aparece situada entre alguno de los puertos de la primera zona y los europeos no incluidos en ella y los restantes del mar Mediterráneo y mar Negro (art. 4 Circular 12/1990, de 28 de noviembre); la tercera zona comprende el resto de navegaciones (art. 4 Circular 12/1990, de 28 de noviembre]: petroleros, 0,40; carga, 0,35; pasaje: 0,25. b) Navegación de cabotaje o primera zona: petroleros, 0,30; carga, 0,25; pasaje, 0,20. c) Períodos de navegación en buques no determinados o no definidos en las normas reguladoras de manera específica: buques mixtos de carga y pasaje (primera zona: 0,25; segunda y tercera zona: 0,35; los buques de la Compañía Transmediterránea han de ser considerados mixtos, excepto los 'jet, foils', 'Princesa Guayarmina' y 'Princesa Guacimara', que deben ser considerados de pasaje); buques remolque (primera zona: 0,25; Segunda y tercera zona: 0,35); butaneros, gaseros, quimiqueros (primera zona: 0,30; segunda y tercera zona: 0,40); buques 'supply' de apoyo a las plataformas petrolíferas (primera zona: 0,30; segunda y tercera zona: 0,40); tráfico interior de puertos (primera zona: 0,25; segunda y tercera zona: 0,35); buques del Instituto Español de Oceanografía (primera zona: 0,25; segunda y tercera zona: 0,35); salvamento y lucha contra la contaminación; ya se trate de embarcaciones o buques, 0,35.; buque 'Esperanza del Mar' (primera zona: 0,30; segunda y tercera zona: 0,40).

2.- Actividades pesqueras: congeladores, bacaladeros y parejas de bacaladeros, 0,40; arrastreros de más de 250 toneladas de registro bruto, 0,35; embarcaciones pesqueras de más de 150 toneladas de registro bruto --no incluidas en los grupos anteriores--, 0,30; embarcaciones pesqueras de más de 10 hasta 150 toneladas de registro bruto no incorporadas en los grupos anteriores, 0,25; embarcaciones pesqueras de hasta 10 toneladas de registro bruto, 0,15; trabajos por cuenta ajena a bordo de embarcaciones pesqueras de hasta 10 toneladas de registro bruto, 0,10; balleneros, 0,40; congelados de cefalópodos del Banco Canario-Sahariano, 0,40; personal laboral de las inspecciones pesqueras de las Comunidades Autónomas, siempre que aparezcan dados de alta en este Régimen Especial, 0,10.

3.- Actividades de estiba y desestiba portuaria. Se les aplicará un porcentaje reductor del 0,30. Podrán jubilarse anticipadamente siempre que realicen trabajos correspondientes a las categorías profesionales de capataces generales, capataces de operaciones, jefes de grupo, amanteros, maquilleros, gruistas, conductores, estibadores, gabarreros, osteros, escaladores, clasificadores, arrumbadores y arrastradores de cajas de pescado [art. 1.c) Decreto 2309/1970].

4.- Mariscadores, percebeiros y recogedores de algas. Se aplicará un coeficiente reductor del 0,10 a los trabajos correspondientes a las actividades de marisqueo, recogida de percebes y recogida de algas.

5.- Plataformas petrolíferas en alta mar. Dependiendo de la zona en la cual se encuentre situada, el coeficiente oscilará entre 0,25 y 0,35, para la primera y para la segunda y tercera zonas, respectivamente.

6.- Representantes sindicales liberados. Se les aplicarán los coeficientes reductores que les correspondían en el momento de su nombramiento como tales. Deberán cumplir tres requisitos: a) conforme prevé el art. 68.e) ET, deben haber recibido "la acumulación de los créditos de horas mensuales retribuidas, a los que renuncian otros miembros del comité de empresa o, en su caso, de los delegados de personal" [punto 3.4.a) de la Circular 20/1998, de 30 de octubre]; b) han de mantener "plenamente su vinculación con la empresa, con percepción de las remuneraciones establecidas por norma o convenio, y mantenimiento de la cotización a la Seguridad Social" [punto 3.4.b) de la Circular 20/1998, de 30 de octubre]; c) en el momento de su designación tienen que encontrarse "realizando alguno de los trabajos o actividades expresamente designados para la aplicación de los coeficientes reductores" [punto 3.4.c) de la Circular 20/1998, de 30 de octubre].

naturaleza especialmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre o en las que se acusen elevados índices de morbilidad o siniestralidad"[966].

Los coeficientes reductores serán aplicables[967] sólo cuando se alcance "la edad necesaria para ser perceptor de la pensión de jubilación"[968]. La aplicación de la reducción tendrá lugar totalizando para cada trabajador los períodos de su vida laboral, agrupándolos por actividades de idéntico coeficiente. Los días acreditados en cada grupo de actividades se dividen por 365. Las fracciones de año que sobren y sean superiores a 100 días en cada grupo serán consideradas como años completos (art. 3.2 Decreto 2309/1970). Las inferiores se acumularán al período de actividad que tenga señalado el coeficiente inferior, y de no existir éste, serán despreciadas (art. 3.1 RD 2390/2004).

Los años resultantes serán multiplicados por el coeficiente oportuno y la suma de éstos constituirá el número de años o fracción de año en los cuales se reducirá la edad legal mínima de jubilación, con un tope máximo de diez años (art. 3.2 RD 2390/2004).

A estos efectos procede tener en cuenta el período de vida laboral, que no se refiere a años cotizados[969]. Habrán de ser incluidos en la misma los períodos de desembarco por enfermedad o accidente, los permisos y licencias retribuidas y las vacaciones anuales, siempre y cuando el interesado figure dado de alta en la Seguridad Social[970], siendo diferentes los medios de prueba admitidos[971].

El trabajador podrá solicitar la pensión de jubilación, aun cuando no se encuentre en situación de alta o asimilada, si por aplicación del coeficiente reductor ha alcanzado la edad requerida, a pesar de no haber cumplido los sesenta y cinco años fijados como mínima de manera general[972]. No cabe sumar, empero, los coeficientes reductores a la edad reducida que en determinados casos posibilita la jubilación anticipada, sino que resulta necesario alcanzar realmente esa edad concreta para aplicar los coeficientes reductores a efectos del porcentaje de la pensión[973].

---

[966] STSJ Asturias 11 junio 1990 (AS 1990, 1634).
[967] Sobre su aplicación práctica, STCT 22 septiembre 1975 (RTCT 1975, 3831).
[968] STS 15 junio 1987 (RJ 1987, 4368).
[969] STSJ Galicia 23 julio 1992 (AS 1992, 3872).
[970] STCT 24 octubre 1988 (RTCT 1988, 6928) o STSJ Galicia 23 julio 1992 (AS 1992, 3872).
[971] Las prestaciones de servicios profesionales que permitirán rebajar la edad mínima para causar derecho a la pensión de jubilación han de ser acreditadas, lógicamente, a través de cualquiera de los medios de prueba admitidos. En concreto, la referencia lleva directamente a los "documentos de afiliación, altas, bajas y cotización, los historiales de navegación del personal titulado, libretas de inscripción marítima, rol de la embarcación o certificaciones de la Autoridad de Marina competente" (art. 2.2 RD 2390/2004) y la Lista Oficial de Buques editada por la Dirección General de la Marina Mercante (punto 6 de la Circular 20/1998, de 30 de octubre). Los restantes no serán operativos a los efectos aquí significados, STSJ Madrid 30 septiembre 1991 (AS 1991, 5338). En cualquier caso, tan drástica consecuencia debe ser matizada habida cuenta que la dificultad que en ocasiones supone acreditar los servicios realizados puede dar lugar a otras posibilidades de prueba en función de cada situación (así, por ejemplo, párrafos segundo y tercero del punto 6 de la Circular 20/1998, de 30 de octubre).
[972] STSJ Madrid 19 junio 1997 (AS 1997, 2140).
[973] STSJ Galicia 21 enero 2000 (AS 2000, 53).

En el supuesto de que la pensión de jubilación se calcule aplicando únicamente la legislación interna (al no resultar necesario acudir a períodos acreditados en otro país para alcanzar el derecho a la pensión), los períodos servidos en embarcaciones extranjeras y acreditados a estos efectos sólo serán

Para calcular los coeficientes habrá de ser computado también el tiempo que el trabajador hubiera estado enrolado a bordo de embarcaciones extranjeras bajo bandera de un país con el cual exista convenio de Seguridad Social o de la Unión Europea[974]. Igualmente serán considerados los trabajos desarrollados en buques de bandera extranjera, pero en favor de una empresa española, cuando el interesado figura afiliado al Régimen General[975].

En virtud de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social, será de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena incluidos en este Régimen Especial el art. 161.bis LGSS, de acuerdo con el cual podrán acceder a la jubilación anticipada quienes reúnan los requisitos.

En los supuestos en los cuales el trabajador desea acceder a la jubilación anticipada así regulada serán de aplicación los porcentajes de reducción por cada año o fracción de año que, en el momento del hecho causante, le falte a aquél para cumplir los sesenta y cinco años, tomando en consideración una serie de coeficientes legalmente establecidos.

La disposición adicional 19ª de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General, que ha integrado a los prácticos y restante personal embarcado adscrito al servicio de practicaje en este Régimen Especial, fija la edad de jubilación de los prácticos de puerto con carácter general en los sesenta y cinco años de edad, siempre y cuando no sean superados los reconocimientos médicos reglamentarios establecidos, siéndoles de aplicación, además, el correspondiente coeficiente reductor de la edad de jubilación. En cualquier caso, ésta podrá ser prorrogada hasta los setenta años previa petición del interesado a la Autoridad Marítima, que resolverá previo informe de la Autoridad Portuaria, debiendo establecerse al respecto un sistema de reconocimientos médicos específicos y de frecuencia inferior al año.

En materia de jubilación parcial deberá atenerse a lo previsto en el Régimen General, con especial mención de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social.

10.- Protección asistencial

Junto a las prestaciones típicas de la Seguridad Social, este Régimen Especial aparece caracterizado por proporcionar una tutela peculiar, próxima al concepto de asistencia social o de servicios sociales. Constituye una manifestación de asistencia

---

tenidos en cuenta a efectos de reducción de la edad de jubilación si durante ellos se mantuvo la cotización a la Seguridad Social española mediante la suscripción de un convenio especial (art. 5.1 RD 2390/2004).

Por otra parte, el tiempo servido por marinos españoles a bordo de embarcaciones extranjeras abanderadas en países con los que no exista instrumento internacional de Seguridad Social aplicable a los trabajadores del mar será tenido en cuenta a los efectos de reducción de la edad de jubilación si se acreditara de forma suficiente, siempre que dichos trabajadores tengan suscrito durante dicho período un convenio especial con el Instituto Social de la Marina (art. 5.2 RD 2390/2004).

[974] STS 16 noviembre 1998 (RJ 1998, 10515); STSJ Madrid 10 febrero 2000 (AS 2000, 1484).

[975] STSJ Comunidad Valenciana 18 octubre 1999 (AS 2000, 614).

social interna al sistema, prevista en el art. 2 RD 1414/1981, de 3 de julio, y que otorga distintas funciones al Instituto Social de la Marina[976].

En todo caso, cabe destacar como las competencias en materia de asistencia social están siendo transferidas a las Comunidades Autónomas, de modo que esta protección asistencial alcanzará únicamente al territorio de aquéllas en las cuales el Instituto Social de la Marina pueda desarrollar tales atribuciones.

Existen, igualmente una serie de situaciones especiales derivadas del trabajo en el mar, reguladas en el RD 869/2007, de 2 de julio, que regula la concesión de prestaciones asistenciales en atención a las situaciones especiales derivadas del trabajo en la mar para trabajadores y beneficiarios del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar y se establecen determinados servicios a los trabajadores del mar, y en su desarrollo por la Orden TAS/29/2008, de 15 de enero

Constituye ésta una tutela contemplada en el Decreto 2864/1974, de 30 agosto, y conectada al Convenio 23 OIT sobre repatriación de las gentes del mar, completado con esta normativa más reciente, que constituye determinados servicios de asistencia en el extranjero y para la atención urgente a trabajadores del mar transeúntes que necesiten tal asistencia siempre y cuando se esté ante circunstancias justificadas, las cuales incluyen la pérdida de equipaje individual a consecuencia de naufragio o accidente de mar, el fallecimiento a bordo o desaparición, el traslado de cadáveres, el adelanto de los gastos que procedan para el sostenimiento y restitución al lugar de residencia (sin perjuicio de la responsabilidad exigible al naviero, armador o representante legal, en casos de abandono por empresas insolventes, apresamiento, naufragios y otros análogos) o la atención urgente a los trabajadores como consecuencia de naufragio o cualquier otra circunstancia justificada y hasta tanto la empresa armadora o cualquier otra responsable pueda hacerse cargo de ellos.

En tales supuestos, el Instituto Social de la Marina se hará cargo provisionalmente de los gastos originados por el alojamiento, manutención y otras necesidades perentorias, adelantando el importe de los mismos y, en su caso, el billete necesario para su traslado. Dichos adelantos serán reclamados al armador, representante legal o consignatario, o, en su caso, compañía asegurada que estén establecidos en territorio nacional; en otro caso se trasladará el gasto a la representación diplomática del estado de abanderamiento del buque para que a su vez exija al armador su reingreso.

Existen también en este ámbito, en fin, ayudas económicas frente a situaciones de necesidad (Orden TAS/4218/2005, de 29 de diciembre) y ayudas de carácter

[976] En concreto: promoción y asistencia de los familiares de los indicados trabajadores, con especial atención a sus huérfanos, manteniendo a tal efecto Colegios y Guarderías Infantiles o concediendo becas y bolsas de estudios y, en general, dedicando especial atención a su formación cultural y humana; promoción y gestión de viviendas para trabajadores del mar, con medios propios o colaborando con el Instituto Nacional de Promoción Pública de la Vivienda; asistencia a los marinos y pescadores de la tercera edad y a sus familiares; promoción, en colaboración con el Servicio Público de Empleo, las acciones que competen a éste cuando se refieran a los trabajadores del mar, y participar en la gestión de las prestaciones de desempleo que a los mismos correspondan; asistencia social a los trabajadores del mar y sus beneficiarios, especialmente en caso de abandono de tripulantes por empresas insolventes, tanto en puerto español como extranjero, apresamientos, naufragios y otros análogos, con la participación de la correspondiente autoridad consular, si tuviera lugar en el extranjero.

formativo, reguladas en la Orden TAS/3854/2005, de 5 de diciembre y la Orden TIN/167/2008, de 24 de enero.

V.- Gestión

1.- El Instituto Social de la Marina

La LGSS, en su disposición adicional 19ª, establece que el Instituto Social de la Marina continuará llevando a cabo las funciones y servicios que tiene encomendados --y han sido reconocidos en distintos textos legales desde hace décadas-- en relación con la gestión del Régimen especial de los Trabajadores del Mar.

Queda asimilado, a tales efectos, a una Entidad Gestora de la Seguridad Social, aun cuando formalmente no sea calificada como tal[977]. Se trata de una Entidad de ámbito nacional de Derecho público, adscrita al Ministerio de Trabajo y bajo su dirección y tutela, con personalidad jurídica propia y plena capacidad jurídica y patrimonial para el cumplimiento de sus fines (arts. 1.1 y 1.2 RD 1414/1981, de 3 de julio). En materia de gestión sus funciones son las siguientes: organiza y dispensa todas las prestaciones incluidas en la acción protectora de este Régimen Especial; colabora con la TGSS en materia de recaudación (con especial referencia al control de las cotizaciones a efectos de despacho de buques por la autoridad marítima competente), inscripción de empresas, afiliación y altas y bajas de trabajadores; presta asistencia sanitaria en sus establecimientos propios, sin perjuicio de su integración en la red sanitaria oficial y se utiliza como centro de salud a disposición de toda la población de su zona; realiza las funciones encomendadas en materia de declaración de invalidez permanente (RD 1300/1995 y Orden de 18 de enero de 1996).

Además de tales tareas, típicamente de gestión, desarrolla otras, que le son atribuidas de forma dispersa, entre las cuales destacan: asistencia sanitaria de los trabajadores del mar a bordo y en el extranjero; formación profesional de aquéllos; o la promoción del bienestar tanto personal como familiar.

La relación entre el Instituto Social de la Marina (como Entidad Gestora) y el personal a su servicio, será regulada "por lo previsto en los Estatutos del Personal aprobados por el Ministerio de Trabajo o por el Estatuto General aprobado, por el propio Ministerio"[978].

Su estructura la componen órganos de ámbito nacional y provincial: entre los primeros cabe distinguir los órganos de dirección y gestión (Dirección General, Secretaría General y Subdirecciones Generales) y los de participación en el control y vigilancia en la gestión (Consejo General del Instituto Social de la Marina, Comisión ejecutiva del Consejo General); en los segundo se incluyen, como órganos periféricos, las diversas Direcciones Provinciales y Direcciones Locales.

2.- Otras entidades colaboradoras

[977] SSTS 8 de junio, 21 septiembre y 7 diciembre 1988 (RJ 1988, 5255, 7086 y 9576); 23 octubre 1992 (RJ 1992, 7672) o 26 mayo 1993 (RJ 1993, 4127).
[978] SSTS 23 enero 1980 (RJ 1980, 656); 20 y 23 septiembre 1982 (RJ 1982, 5047 y 5272) o STCT 27 octubre 1984 (RTCT 1984, 8092).

Otras entidades que actúan como colaboradoras aparecen constituidas por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (tal y como destaca la LGSS); las entidades sindicales, las cuales colaboran, en el ámbito local, con el Instituto Social de la Marina de acuerdo con lo que pueda establecer el Ministerio de Trabajo**,** siempre previo concierto; o, en fin, podrán colaborar asociaciones, fundaciones y entidades públicas, previa inscripción en un Registro especial; también las empresas. Para éstas últimas rigen las normas del Régimen General, pudiendo colaborar, por tanto, con carácter voluntario u obligatorio; siempre sin olvidar las limitaciones existentes para el supuesto de la obligatoria, dadas las peculiaridades de los sistemas de recaudación mencionados anteriormente (en referencia al pago delegado en unos casos, al sistema de pólizas colectivas en otros, etc.).

VI.- A modo de conclusión

Como ya se destacó, la especial protección y la justificación de un Régimen Especial de Seguridad Social para los trabajadores del mar aparece sostenida por razones diversas. En todo caso, una de las singularidades más relevantes de tal Régimen Especial viene constituida por el hecho de comprender en su ámbito de aplicación tanto a trabajadores por cuenta propia o asimilados como a quienes prestan servicios por cuenta ajena, de forma tal que su inclusión no aparece determinada por la relación de dependencia, sino la realización de una específica actividad profesional.

A pesar de las peculiaridades, este Régimen Especial podría probablemente llegar a ser integrado sin excesivos problemas, bien en el Régimen General cuando de trabajadores por cuenta ajena se habla, bien en el RETA cuando se haga referencia a los autónomos del mar. Todo ello, eso sí, con una concepción a medio o largo plazo y el mantenimiento de una serie de especialidades o beneficios específicos.

Las diferentes prestaciones pueden ser integradas sin muchos problemas. Así, y atendiendo a las mismas:

-- La asistencia sanitaria resulta igual a la del Régimen General, con las especialidades derivadas del lugar de trabajo y, que, lógicamente, habrían de ser mantenidas.

-- La incapacidad temporal se percibe y despliega sus efectos de la misma forma que en el Régimen General.

-- Por su parte, la incapacidad permanente, en el caso de los trabajadores por cuenta ajena es igual que en el Régimen General, no así cuando de trabajadores por cuenta propia se trata, en cuyo caso se debería integrar las peculiaridades en el RETA.

-- La maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia natural tampoco poseen diferencia alguna respecto al Régimen General.

-- Las prestaciones de muerte y supervivencia resultan, de nuevo, idénticas, a las del Régimen General.

-- Al igual que el desempleo, cuyas condiciones son las mismas, excepción hecha para los armadores asimilados.

-- La jubilación se caracteriza por la existencia de una serie de coeficientes reductores de la edad de jubilación, los cuales deberían ser integrados con sus peculiaridades, habida cuenta que el resto de la prestación se rige igual que en el Régimen General.

-- Los servicios sociales prestados y ofrecidos, y las actividades desarrolladas por el Instituto Social de la Marina pueden igualmente ser trasladados al Régimen General en todo aquello que se refiere a las peculiaridades para la protección a la familia, determinados sectores, tercera edad, mujeres, infancia y juventud, prestaciones económicas de carácter social, situaciones especiales o formación ocupacional.

En este sentido, la mayor dificultad puede encontrarse en la integración del Instituto Social de la Marina, que tiene atribuida la gestión del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, pasando la misma a los correspondientes servicios de la Seguridad Social, pudiendo convertirse aquél en una Entidad colaboradora en la gestión y manteniendo la organización y control de las actividades y programas antes mencionados.

En definitiva, y como se destacó, la integración resulta posible, eso sí, con la mentada concepción a medio o largo plazo para tal menester, manteniéndolo como Régimen Especial a extinguir respecto a los derechos adquiridos, integrando, en consecuencia, a los nuevos trabajadores que se incorporen al sector ya en el Régimen General o en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, según los supuestos, y conservando los beneficios colectivos adicionales del colectivo, quizá a través de un régimen de protección complementaria en el cual fueran tomadas en consideración las cotizaciones de los interesados.

De tal forma, resultaría tarea imprescindible la creación de un nuevo marco regulador, con su oportuna reglamentación, destacando la importancia que alcanzaría la normativa y disposiciones ministeriales, circunstancia que cabe señalar como destacada, no en vano ya desempeña actualmente un papel real de elevada importancia práctica.

VII.- Bibliografía

AA.VV.: *Tratado práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* (MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., Dir. y Coord.), Pamplona (Aranzadi), 2002.

AA.VV.: *Derecho de la Seguridad Social* [VILLA GIL, L.E. (de la), Dir.], 4ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2004.

AA.VV.: *Factbook. Seguridad Social*, 5ª ed., Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2008.

AA.VV. (CARDENAL CARRO, M.; PALOMAR OLMEDA, A. y SEMPERE NAVARRO, A.V., Dirs.; HIERRO HIERRO, F. J., Coord.): *Diccionario de Seguridad Social* Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2006.

ALMANSA PASTOR, J.M.: "Los sujetos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", *RT*, núms. 63-64, 1981.

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.: *Instituciones de Seguridad Social*, 18ª ed. rev., Madrid (Civitas), 2002.

ARUFE VARELA, A.: "Sobre la aplicación de los coeficientes reductores de la edad de jubilación a estibadores portuarios incluidos en el Régimen Especial de Seguridad Social de Trabajadores del Mar. Comentario a la STSJ País Vasco 10 de mayo de 2005", *AS*, núm. 13, 2005.

BALLESTER PASTOR, Mª. A.: "La jubilación anticipada en los regímenes especiales (una reflexión acerca de la pluriactividad)", *TS*, núms. 152-153, 2003.

BLANCO RODRÍGUEZ, J.E.: "Regímenes especiales de la Seguridad Social complementaria", *RISS*, núm. 6, 1963.

BLASCO LAHOZ, J.F.: "Hacia una generalización de la Seguridad Social: los regímenes especiales integrados", *TS*, núm. 42, 1994.

--"La regulación de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, tras la publicación del nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio)", *AL*, núm. 18, 1995.

-- *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, 9ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2010.

CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: *La Seguridad Social de los trabajadores del mar*, Madrid (Civitas), 1999.

--"A propósito de las actividades marítimo pesqueras determinantes de la aplicación de los coeficientes reductores de la edad mínima de jubilación en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar. Comentario a l STSJ Cantabria de 1 de septiembre 2001", *AS*, núm. 20, 2001.

--"El derecho a la atención médica y la protección de Seguridad Social y las responsabilidades exigibles al armador por enfermedad, lesiones y muerte por causas laborales de la gente de mar en el Convenio sobre el trabajo marítimo de 2006", *RMTI*, núm. 82, 2009.

CUENCA ALARCÓN, M.: "Accidente de trabajo y protección social de los estibadores portuarios eventuales. (Comentario a la Sentencia 4ª de 15 de febrero de 1999)", *RL*, núm. 19, 1999.

FERRANDO GARCÍA, F.: "La protección por desempleo de la gente del mar", *REDT*, núm. 123, 2004.

GARCÍA NINET, J. I.: "La jubilación en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social", *RSS*, núm. 16, 1982.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "La necesaria reestructuración y simplificación de los regímenes especiales. Nuevas perspectivas tras la firma del Acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social", *TS*, núm. 131, 2001.

RODRÍGUEZ RAMOS, Mª. J.; PÉREZ BORREGO, G.; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS, M.: *Sistema de Seguridad Social*, Madrid (Tecnos), 2009.

VICENTE PALACIO, A.: *El Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*, Cizur Menor (Aranzadi), 2004.

VIDA SORIA, J.: "Régimen general y Regímenes especiales en el sistema de la Seguridad Social española", *CCDT*, núm. 3, 1972.

--"Los Regímenes Especiales", *PEE*, núms. 12-13, 1982.

CAPÍTULO VIII.- SOBRE LA SITUACIÓN ACTUAL DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS EMPLEADOS DE HOGAR Y LA NECESIDAD DE SU HOMOGENEIZACIÓN CON EL RÉGIMEN GENERAL

Rodrigo Tascón López
TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

SUMARIO: I.- Introducción. II.- Sujetos incluidos en su campo de aplicación. III.- Las obligaciones formales: inscripción, afiliación, alta y baja en el Régimen Especial de empleados de hogar. IV.- Cotización. V.- Acción protectora. 1.- Incapacidad temporal. 2.- Incapacidad permanente. 3.- Jubilación. 4.- Prestación económica por profesión religiosa. 5.- Muerte y supervivencia. 6.- Prestaciones familiares de maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural. VI.- Incompatibilidades. VII.- Conclusiones. VIII- Bibliografía.

I.- Introducción

Entre los Regímenes Especiales de la Seguridad Social --en la estructura multiforme dada por el legislador-- se incluye el de los empleados de hogar [art. 10.2.e) LGSS]; algo que no resulta en absoluto novedoso, habida cuenta de que ya la LGSS de 1966 establecía un Régimen Especial para este colectivo tan peculiar de trabajadores, denominados entonces, en los rancios términos de la época, como "servidores domésticos" [art. 10.2.h) LGSS'1966][979].

La opción legislativa no puede sorprender y, sin ningún género de dudas, encuentra su justificación en las notables peculiaridades que presenta la actividad material que constituye su referente (lugar de la prestación coincidente con el domicilio familiar, relación de confianza estrecha entre las partes, peculiaridades en las condiciones de trabajo…), la cual, obviamente, motiva la conformación de una relación laboral de carácter especial [art. 2.1.b) ET] y, correlativamente (y superados antiguos experimentos que la relegaban a un Montepío Nacional de Servicio doméstico), de un mecanismo de protección social peculiar, integrado en el Sistema Público, pero a través de un régimen de Seguridad Social especial[980].

Por tanto, la opción del legislador puede tener una cierta justificación histórica; incluso quizá la distinción en la regulación de la cobertura social del colectivo aún esté hoy justificada. Sin embargo, nadie puede dudar que la protección social proporcionada por el Régimen Especial en los términos actuales necesita de una profunda revisión y rectificación[981].

---

[979] GALA VALLEJO, C.: *El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar*, Madrid (Ministerio de Trabajo), 1991, págs. 36 y ss.

[980] No deja de resultar significativo que la configuración del Régimen Especial de Seguridad Social fuera previo a la regulación de la relación laboral especial, que no quedó definitivamente perfilada hasta que el RD 1424/1985, de 1 de agosto, desarrolló el art. 2.1.b) ET. DEL VAL TENA, A.L.: "El Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", *TS*, núm. 207, 2008, pág. 48.

[981] Entre otros, LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *Los trabajadores al servicio del hogar familiar. Aspectos laborales y de Seguridad Social. Propuestas de reforma*, Albacete (Bomarzo) 2006, págs. 15 y ss. o, más antiguo, CUBAS MORALES, A.: "Anotaciones para la necesaria reforma del Régimen Especial de los empleados de hogar", *TS*, núm. 42, 1994, págs. 29 y ss.

No pueden doler prendas en afirmar que su regulación ha quedado "trasnochada"[982] [no en vano el vetusto Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, continúa hoy rigiendo aspectos tan importantes como el campo de aplicación y las particularidades de la acción protectora[983]], con el agravante añadido de que cada reforma legal en esta materia no ha sabido cohonestar las relaciones existentes entre este Régimen Especial y el General, lo que provoca una situación de excepcionalidad cada vez más alejada de la realidad social[984].

El Régimen Especial ahora analizado, en los actuales términos normativos, en modo alguno cumple con la finalidad protectora que debería ser su impronta, lo cual puede llegar, incluso, a poner en riesgo el principio de no discriminación, en tanto en cuanto quienes ejercen esta actividad (y por tanto se ven perjudicados por sus deficiencias estructurales) son preponderantemente mujeres[985]; al tiempo, se muestra insuficiente para afrontar las (ya no tan) nuevas circunstancias que lo han caracterizado en los últimos años (principalmente a partir de la llegada masiva de trabajadores -- *rectius*, trabajadoras[986]-- inmigrantes destinadas a realizar los trabajos y tareas que conforman su campo de aplicación), provocando, en consecuencia, flagrantes injusticias[987].

En el fondo, no falta quien considera que de las deficiencias legales apuntadas bien podría deducirse un descorazonador (e inadmisible) mensaje, cual es el escaso valor social que para el legislador presentan este tipo de actividades; algo que podría, sin duda, perpetuar la discriminación (doble, en el caso de las mujeres inmigrantes) a la que este colectivo ha podido estar expuesta a lo largo de la Historia[988].

---

[982] ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Apuntes para la reforma del Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Coord.): *Mujer, Trabajo y Seguridad Social. V Xacobeo Laboral*, Madrid (La Ley), 2010, págs. 1 y ss.

[983] Otras materias inicialmente recogidas en aquel Decreto regulador, como las relativas a los actos de encuadramiento o al régimen de cotización, han sido derogadas, siendo sustituidas por lo dispuesto en el RD 84/1996, de 26 de enero, que aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de los trabajadores, y en el RD 2064/1995, de 22 de diciembre, que aprueba el reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social. Además de por las normas citadas, el Régimen Especial de Empleados de Hogar se rige, de conformidad con el art. 1 del mentado Decreto 2346/1969, por "las normas generales de obligada observancia en el Sistema de Seguridad Social" --entre ellas las del Título I LGSS-- y, supletoriamente, por "las normas reguladoras del Régimen General, con las adecuadas adaptaciones a los conceptos de cabeza de familia y empleado de hogar". DEL VAL TENA, A.L.: "El Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", cit., pág. 48.

[984] LÓPEZ GANDÍA, J.: "La convergencia entre regímenes de Seguridad Social", *Temas Laborales*, num. 81, 2005, págs. 207 y ss.

[985] Según datos de la Encuesta de Población Activa (EPA), en España unas 755.000 personas (un 90%, mujeres) trabajan como empleadas del hogar.

[986] GETE CASTRILLO, P.: "Extranjeros contratados para el servicio doméstico: algunas cuestiones contractuales y de Seguridad Social", *RL*, T. II, 2000, pág. 1325.

[987] ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Apuntes para la reforma del Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", cit., págs. 1 y ss. En igual sentido, CÁMARA BOTÍA, A.: "Sobre las desigualdades existentes entre los distintos regímenes que integran la Seguridad Social. A propósito del Régimen Especial del Servicio Doméstico", en AA.VV. (ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A., Dirs.): *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Madrid (Civitas), 1994, págs. 627 y ss.

[988] QUESADA SEGURA, R.: "Régimen Especial de los Empleados de Hogar", en AA.VV. *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada (Comares) 2008, pág. 451.

Parece necesario, a la vista del panorama dibujado a grandes rasgos en estos párrafos introductorios, que el presente discurso entre a analizar los derroteros por los cuales habría de transitar una reforma del Régimen Especial analizado, bien incluyéndolo en el General a través de un Sistema especial, bien eliminando sus principales defectos con el fin de hacer el camino hacia la unificación más sosegado.

II.- Sujetos incluidos en su campo de aplicación

De conformidad con el artículo 2.1 Decreto 2346/1969, aún vigente a estos efectos, quedan incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados de Hogar, todos (españoles o extranjeros que residan o se encuentre legalmente en España) los mayores de 16 años que reúnan los tres requisitos siguientes:

a) Que se dediquen en territorio español a servicios exclusivamente domésticos para uno o varios cabezas de familia y demás personas que componen el hogar familiar.

b) Que presten los servicios en la casa que habita el cabeza de familia y demás personas que componen el hogar familiar.

c) Que perciban por este servicio un sueldo o remuneración de cualquier clase que sea, cuyo pago corresponde al titular del hogar familiar en concepto de empleador.

Desde luego, el tenor legal plantea problemas difícilmente solubles de delimitación; verdaderas zonas grises propiciadas por la multiplicidad de tareas a realizar. No en vano, el art. 2.4 Decreto 2346/1969 extiende el concepto de servicios domésticos a los de jardinería, guardería, conducción de vehículos y otros análogos en los supuestos en que se desarrollen formando parte del conjunto ideal de quehaceres propios del hogar[989].

En este sentido, cobra especial relevancia en el contexto actual lo relativo al cuidado de ancianos (que la doctrina jurisdiccional no ha dudado en calificar como servicios domésticos, siempre y cuando fueran llevados a cabo por personal no sanitario[990]); el motivo, es obvio, radica en la creciente demanda de estos servicios como consecuencia del imparable fenómeno de envejecimiento de la población[991].

La situación se complica a la vista de la regulación contenida en la Ley 39/2006, pues dicha norma excluye del campo de aplicación de este Régimen (y los incorpora al General) a los cuidadores profesionales contratados mediante la prestación regulada en los arts. 14.3 y 17 y a los trabajadores dedicados a la asistencia personal en los términos previstos en el art. 19 y la razón no parece otra que proporcionar una mayor y mejor cobertura a quienes así presten servicios que la obtenida de quedar incardinados en el Régimen Especial de Empleados de Hogar[992].

---

[989] CRUZ VILLALÓN, J.; RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P. y GÓMEZ GORDILLO, R.: *Estatuto de los Trabajadores. Comentado*, Madrid (Tecnos), 2003, pág. 54.
[990] SSTSJ Cataluña 18 febrero 2005 (AS 2005, 1005).
[991] Al respecto, STS 1 julio 1987 (RJ 1987, 1283).
[992] ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Apuntes para la reforma del Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Coord.): *Mujer, Trabajo y Seguridad Social. V Xacobeo Laboral*, cit., págs. 1 y ss.

Por otra parte, no menos controvertido resulta el concepto de cabeza de familia (si bien la amplitud del art. 2.2 Decreto 2346/1969 permite dar acomodo a las nuevas formas de convivencia), que a estos efectos corresponde con "toda persona natural que tenga algún empleado de hogar a su servicio (art. 4.1 Decreto 2346/1969); de ahí que no se incluyan a los contratados por comunidades de vecinos[993] o por residencias geriátricas para el cuidado sistemático de ancianos[994].

Asimismo, según la interpretación llevada a cabo por los Tribunales, se ha calificado como empleador no sólo a quien reside en el hogar familiar, sino también a aquél que contrate, pague el salario y dicte las instrucciones para prestar servicios a un familiar que actúe como titular del hogar; por tanto, ambos son empleadores y responden solidariamente de cuantas responsabilidades puedan surgir[995]. Tal supuesto resulta cada vez más habitual, siendo el ejemplo típico un titular del hogar anciano y un familiar que no reside allí contrata y paga al empleado de hogar.

Igualmente conflictivo (rayano con lo discriminatorio[996]) resulta el régimen jurídico de las exclusiones contemplado en el art. 3 Decreto 2346/1969, de conformidad con el cual quedan expresamente fuera del campo de aplicación de este Régimen Especial: el cónyuge, ascendientes, descendientes y parientes hasta el segundo grado del cabeza de familia; las personas acogidas de hecho o de derecho; y las personas que presten servicios amistosos, benévolos o de buena voluntad.

Ahora bien, la exclusión de familiares presenta una estrambótica y desfasada excepción; en tanto no afecta a un solo familiar de sexo femenino de sacerdotes célibes que convivan con ellos y que reúnan las demás condiciones exigidas, siempre que no tengan algún otro empleado de hogar a su servicio (art. 3.2 Decreto 2346/1969). Parece, sin duda, necesario, revisar los límites de tal excepción, para evitar cualquier clase de diferencia de trato por motivos de sexo o religión[997].

Tampoco debería alcanzar la exclusión a aquellos trabajadores que, aún siendo familiares, lo sean efectiva y realmente por cuenta ajena del hogar en el que prestan servicios, en tanto en cuanto la presunción contenida en el 2.b) RD 1424/1985, por remisión al art. 1.3 ET, lo es con carácter *iuris tantum*, lo cual hace que sea posible llegar a acreditar la realidad de la relación laboral y, correlativamente (y en tanto no debieran existir diferencias entre el campo de aplicación de la relación laboral especial y de su régimen protector de Seguridad Social), haya de quedarse integrado en el mecanismo de cobertura ahora analizado[998].

---

[993] STS 12 febrero 1991 (RJ 1991, 830).
[994] STSJ País Vasco 1 septiembre 1994 (AS 1994, 3553).
[995] STSJ Cataluña 29 octubre 1992 (AS 1992, 3553). Pero introduce matizaciones importantes, por ejemplo, cuando la persona que no conviva con el empleado de hogar cambie de domicilio no conllevará la posibilidad de extinguir el contrato por tal causa, STSJ Cataluña 16 mayo 2002 (AS 2002, 2133).
[996] PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: "Sobre el derecho de los empleados de hogar familiar a la no discriminación por razón de parentesco en la afiliación al sistema de Seguridad Social", *REDT*, núm. 53, 1992, págs. 411 y ss.
[997] ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Apuntes para la reforma del Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", cit., págs. 1 y ss.
[998] PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: "Sobre el derecho de los empleados de hogar familiar a la no discriminación por razón de parentesco en la afiliación al sistema de Seguridad Social", cit., pág. 412 o DEL VAL TENA, A.L.: "El Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", cit., pág. 49.

III.- Las obligaciones formales: inscripción, afiliación, alta y baja en el Régimen Especial de Empleados de Hogar

Una de las principales particularidades que presenta el Régimen Especial ahora analizado viene dada por la diferenciación de dos sistemas de organización de la obligación de afiliación. En efecto, pese a tratarse en todo caso de un trabajador por cuenta ajena, de conformidad con el art. 49.1 RD 84/1996, variará el cauce para su formalización según se trate de empleados a tiempo completo (esto es, cuando el trabajador preste sus servicios de manera exclusiva y permanente para un solo empleador, durante un tiempo efectivo de trabajo de, al menos, 80 horas al mes) o lo sea a tiempo parcial (cuando preste servicios para uno o más cabezas de familia por tiempo inferior a 80 horas mensuales):

A.- Cuando el empleado doméstico preste sus servicios a uno o más cabezas de familia a tiempo parcial, el obligado a solicitar la afiliación, el alta o la baja --de manera cuando menos significativa-- va a ser el propio trabajador. Semejante sistema se presenta más cómodo para quien reclama estos servicios (que no es un empleador profesional); ahora bien, tal situación deja en la indefinición un buen número de relaciones (pues el trabajador tampoco ha de ser experto en trámites administrativo-laborales), provocando, seguramente, el efecto perverso de mantener extramuros del Sistema de Seguridad Social a numerosos asalariados bajo esta peculiar fórmula.

A esta funesta consecuencia contribuye de manera decisiva la confusa definición normativa de cuanto por trabajador a tiempo parcial cabe entender a estos específicos efectos[999]. En primer lugar, porque se alude a los trabajos realizados durante un tiempo inferior a ochenta horas de trabajo efectivo durante el mes --Resolución DGSS 5 noviembre de 1985--[1000]; en segundo término, porque se acota la jornada mensual mínima (estableciéndose un umbral inferior de 72 horas de trabajo efectivo al mes, que han de realizarse, al menos, durante 12 días distintos[1001]); *lapsus calami* que abocaría a quienes no alcanzaran dicho límite a quedar encuadrados en el Régimen General (la otra opción, consistente en su exclusión de todo sistema de protección social resulta aún menos justificable), conclusión absurda y en modo alguno pretendida por el legislador, lo que ha llevado a los Tribunales de Justicia a considerarlo inapropiado[1002], habida cuenta, de ser tomado en consideración se reduciría injustificada e injustamente el campo de aplicación de este Régimen Especial[1003].

No obstante, la Ley también trata de establecer alguna garantía; así, para la afiliación y alta del trabajador, junto a la documentación exigida con carácter general, se

---

[999] ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Apuntes para la reforma del Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", cit., págs. 1 y ss.

[1000] Sobre tal resolución, SALAS MÉNDEZ, P.: "¿Puede una resolución administrativa excluir a los empleados de hogar a tiempo parcial del Régimen Especial de la seguridad social del servicio doméstico?", *AS*, núm. 20, 2002, págs. 43 y ss.

[1001] El argumento invocado a veces para justificar o imponer ese mínimo módulo horario es su utilización para evitar inclusiones abusivas, SENDÍN BLÁZQUEZ, A.: *El Régimen Especial de Seguridad Social de Empleados de Hogar: Cuestiones sobre su integración en el Régimen General de la misma*, www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/100593.pdf.

[1002] No sólo por ellos, también por la doctrina. Por todos, BLASCO LAHOZ, J.F. *et alii*: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010, pág. 288 y QUESADA SEGURA, R.: "Régimen Especial de los Empleados de Hogar", cit., pág. 457.

[1003] STSJ Cataluña 25 octubre 2001 (AS 2001, 4135).

ha de acompañar una declaración elaborada por los cabezas de familia en la que se haga constar el tiempo y demás condiciones de la prestación de servicios parciales y discontinuos. Por tanto, y no deja de ser una disertación puramente pedagógica, quien no haya proporcionado dicha documentación puede estar fehacientemente seguro de que su empleado está sin asegurar, al menos en la parte relativa a las tareas para él desempeñadas.

B.- La segunda modalidad prevista en la norma atiende a aquella situación en la cual el trabajador presta servicios de manera exclusiva y permanente para un empleador, lo cual requiere al menos una jornada laboral equivalente a la mitad de la habitual, es decir, una prestación efectiva superior a 20 horas semanales.

En este caso, será el propio titular del hogar familiar quien (previa su propia inscripción como empleador en la Seguridad Social antes de contratar por primera vez a un trabajador de hogar de manera exclusiva[1004]) quede obligado a solicitar la afiliación, alta y baja correspondiente y en este caso, la solicitud deberá ser presentada antes del inicio de la actividad y la baja en el plazo de seis días naturales desde el cese de la misma[1005].

Obviamente, y como ocurre con carácter general aun cuando no esté demás recordarlo por las particularidades analizadas, si en este segundo supuesto el empleador no cumple con tales obligaciones de formalización de la relación de Seguridad Social, el propio operario cuenta con la posibilidad de solicitarla directamente y la Tesorería General con la facultad de realizarla de oficio, sin perjuicio de las demás consecuencias punitivas que pudieran desprenderse de dicho comportamiento.

Si bien se mira, la sistematización normativa permite diferenciar dos especies dentro del género empleado de hogar: uno "por cuenta ajena" y otro "por cuenta propia". Semejante dicotomía provoca una desigualdad notable que, además, no es fácil de armonizar con la estructura del Régimen General (pensando en una eventual integración de uno en el otro, que, sin duda, resultaría lo "más conveniente"[1006]), en tanto en cuanto haría complicado el encaje y mantenimiento de los puestos de trabajo de un gran número de personas que, a día de hoy, prestan servicios domésticos de forma temporalísima (unas pocas horas a la semana) y para varios domicilios familiares.

Por tal motivo, autorizadas voces recomiendan crear una estructura que facilite a los empleadores del trabajador doméstico el cumplimiento de todos sus deberes como empresarios, por ejemplo, a través de una estructura análoga a las del trabajo temporal, en las que el empleado doméstico sería contratado por la oficina creada *ad hoc* y el empleador

---

[1004] A estos efectos, tienen la consideración de empresarios obligados a su inscripción: el titular del hogar familiar o cabeza de familia, ya lo sea efectivamente o como simple titular del domicilio o lugar de residencia en que se presten los servicios domésticos; cuando la prestación se realice para un grupo de personas que, sin constituir una familia ni una persona jurídica, convivan con tal carácter familiar en la misma vivienda, asume la condición de titular del hogar familiar la persona que ostente la titularidad de la vivienda o aquella que asuma la representación del grupo, que podrá recaer de forma sucesiva en cada uno de sus componentes (art. 10.3 RD 84/1996). DEL VAL ARNAL, A.L.: "El Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", cit., pág. 50.

[1005] BLASCO LAHOZ, J.F. *et alii*: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, cit., pág. 287 y STSJ Cataluña 16 diciembre 2004 (AS 2005, 123).

[1006] DEL VAL ARNAL, A.L.: "El Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", cit., pág. 56.

debiera contratar directamente con ella, abonando la tarifa correspondiente[1007]. Dicha propuesta no tendría problemas aparentes para su puesta en práctica a través de las organizaciones productivas ya implantadas.

IV.- Cotización

Para intentar frenar el fraude provocado por la deficiente regulación en materia de afiliación y por las particularidades derivadas del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, el legislador trata de establecer un sistema de cotización sencillo, en el cual la cuota va a ser mensual, única e indivisible[1008]: consistirá en la resultante de aplicar un porcentaje a una base de cotización fijada anualmente por los Presupuestos Generales del Estado, sin atender a los salarios percibidos por el concreto trabajador, ni las horas trabajadas. En el año 2010, la base establecida es de 738,90 euros mes, al que se le aplica un tipo del 22%.

En este Régimen Especial tan sólo se cotiza por las contingencias comunes; no caben, por tanto, las profesionales (que el legislador parece entender que no pueden darse en el ámbito doméstico y su protección se reconduce hacia la protección dispensada con carácter general en el accidente no laboral); tampoco se cotiza (en otra limitación considerable que cobra especial significado en tiempos de crisis económica como los actuales) por la contingencia de desempleo, de cuya prestación, en consecuencia, carecen los asegurados a través de esta vía.

En orden al cumplimiento de la obligación de cotizar subsiste la diferencia de dos modalidades de prestación de servicios de los empleados de hogar; a saber, el trabajador a tiempo parcial --pseudo-autónomo-- y el trabajador a tiempo completo, verdadero operario por cuenta ajena (art. 46 RD 2064/1995)[1009]:

1.- En el caso de los empleados contratados a tiempo completo está obligado a cotizar el cabeza de familia, siendo asimismo responsable de su ingreso, pero en el abono de la cuota van a participar empleado y empleador, correspondiendo un 18,3 % al titular del hogar familiar (135.21 euros) y un 3,7 % al trabajador (27,33 euros). Además, para la financiación de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural se aplica un elemento adicional del 0,1%, sobre la base única de cotización, la cual, en el caso de trabajadores a tiempo completo será por cuenta exclusiva del empleador[1010].

La obligación de cotizar subsiste durante toda la duración de la prestación, incluso durante las situaciones de incapacidad temporal, maternidad y paternidad, pero en este caso el responsable único va a ser el empleado de hogar, excluido el mes en que se inicien, en el cual serán sujetos de la obligación de cotizar el cabeza de familia y el empleado de hogar en los términos vistos siempre y cuando trabajen de forma exclusiva para él (art. 46.3 RD 2064/1995), precepto impugnado por la Asociación de Empleadas de

[1007] PIETERS, D.: "¿Cómo conseguir una protección social adecuada de los empleados domésticos?", *TS*, núm. 207, 2008, pág. 34.
[1008] LÓPEZ CUMBRE, L.: "La relación especial del servicio del hogar familiar", *REDT*, núm. 100, 2000, pág. 174.
[1009] DEL VAL ARNAL, A.L.: "El Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", cit., pág. 51.
[1010] ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Apuntes para la reforma del Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", cit., págs. 1 y ss.

Hogar, pero considerado ajustado a derecho por el Tribunal Supremo, al razonar cómo "en el servicio doméstico existen características personales a valorar a la hora de establecer la regulación de las cotizaciones"[1011].

Como excepción a la exclusión general del programa de bonificaciones que se extiende a la contratación de trabajadores sujetos a relaciones especiales de trabajo [art. 6.1.a) Ley 43/2006], existe una bonificación en las cuotas a la Seguridad Social a favor de las familias numerosas. En tales casos, "tendrán derecho a una del 45% de las cuotas a la Seguridad Social a cargo del empleador, siempre que los dos ascendientes o el ascendiente, en caso de familia monoparental, ejerzan una actividad profesional por cuenta ajena o propia fuera del hogar o estén incapacitados para trabajar" (art. 9 Ley 40/2003, desarrollado el procedimiento por el art. 5 RD 1621/2005).

Si, por el número de hijos, se trata de una familia numerosa de categoría especial, el requisito se flexibiliza, y tan sólo resulta necesario que uno de los progenitores desarrolle cualquier actividad retribuida fuera del hogar familiar.

2.- En cambio, en el supuesto de los empleados de hogar contratados a tiempo parcial, serán ellos mismos los responsables y obligados a abonar el total de la cuota y los responsables de su pago, es decir, ingresarán mensualmente 162,558 euros, más el 0,1% *supra* indicado.

Sin embargo, y pese a la pretendida facilitación que aporta este tipo de cotización, al venir siempre referida a meses completos, cualquiera que sea el número de días u horas trabajadas y aunque el trabajador preste sus servicios mediante contratos a tiempo parcial o cualquier otra modalidad, habrá poderosos incentivos para que muchas personas incluidas dentro del campo de aplicación no coticen a este Régimen Especial de Seguridad Social, dada la escasa duración de su jornada, siendo la cuota demasiado elevada en proporción.

La solución estribaría en arbitrar un mecanismo que posibilite una cotización proporcional al tiempo trabajado, por ejemplo, en función de las horas trabajadas y teniendo en consideración la retribución percibida en especie[1012]. Desde luego, la obligación habrá de ser compartida entre trabajador y empleador de conformidad con un porcentaje a establecer que no determine la huida de los cabezas de familia hacia el trabajado sumergido[1013].

La unificación o identidad de los tipos de cotización entre éste y el General es considerada como la meta final de un proceso de "medidas de aplicación paulatina que permita la convergencia de tipos de cotización", según el Acuerdo sobre medidas en

[1011] STS, Cont.-Admtivo., 4 mayo 1999 (RJ 1999, 5148).
[1012] PIETERS, D.: "¿Cómo conseguir una protección social adecuada de los empleados domésticos?", cit., pág. 34.
[1013] ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Apuntes para la reforma del Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", cit., págs. 1 y ss. En cambio, no faltan autores que descargan la responsabilidad por la cuota íntegra sobre el trabajador, SENDÍN BLÁZQUEZ, A.: *El Régimen Especial de Seguridad Social de Empleados de Hogar: Cuestiones sobre su integración en el Régimen General de la misma*, www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/100593.pdf.

materia de Seguridad Social de 13 de julio de 2006, aunque no concreta en puridad ni la forma ni el tiempo en que deba lograrse[1014].

Ahonda en esta previsión la Revisión del Pacto de Toledo de 2010 cuando afirma que "debe extenderse la posibilidad de cotizar al Sistema de Seguridad Social por cualquiera de los trabajos realizados en todos los sectores de actividad económica. Esto supone la inclusión a través de un sistema ágil y sencillo de todas las empleadas de hogar como cotizantes a partir de cualquier trabajo periódico".

En verdad tal modelo puede llegar a plantear problemas de gestión recaudatoria que abran la vía del fraude, pero no lo es menos que estos peligros podrían ser atajados mediante soluciones técnicas, mientras que, sin duda, la situación actual ampara un fraude mayor, cual es que no se cotice nada en absoluto[1015].

En este sentido, no falta quien apuesta, para lograr sacar a la luz esta bolsa de empleo sumergido, por proporcionar un trato privilegiado para estas actividades que habitualmente permanecen ocultas bajo la superficie de la legalidad productiva, tanto en cuanto respecta a su coste como actividad económica (con las evidentes ventajas recaudatorias para el Fisco), como de cara a mejorar la formalización de la protección social de los trabajadores implicados[1016].

Es cierto que tal opción tolera el fraude que ya se ha producido (con el consiguiente efecto llamada a los potenciales defraudadores futuros en el convencimiento de que tarde o temprano su situación será corregida y amparada por la Ley), pero trata de evitar el que aún está por llegar, contribuyendo a rebajar las intolerables cuotas de economía sumergida que subsisten en nuestro país[1017].

Así, una posibilidad pasaría por aumentar y extender las bonificaciones para los obligados en este Régimen --de este modo, la mejora de la protección y por consiguiente el incremento de la cotización no resultará disuasoria para la contratación o para el alta[1018]-- para el empleador y el trabajador o sólo para este último si la integración se llevara a cabo a través de una empresa, a sumar a la única en vigor en este Régimen aplicada, como ya se comentó, cuando las familias numerosas contraten cuidadores.

Las importantes bonificaciones pretendidas, la mayoría necesariamente transitorias, habrán de ser entendidas en el contexto dado por un período de adaptación de empleadores y empleados a las nuevas variables del Sistema, teniendo en cuenta que el cambio social (acaecido a lo largo de dos décadas de crecimiento vertiginoso de la cantidad de trabajadores, al socaire del crecimiento económico y la inmigración generalizada) se produjo mucho antes que el cambio jurídico que ahora más que nunca se antoja necesario, pues el Derecho transita casi siempre por detrás de la realidad que trata de ordenar.

[1014] SENDÍN BLÁZQUEZ, A.: *El Régimen Especial de Seguridad Social de Empleados de Hogar: Cuestiones sobre su integración en el Régimen General de la misma*, www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/100593.pdf.

[1015] LUJÁN ALCARAZ, J.: *El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar*, Pamplona (Aranzadi), 2000, págs. 77-78.

[1016] PIETERS, D.: "¿Cómo conseguir una protección social adecuada de los empleados domésticos?", cit., pág. 23.

[1017] ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Apuntes para la reforma del Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", cit., págs. 1 y ss.

[1018] BLASCO LAHOZ, J.F. et alii: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, cit., pág. 296.

V.- Acción protectora

Por más que el tantas veces mencionado Decreto regulador indique en su preámbulo que se busca "la máxima homogeneidad", lo cierto es que la protección social dispensada por este Régimen Especial a los trabajadores de hogar no alcanza la misma intensidad que la proporcionada por el General a los asalariados por cuenta ajena[1019].

Es verdad que determinadas prestaciones se contemplan en los mismos términos y condiciones y a los mismos beneficiarios que en el Régimen General, como la asistencia sanitaria, la protección a la familia y la asistencia social y servicios sociales; otras aparentemente cuentan con idéntica extensión, pero la cuantía de las mismas va a ser necesariamente inferior a la vista de las escasas y uniformes bases reguladoras de los beneficiarios, como la viudedad, orfandad, a favor de familiares, maternidad y paternidad; y, en fin, otras ni siquiera existen[1020].

Es preciso detenerse en el análisis de tales omisiones, para comprobar la precariedad tuitiva con la que el legislador trata a quienes quedan dentro del ámbito de aplicación del Régimen Especial ahora analizado. Dos podría decirse que son las grandes carencias que se aprecian en cuanto a la extensión de la acción protectora:

1.- En primer lugar, y como singularidad importante por contraste con el modelo general vigente en el Derecho patrio, en este Régimen Especial no existe la contingencia derivada de enfermedad profesional y la de accidente de trabajo es reconducida, a efectos de su protección, a la de accidente no laboral (art. 22.3 RD 2346/1969).

En definitiva, se considera que todas las contingencias padecidas por el empleado de hogar son comunes y esta falta de distinción se traduce en que algunas de las prestaciones van a tener distinto carácter en esta relación, no en vano su homologación conlleva la desaparición del trato especial previsto para los riesgos profesionales. La menor presión contributiva y la necesidad de soportar un coste no excesivo en materia de prestaciones son las únicas razones esgrimidas para apreciar esta diferencia[1021].

La incorporación de las contingencias profesionales, al menos de los accidentes ocurridos en el hogar, constituye una necesidad verdaderamente perentoria; de igual forma, y aunque no parece que sea ésta la intención del legislador, resulta necesario la incorporación a la lista de enfermedades de las consideradas profesionales para esta actividad[1022].

2.- En segundo término, carecen de protección alguna derivada de la contingencia de desempleo[1023] (sin justificación e infringiendo abiertamente el art. 41 CE)[1024], quizá por

---

[1019] DEL VAL ARNAL, A.L.: "El Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", cit., pág. 53.
[1020] ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Apuntes para la reforma del Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", cit., págs. 1 y ss.
[1021] LÓPEZ CUMBRE, L.: "La relación especial del servicio del hogar familiar", cit., pág. 176 y STSJ Cataluña 1 junio 2001 (AS 2001, 3166).
[1022] PIETERS, D.: "¿Cómo conseguir una protección social adecuada de los empleados domésticos?", cit., pág. 36.
[1023] STSJ Cataluña 6 octubre 1999 (AS 1999, 6429).
[1024] BLASCO LAHOZ, J.F. et alii: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, cit., pág. 298.

el temor a un fraude generalizado a la hora de simular las condiciones que permitieran lucrar el acceso a tal beneficio.

Descartada la existencia de esta prestación, no tendrán derecho a los subsidios que dependan de una cotización o disfrute de la prestación previa, tales como el contributivo o por cargas familiares. Nada puede obstar, en cambio, a que accedan al de inválidos recuperados o liberados de prisión si con anterioridad habían estado encuadrados en este Régimen.

La duda surgió en relación con el subsidio para mayores de cincuenta y dos años, en tanto exige haber cotizado un mínimo de seis años a un Régimen que contemple la prestación por desempleo. En este caso, los empleados de hogar quedarían extramuros una vez más de esta importante ayuda previa a la jubilación. El Tribunal Constitucional declaró inaplicable el art. 7.3 RD 625/1985 (en la redacción anterior al RD 200/2006) e incluyó a los empleados de hogar dentro del elenco de beneficiarios del subsidio, en tanto si la Ley 31/1984 no distingue entre unos y otros regímenes a la hora de conceder el subsidio para mayores de cincuenta y dos años, excede de la capacidad de desarrollo de un reglamento restringir el campo de sujetos[1025].

Pese a todo, subsiste la desigualdad e injusticia en torno a la suspensión y extinción de la prestación por desempleo cuando se realice un trabajo por cuenta ajena --en este caso--, es decir, suspensión durante doce meses y extinción una vez transcurridos éstos. La norma simula cierta lógica cuando en ese tiempo ha cotizado para lucrar una nueva prestación por desempleo, mas si están percibiendo dicha prestación y aceptan un trabajo como empleados de hogar saben que están renunciando al desempleo sin cotizar para uno nuevo[1026].

A tenor de lo expuesto, no cabe sostener la regulación actual, antes al contrario, es necesario incorporar la prestación proporcionada por los arts. 208 y ss. LGSS[1027], o bien, solución intermedia que no incrementara en exceso la carga de los obligados, su asimilación a la prestación por cese de actividad, de modo transitorio, actualmente en preparación, y a modo de paso previo a la total igualdad con los trabajadores por cuenta ajena.

Una vez reclamada la necesaria eliminación de las carencias que este Régimen Especial todavía presenta a nivel prestacional, el presente discurso ha de entrar a analizar los requisitos de acceso a aquellas prestaciones que sí aparecen en su cuadro de acción protectora. Siguiendo en este punto la norma general, para causar derecho a las prestaciones se exige que el empleado de hogar se encuentre en alta o situación asimilada al alta y, además, debe estar al corriente del pago de las cuotas (art. 23.1 Decreto 2346/1969).

[1025] SSTCo 209/1987, de 22 de diciembre y 78/1990 de 26 de abril; en la doctrina, QUESADA SEGURA, R.: "Régimen Especial de los Empleados de Hogar", cit., pág. 465.

[1026] STSJ Castilla y León/Burgos 18 febrero 1999 (AS 1999, 628). Lúcido el discurso de ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Apuntes para la reforma del Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Coord.): *Mujer, Trabajo y Seguridad Social. V Xacobeo Laboral*, cit., págs. 1 y ss.

[1027] Sólo el desempleo en el Régimen de Empleadas de Hogar marca diferencias cualitativas, sustanciales en la acción protectora entre regímenes, en *Documento sobre revisión del Pacto de Toledo*, 2010.

Ahora bien, es necesario recordar la particularidad existente en este Régimen en cuanto a los obligados a cotizar. Así, cuando, estando de alta el empleado de hogar, la falta de cotización se deba al incumplimiento del empresario, la Entidad Gestora deberá anticipar la prestación, en virtud del principio de automaticidad de las prestaciones, sin perjuicio de repetir luego contra aquél por la responsabilidad que le corresponda.

Cuando sea el propio trabajador doméstico el obligado al ingreso de las cotizaciones, resulta de aplicación el régimen de invitación previsto en la disposición adicional 39ª LGSS, de modo similar a cuanto sucede con los trabajadores autónomos, de modo tal que, siempre que se tenga cubierto el período de carencia exigido para la prestación de que se trate, si el trabajador, por indicación de la Entidad Gestora, ingresa las cuotas adeudadas dentro del plazo señalado, se le considerará al corriente de pago, quedando en condiciones de acceder a la prestación (art. 28.2 Decreto 2530/1970)[1028].

Por otra parte, no se aplica el régimen de integración de lagunas (disposición adicional 8ª.2 LGSS), de moda tal que, si en el período que ha de tomarse como referencia para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de Incapacidad permanente y jubilación aparecen meses durante los cuales no hubo obligación de cotizar, tales meses se computarán por importe cero. Sí se aplica, en cambio, la conocida como doctrina del paréntesis, que no tiene en cuenta los períodos sin cotización para el cálculo de la prestación, siempre que se trate de trabajadores en alta sin obligación de cotizar[1029].

En fin, a efectos de cubrir los períodos de carencia exigidos para causar derecho a determinadas prestaciones, se habrán de tomar en consideración las cotizaciones correspondientes a las pagas extraordinarias (al menos las posteriores al 1 de enero de 1986, fecha en la que el RD 1424/1985 establece el derecho de este colectivo a dos pagas extraordinarias[1030]), así como las efectuadas al extinto Montepío Nacional de Servicio Doméstico[1031].

No se computan, sin embargo, a efectos de la cobertura de los periodos de carencia exigidos, las cuotas abonadas correspondientes a períodos anteriores a la fecha en que sea efectiva la afiliación o el alta (art. 23.2 Decreto 2346/1969), y, de los ingresos fuera de plazo pero estando en alta el trabajador, sólo los que correspondan al período inmediatamente anterior a la fecha de pago y con un máximo de seis mensualidades (art. 23.3 Decreto 2346/1969).

Como regla general, las cotizaciones que el trabajador tenga en los distintos Regímenes de la Seguridad Social se totalizan a efectos de completar los períodos de carencia necesarios para adquirir o mantener las distintas prestaciones (art. 26.1 RD 2346/1969). Ahora bien, las prestaciones de incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia, se reconocerán por la Entidad Gestora en el Régimen donde el trabajador estuviera cotizando al tiempo de solicitar la prestación, y teniendo en cuenta en exclusiva las cotizaciones efectuadas a dicho Régimen. Si éstas resultaran insuficientes, se causará el derecho conforme a las cotizaciones exclusivas efectuadas en otro Régimen de la Seguridad Social. En fin, de no reunir de manera aislada el período de carencia exigido en

[1028] DEL VAL ARNAL, A.L.: "El Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", cit., pág. 53.
[1029] STS 22 marzo 2007 (AS 2007, 5188).
[1030] STS 14 marzo 2000 (AS 2000, 2854).
[1031] STS 29 marzo 2007 (AS 2007, 3419).

ninguno de ellos, podrán sumarse las cotizaciones efectuadas a todas ellos, siendo otorgada la prestación por aquel en el que se acrediten más meses cotizados (art. 26.2 RD 2346/1969).

Para lucrar el derecho al resto de prestaciones, es posible cubrir el período de carencia requerido totalizando los períodos de cotización a los distintos regímenes de Seguridad Social, otorgándose la prestación por el Régimen en el cual el trabajador se encuentre en alta cuando se produzca el hecho causante y siempre que tuviera derecho a ella conforme a sus normas propias (art. 26.4 RD 2446/1969)[1032].

1.- Incapacidad temporal

Esta prestación (básica en cualquier modelo de protección social, en tanto trata de atender al más elemental riesgo de padecer cualquier enfermedad transitoria que prive al sujeto beneficiario de la facultad de allegar los recursos económicos necesarios) no se comenzará a percibir en el Régimen Especial de Empleados de Hogar sino hasta el vigésimo noveno día, contado desde la fecha del inicio de la enfermedad o desde que se produjo el accidente común, y ello, se insiste, aun cuando la causa última de la dolencia sea el trabajo desempeñado (art. 30 Decreto 2346/11969).

Semejante desigualdad, rayana con la arbitrariedad --cuando no con la discriminación--, ha sido duramente criticada por la doctrina, al ser considerada contraria a los convenios de la OIT núm. 130 y 102[1033] y al Convenio Europeo de Seguridad Social[1034]. La medida tendría como intención evitar cargar al empleador (quien, no se olvide, no deja de ser un particular) con el mayor coste derivado de tener que hacer frente al importe de la prestación, habida cuenta en el Régimen General el derecho a percibirla nace a partir del cuarto día, y será el empresario quien, entre los días 4º al 15º de baja --ambos inclusive--, haya de hacerse cargo, no siendo responsable el INSS de su abono sino a partir del día 16º.

Hasta aquí las cosas podrían incluso ser consideradas razonables; lo auténticamente descabellado reside en el trato distinto proporcionado a los empleados de hogar frente al resto de trabajadores por cuenta ajena durante el período que va desde el día 16º al 28º de la baja por enfermedad, el cual se antoja difícilmente compatible con el principio constitucional de igualdad y no discriminación y priva al trabajador de toda protección durante un período verdaderamente extenso[1035].

Frente a la solución normativa adoptada hasta la fecha, más conveniente resultaría, si en verdad se pretende no hacer descargar todo el peso en el empleador, diseñar una respuesta *ad hoc* para este supuesto, similar, por ejemplo, a la ofrecida para los autónomos o bien su igualación con el General, en la línea de lo defendido en el apartado V.4 del

[1032] DEL VAL ARNAL, A.L.: "El Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", cit., pág. 53.
[1033] Al respecto, FARGAS FERNÁNDEZ, J.: "La prestación por Incapacidad Temporal de los Empleados de Hogar: ni legal ni constitucional", *RL*, núm. 2, 1998, págs. 1429 y ss.
[1034] BLASCO LAHOZ, J.F. *et alii*: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, cit., pág. 304.
[1035] LUJÁN ALCARAZ, J.: *El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar*, cit., pág. 110.

Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social de 13 de julio de 2006, con las oportunas rebajas transitorias en las obligaciones del empleador[1036].

Por otro lado, la cuantía de la prestación alcanza el 75% de la base reguladora del mes anterior, regulación que podría parecer aséptica pero que, dada la uniformidad de las bases de cotización y su escasa cuantía, hacen que la protección real percibida por el trabajador sea ciertamente mínima.

Procede recordar cómo durante las situaciones de incapacidad temporal subsiste la obligación de cotizar, siendo responsable en este caso el trabajador durante todo el período de permanencia en dicha situación, salvo en el mes inicial (art. 46.3 Decreto 2064/1995). También corresponde al trabajador beneficiario remitir a la Entidad Gestora la copia de los partes médicos de baja, confirmación de baja y alta, utilizando la copia destinada al empresario, en el plazo máximo de cinco días desde su expedición. Ciertamente, demasiadas obligaciones formales hace recaer el legislador sobre quien no deja de ser un trabajador que presta unos servicios básicos; nuevo dislate que, una vez más, fomenta la huída de tan abrumadora sarta de deberes formales y aboca a la economía sumergida como refugio nada deseable[1037].

2.- Incapacidad permanente

La prestación por incapacidad permanente[1038], incluida la total cualificada[1039], es diseñada con idéntica extensión a la prevista en el Régimen General en cuanto a períodos mínimos de cotización y cuantía (con la ya tantas veces mencionada peculiaridad de que una base de cotización baja provocará una prestación escasa).

Como peculiaridades destacables, procede aludir, por un lado, a que no resulta posible la integración de lagunas[1040]; por otro, a que si la incapacidad permanente deriva de accidente no se exige ningún período previo de cotización (disposición adicional Decreto 2319/1993); en fin, a cómo es necesario acreditar un período mínimo de cotización para causar derecho a la incapacidad permanente parcial de 60 meses dentro de los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante (art. 31 RD. 2.346/1969 y disposición adicional 8ª LGSS en relación con el artículo 138.2. párrafo 2º LGSS).

Sin embargo, los Tribunales aumentan las diferencias. Parecen reticentes a admitir la incapacidad permanente total con el fundamento de que "el trabajo doméstico se caracteriza por la realización de esfuerzos de tipo medio, pero no esfuerzos notables"[1041], minusvalorando, de forma totalmente discrecional, esta labor[1042].

[1036] ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Apuntes para la reforma del Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", cit., págs. 1 y ss.
[1037] DEL VAL ARNAL, A.L.: "El Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", cit., pág. 54.
[1038] El art. 31 Decreto 2346/1969 exige un período mínimo de cotización computable de sesenta mensualidades durante los últimos diez años, el cual viene a equivaler al requerido en el Régimen General de 1800 días en los 10 años anteriores.
[1039] STSJ Andalucía/Málaga 6 marzo 2003 (JUR 2003, 158042).
[1040] SSTSJ Andalucía/Málaga 11 marzo 1999 (AS 1999, 5971).
[1041] STSJ País Vasco 7 febrero 2006 (AS 2006, 1377).
[1042] QUESADA SEGURA, R.: "Régimen Especial de los Empleados de Hogar", cit., pág. 460.

Las diferencias *supra* reseñadas carecen de explicación plausible, sin razones sociales suficientes para mantenerse como especialidades cuando el sistema de cotizaciones sea igual al General, procederá entonces la integración de lagunas hasta la base mínima cuando por cualquier causa no exista la obligación de cotizar[1043].

3.- Jubilación

En cuanto hace a la protección por vejez, los trabajadores afiliados a este Régimen deben cumplir, en principio, las mismas condiciones que las establecidas en el General, pero, en la práctica, se produce un trato desigual, de nuevo, cada vez menos justificado frente al Régimen General y algunos Especiales, pues, en primer lugar, a los empleados domésticos no se les aplicará la doctrina del paréntesis[1044]; en segundo, la cuantía, a la luz de las bases de cotización únicas empleadas y a los descubiertos ficticios generados por las reglas de alta y cotización, será irrisoria[1045].

Además de ello, una regulación legal caótica hasta el extremo, priva a este colectivo de una serie de ventajas en el acceso a la prestación de jubilación que merma de manera significativa sus posibilidades de protección social; así, de un lado, no cuentan con la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada[1046] ni a la prevista en el Mutualismo Laboral, o a la contemplada en el RDLey 16/2001 y Ley 35/2002; de igual manera, y aun cuando no les esté expresamente vedado, les resulta virtualmente imposible el acceso a la jubilación parcial[1047] y tampoco accederán a los beneficios derivados del retraso en la edad de jubilación más allá de los 65 años[1048].

Carece de sentido privar a estas personas de la jubilación parcial, de la anticipada y sólo en determinados supuestos, de la flexible[1049], siempre y cuando cumplan los requisitos exigidos para acceder a las mismas, de acuerdo con las reformas pretendidas en la cotización a tiempo parcial (en la actualidad deviene imposible por el propio diseño de la cotización en el Especial); o bien a la prolongación de la prestación de servicios más allá de los 65 años con las bonificaciones contempladas por el legislador.

4.- Prestación económica por profesión religiosa

Una prestación singular de este Régimen Especial aparece contemplada en el art. 36 del tantas veces mencionado Decreto regulador de 1969; así, los empleados de hogar que profesen la religión católica tienen derecho, al hacer votos y por una sola vez, a una prestación económica a tanto alzado de 30,06 €, siempre que se acredite un período mínimo de cotización de 24 meses en los cinco años anteriores al hecho causante.

[1043] SENDÍN BLÁZQUEZ, A.: *El Régimen Especial de Seguridad Social de Empleados de Hogar: Cuestiones sobre su integración en el Régimen General de la misma*, www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/100593.pdf.
[1044] STS 10 febrero 2009 (AS 2009, 1444).
[1045] ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Apuntes para la reforma del Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", cit., págs. 1 y ss.
[1046] STS 29 mazo 2007 (RJ 2007, 3419).
[1047] No es aplicable la jubilación parcial desarrollada en el RD 1131/2002 al no preverse la cotización a tiempo parcial en este Régimen, BLASCO LAHOZ, J.F. *et alii: Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, cit., págs. 307-308.
[1048] BLASCO LAHOZ, J.F. *et alii*: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, cit., pág. 307.
[1049] GARCÍA VIÑA, J.: "¿Cómo ha de ser la regulación futura de los empleados domésticos?", *TS*, núm. 207, 2008, pág. 79.

Pocas dudas pueden caber acerca de su carácter anacrónico, que hace imposible mantener su justificación actual, con una cuantía obsoleta y ridícula, y un enunciado rancio que vulnera claramente los principios constitucionales de igualdad y no discriminación consagrados en el art. 14 de la Constitución[1050].

Para salvar tal ridículo y dotar de apariencia de legalidad a cuanto no deja de ser un verdadero esperpento, la Resolución de la DGSS de 24 de octubre de 1984 advierte que la prestación debe reconocerse a toda persona que se encuentre en la situación de hecho descrita aunque se profese otra religión[1051]. En verdad, lo que el legislador debería hacer -- más pronto que tarde-- es eliminar una prestación ridícula e innecesaria, que ofende a las más elementales normas de sentido común.

5.- Muerte y supervivencia

Las prestaciones de muerte y supervivencia (auxilio por defunción, pensión de viudedad y orfandad y a favor de familiares) se reconocen en los mismos términos que en el Régimen General de la Seguridad Social (art. 33.1 Decreto 2346/1969 y disposición adicional 8ª LGSS), tanto en lo relativo a los períodos de carencia necesarios, como en lo tocante al cálculo de las prestaciones (disposición adicional 11ª RD 2319/1993), con la peculiaridad ya mencionada de que las cuantías van a ser notablemente bajas, debido al peculiar sistema de cotización existente en este Régimen Especial.

6.- Prestaciones familiares de maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural

A este Régimen Especial le son de aplicación las variadas modificaciones que ha experimentado el ordenamiento de la Seguridad Social a partir de la LO 3/2007, de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres; tan sólo se exige de manera específica que los sujetos se encuentren al corriente de pago de las cuotas a la Seguridad Social (disposición adicional 11ª bis LGSS), lo que no es sino una redundancia (sin duda debida al peculiar sistema de cotización ya reseñado) de lo previsto con carácter general[1052].

En consecuencia, las prestaciones económicas por maternidad y paternidad son de la misma cuantía y dinámica que las previstas para el Régimen General, si bien su montante final real será bajo por el peculiar sistema de cotización, algo especialmente doloroso en un ámbito de empleo netamente feminizado[1053].

En cuanto a las prestaciones de riesgo durante el embarazo y la lactancia, la dinámica de ambas prestaciones varía, de nuevo, según sea una relación exclusiva con un solo empleador o parcial con varios[1054]. En el primer caso, se conceden en los mismos

---

[1050] VIDA SORIA, J.: "Régimen general y Regímenes especiales en el sistema de la Seguridad Social española", *CCDT*, núm. 3, 1972, pág. 56.
[1051] LUJÁN ALCARAZ, J.: *El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar*, cit., pág. 149.
[1052] DEL VAL ARNAL, A.L.: "El Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", cit., pág. 54.
[1053] ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Apuntes para la reforma del Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", cit., págs. 1 y ss.
[1054] DEL VAL ARNAL, A.L.: "El Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", cit., pág. 55.

términos que en el Régimen General (disposición adicional 8.3 LGSS) para quienes presten sus servicios para un hogar con carácter exclusivo (art. 32.1 RD 295/2009).

Sin embargo, su reconocimiento puede plantear problemas[1055], pues, de acuerdo con el art. 134 LGSS la situación a proteger es el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el art. 26.3 y 4 LPRL, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, pero la LPRL no es de aplicación a esta relación especial, por lo que sería menester acudir a una interpretación analógica para evitar que la solución sea completamente ajena a la intención del legislador[1056]. La declaración la hará el responsable del hogar familiar sobre la inexistencia de puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora [art. 39.4.b) RD 295/2009].

En el segundo, su regulación se asimila a la de los trabajadores por cuenta propia y a las dificultades anteriores se suman los inconvenientes padecidos por las autónomas: la obligación de estar al corriente en el pago de las cotizaciones (sin perjuicio de ser invitadas al pago --art. 41.2 RD 295/2009--) y la de aportar, por parte de la trabajadora, una declaración sobre la actividad desarrollada, así como sobre la inexistencia de un trabajo o función compatible con su estado que pueda llevar a cabo (arts. 41 y 47.4 RD 295/2009).

Las dificultades son patentes en la práctica a la hora de demostrar el hecho causante o instar la suspensión por la propia embarazada o madre reciente, ante el riesgo de ver extinguido su contrato de trabajo por tal motivo (sin causa a efectos formales) mayor si cabe cuando presta servicios para varios hogares.

VI.- Incompatibilidades

Las pensiones reconocidas en este Régimen Especial a sus beneficiarios empleados de hogar resultan incompatibles entre sí, a no ser que expresamente se disponga lo contrario legal o reglamentariamente, de modo tal que si un concreto sujeto tuviera derecho a dos o más pensiones de este Régimen deberá decantarse y optar por una de ellas (art. 27 Decreto 2346/1969).

Nada se opone, en cambio, a que un mismo empleado pueda resultar beneficiario de más de una pensión por haber cotizado en distintos Regímenes de la Seguridad Social, siempre y cuando, eso sí, dichos períodos de cotización no se hayan utilizado para totalizar el período de carencia necesario para lucrar la pensión en otro Régimen de la Seguridad Social y teniendo en cuenta además que el importe máximo a percibir vendrá limitado cada año en la Ley de Presupuestos Generales del Estado[1057].

VII.- Conclusiones

Una vez analizada la regulación jurídica de este Régimen Especial de la Seguridad Social de empleados de hogar --y vistas sus principales deficiencias e

[1055] GARCÍA VIÑA, J.: "¿Cómo ha de ser la regulación futura de los empleados domésticos?", cit., pág. 79.
[1056] AA.VV.: *Factbook Seguridad Social*, Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2009, pág. 922.
[1057] DEL VAL ARNAL, A.L.: "El Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", cit., pág. 55.

incongruencias--, ha llegado el momento de efectuar unas conclusiones que no pueden sino corroborar algunas de las ideas que ya han sido puestas de manifiesto a lo largo del discurso.

En primer lugar, resulta preciso poner de manifiesto que el déficit en la protección social que el ordenamiento jurídico dispensa a este colectivo resulta a todas luces intolerable, por más que el máximo intérprete de la *norma normarum* no lo haya encontrado contrario al principio de igualdad[1058] y supone, si bien se mira, una suerte de discriminación indirecta, en tanto la mayor parte de quienes lo ejercen son mujeres y, además, inmigrantes, lo que refuerza su situación de debilidad y perjudica notablemente su carrera de seguro[1059].

Las deficiencias de protección son especialmente evidentes a la vista de la ausencia de una verdadera contingencia profesional y por la opción legislativa de diseñar un modelo uniforme y escaso de cotización, que deriva en un montante prestacional insuficiente con independencia de cuáles sean los salarios reales de los trabajadores.

Este Régimen Especial de Empleados de Hogar tenía justificación mientras la relación de servicios era de naturaleza civil, por permitir una vía de acceso a la protección social pública, pero hoy, cuando ha quedado claro que quienes ejercen esta actividad son verdaderos trabajadores, ha perdido total y completamente su razón de ser[1060].

La articulación del Sistema en un Régimen General y diversos Regímenes Especiales ha quedado sustentada en las peculiaridades socio-económicas, laborales y productivas existentes en determinados sectores, pero la legislación posterior tiende a conseguir la máxima homogeneidad con el Régimen General que permitan las disponibilidades financieras[1061].

Actualmente nada fundamenta el mantenimiento de esta modalidad; antes al contrario, debería quedar integrada en el General (quizá manteniendo algunas particularidades como las que se han ido mencionando a lo largo del trabajo, derivadas de la necesaria adaptación a la relación laboral especial en la que encuentra origen[1062]), aun cuando no falta quien, para evitar virajes traumáticos, plantee como alternativa razonable una reforma en profundidad del modelo vigente que sirva, en todo caso, para

---

[1058] SSTCo 268/1993, de 20 de septiembre, o 38/1995, de 13 de febrero.

[1059] ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Apuntes para la reforma del Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Coord.): *Mujer, Trabajo y Seguridad Social. V Xacobeo Laboral*, cit., págs. 1 y ss. En igual sentido, CÁMARA BOTÍA, A.: "Sobre las desigualdades existentes entre los distintos regímenes que integran la Seguridad Social. A propósito del Régimen Especial del Servicio Doméstico", en AA.VV. (ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A., Dirs.): *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, cit., págs. 627 y ss.

[1060] DEL VAL ARNAL, A.L.: "El Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", cit., pág. 55.

[1061] STCo 268/1993, de 20 de septiembre.

[1062] ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Apuntes para la reforma del Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Coord.): *Mujer, Trabajo y Seguridad Social. V Xacobeo Laboral*, cit., págs. 1 y ss.

elevar el nivel de protección social del colectivo hasta acercarlo significativamente al previsto en el Régimen General[1063].

Es posible afirmar que muchas de las diferencias encontradas entre el Régimen Especial analizado y el General de la Seguridad Social --tales como la fecha del devengo de la prestación de incapacidad temporal, la no integración de lagunas, la inexistencia de la protección por desempleo y de contingencias profesionales o las modalidades de jubilación parcial y anticipada[1064]--, respondieron a criterios técnico-económicos y se justificaron por una menor contribución al Sistema, pero carece de justificación mantener un modelo semejante en los tiempos actuales, tanto por el mayor volumen de personas que ejercen esta actividad, como por la necesidad de ajustar los aspectos económicos (tanto lo que se aporta al sistema vía cotización, como lo que se recibe de él vía prestación) a las condiciones normales del resto de trabajadores, sin permitir que se perpetúe una intolerable consideración como "trabajo de segunda".

Las conclusiones ahora efectuadas siguen la línea trazada por la Recomendación 6ª del Pacto de Toledo, que propugna la ordenación de dos únicos Regímenes, uno para los trabajadores por cuenta ajena y otro para los autónomos; sin duda, las diferencias que presenta la prestación de servicios en el hogar familiar no impedirían en modo alguno su debida integración en el Régimen General y, al tiempo, esto permitiría una mejora en la aportación al sistema y en la protección social necesaria para estos trabajadores[1065].

Las reformas apuntadas redundarán, sobre todo, en beneficio de quienes mayoritariamente lo integran, mujeres, de conformidad con lo previsto también por la Revisión del Pacto de Toledo en 2010: "estas reformas legales deben seguir desarrollando los criterios del Pacto de Toledo en orden a la convergencia de regímenes, con la integración del Régimen Especial de Empleadas de Hogar en el Régimen General, un aspecto que no sólo tiene una dimensión prestacional o de reconocimiento de derechos, sino que es importante en la configuración de un mercado de trabajo eficiente, que no pone barreras artificiales a la movilidad funcional por diferencias de encuadramiento o de prestaciones".

VIII.- Bibliografía

ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Apuntes para la reforma del Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Coord.): *Mujer, Trabajo y Seguridad Social. V Xacobeo Laboral*, Madrid (La Ley), 2010.

BADIOLA SÁNCHEZ, A. y LANTARÓN BARQUÍN, D.: "Regímenes especiales de empleados de hogar y estudiantes", en AA.VV. (DE LA VILLA GIL, L.E., Dir.): *Derecho de la Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2006.

[1063] DEL VAL ARNAL, A.L.: "El Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", cit., pág. 55.

[1064] LUJÁN ALCARAZ, J.: *El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar*, cit., págs. 152-153 o LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *Los trabajadores al servicio del hogar familiar. Aspectos laborales y de Seguridad Social. Propuestas de reforma*, cit., págs. 54 y ss.

[1065] ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Apuntes para la reforma del Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Coord.): *Mujer, Trabajo y Seguridad Social. V Xacobeo Laboral*, cit., págs. 1 y ss.

BLASCO LAHOZ, J.F. *et alii*: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010.

CÁMARA BOTÍA, A.: "Sobre las desigualdades existentes entre los distintos Regímenes que integran la Seguridad Social. A propósito del Régimen Especial del Servicio Doméstico", en AA.VV. (ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A., Dirs.): *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Madrid (Civitas), 1994.

CUBAS MORALES, A.: "Anotaciones para la necesaria reforma del Régimen Especial de los empleados de hogar", *TS*, núm. 42, 1994.

DEL VAL TENA, A.L.: "El Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar", *TS*, núm. 207, 2008.

FARGAS FERNÁNDEZ, J.: "La prestación por Incapacidad Temporal de los Empleados de Hogar: ni legal ni constitucional", *RL*, núm. 2, 1998.

GALA VALLEJO, C.: *El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar*, Madrid (Ministerio de Trabajo), 1991.

GARCÍA NINET, I.: "La regulación del trabajo familiar y su incidencia en el ámbito de la Seguridad Social. Especial referencia al Régimen Especial de Empleados de Hogar", *TS*, núm. 6, 1991.

GARCÍA VIÑA, J.: "¿Cómo ha de ser la regulación futura de los empleados domésticos?", *TS*, núm. 207, 2008.

GETE CASTRILLO, P.: "Extranjeros contratados para el servicio doméstico: algunas cuestiones contractuales y de Seguridad Social", *RL*, T. II, 2000.

LÓPEZ CUMBRE, L.: "La relación especial del servicio del hogar familiar", *REDT*, núm. 100, 2000.

LÓPEZ GANDÍA, J.: "La convergencia entre regímenes de Seguridad Social", *TL*, num. 81, 2005.

LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *Los trabajadores al servicio del hogar familiar. Aspectos laborales y de Seguridad Social. Propuestas de reforma*, Albacete (Bomarzo) 2006.

LUJÁN ALCARAZ, J.: *El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar*, Pamplona (Aranzadi), 2000.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: "Sobre el derecho de los empleados de hogar familiar a la no discriminación por razón de parentesco en la afiliación al sistema de Seguridad Social", *REDT*, núm. 53, 1992.

PIETERS, D.: "¿Cómo conseguir una protección social adecuada de los empleados domésticos?", *TS*, núm. 207, 2008.

QUESADA SEGURA, R.: “Régimen Especial de los Empleados de Hogar”, en AA.VV.: *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras: homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada (Comares) 2008.

SALAS MÉNDEZ, P.: **“**¿Puede una resolución administrativa excluir a los empleados de hogar a tiempo parcial del Régimen Especial de la seguridad social del servicio doméstico?”, *AS*, núm. 20, 2002.

SENDÍN BLÁZQUEZ, A.: *El Régimen Especial de Seguridad Social de Empleados de Hogar: Cuestiones sobre su integración en el Régimen General de la misma*, www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/100593.pdf.

VIDA SORIA, J.: “Régimen general y Regímenes especiales en el sistema de la Seguridad Social española”, *CCDT*, núm. 3, 1972.

CAPÍTULO IX.- RÉGIMEN ESPECIAL DE ESTUDIANTES: EL SEGURO ESCOLAR

Beatriz Agra Viforcos
TU Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

SUMARIO: I.- Introducción. Caracterización general del Seguro Escolar. II.- Ámbito de aplicación y requisitos. III.- Actos de encuadramiento, cotización y recaudación. IV.- Riesgos cubiertos y prestaciones. 1.- Accidente escolar. 1.1.- Asistencia médica y farmacéutica. 1.2.- Indemnizaciones y pensiones por incapacidad. 1.3.- Indemnizaciones por fallecimiento. 2.- Infortunio familiar. 3.- Enfermedad. 3.1.- Asistencia médica. 3.2.- Prestaciones farmacéuticas. 3.3.- Indemnización por gastos de sepelio. 4.- Prestaciones complementarias. V.- Incompatibilidades. VI.- Gestión, solicitudes, reconocimiento y pago. VII.- Propuestas de mejora. VIII.- Bibliografía

I.- Introducción. Caracterización general del Seguro Escolar

Los estudiantes, pese a no "reunir la suficiente dosis de profesionalidad como para ingresar en el campo de aplicación de un modelo contributivo", vieron hace mucho tiempo reconocido su acceso al sistema de previsión social mediante un seguro específico; de hecho, gozaron de tal beneficio "antes que otros sujetos que, en principio, lo requerían y demandaban con mayor intensidad", como es el caso de los autónomos[1066].

En la regulación vigente, "el art. 7.1 d) LGSS, al definir el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social, incluye en su ámbito a los estudiantes, precisando en el apartado f) del art. 10 del mismo texto legal, que el de estudiantes es uno de los regímenes especiales del sistema", siendo su normativa rectora la contenida en la Ley de 17 de julio de 1953 y la OM de 11 de agosto de 1953, por la que se aprobaron los Estatutos de la Mutualidad del Seguro Escolar[1067], las cuales, a decir de algunos, configuran "más un sistema de asistencia social que de Seguridad Social en sentido estricto"[1068].

El Seguro Escolar es, en su diseño actual, un seguro obligatorio cuyo importe es abonado conjuntamente con la matrícula, aunque en un concepto separado para que, posteriormente, el centro educativo transfiera a la Seguridad Social la cantidad global ingresada junto con la lista nominal de alumnos que lo han satisfecho. Protege a los estudiantes menores de 28 años, desde 3º de la ESO[1069] hasta el tercer ciclo

---

[1066] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social*, Cizur Menor (Aranzadi), 2006, pág. 118.

[1067] SSTSJ País Vasco 29 junio 1999 (AS 1999, 2251) o 24 mayo 2005 (AS 2005, 2078) [esta última comentada por LÓPEZ SEGURA, N.: "El seguro escolar: comentario a la STSJ País Vasco de 24 de mayo de 2005 (AS 2005, 2078)", *AS*, núm. 3, 2005, págs. 2484-2489]. Tales normas fueron calificadas de incompletas ya al poco de su aprobación; así, en NOFUENTES G. MONTORO, M.: "La prestación por enfermedad y accidente en el seguro escolar (Directrices de interpretación y posible mejora del régimen legal vigente)", *Cuadernos de Política Social*, núm. 24, 1954, pág. 95.

[1068] CABEZAS ESTEBAN, J.L.: "Reflexiones sobre el Seguro Escolar", *REDT*, núm. 37, 1989, pág. 44.

[1069] Queda fuera la escolarización obligatoria (excepción hecha de 3º y 4º de la ESO), en tanto "en esa primera etapa vital las necesidades del estudiante deben estar cubiertas, incluso como obligación legal, por su familia, sus progenitores esencialmente, que, en su caso, podrían recibir ayudas del Sistema de

universitario, contra el accidente escolar, la enfermedad o el infortunio familiar, otorgando prestaciones médicas, farmacéuticas y económicas, según el caso, cuyo beneficiario es el propio estudiante o, en las indemnizaciones por muerte derivada de accidente o enfermedad, sus familiares.

Este Régimen "es especial y ha sido catalogado como exorbitante en el Sistema, porque el estudiante no ejerce trabajo alguno en sentido económico, sino en sentido muy amplio: se trata de una ficción"[1070], por más que se reconozca un esfuerzo intelectual, constitutivo de una tarea estimable, preparatoria para otra posterior y portadora de una evidente función social[1071]. Sea como fuere, sus "peculiares características hacen que exija una normativa propia, la que como tal no puede ser de interpretación extensiva"[1072], dado su "carácter residual"[1073].

La justificación de su existencia puede resultar dudosa hoy, aun cuando desde el punto de vista histórico el reconocimiento de esta protección significó un importante avance. Ya el precedente dado por la Ley francesa de 23 de septiembre de 1948[1074] asumía como motivos fundamentales de su propia razón de ser el estado de salud de los estudiantes y la amenaza dada por el incremento en la incidencia de la tuberculosis, el descenso del nivel de vida del colectivo[1075], la necesidad de incluir en el seno tutelar de la Seguridad Social a toda la población en situación de necesidad, la trascendencia de los discentes en la vida del país y la democratización de la Universidad[1076]. Así las cosas, la extensión de la protección social a quienes no son ni trabajadores, ni productores, se ampara en la visión global de un Sistema en expansión que pretende acoger a toda la población, en general, y a los más débiles y necesitados, en particular[1077].

Por consiguiente, cuando el Seguro Escolar surgió en España en el año 1953 cumplió una misión ciertamente importante, pues subsanó la ausencia de cobertura de

---

Seguridad Social mediante las correspondientes prestaciones familiares", RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social*, cit., pág. 119.

[1070] STSJ Comunidad Valenciana 6 abril 2004 (JUR 2005, 11863). "El concepto de profesionalidad que maneja el Sistema de Seguridad Social como vía para la inclusión en su campo de aplicación es cada vez más amplio, y en esa expansión se han calificado como profesionales algunas actividades que en puridad no lo son. En concreto, ciertas actividades de preparación para una futura incorporación al mercado de trabajo, para el posterior desarrollo de una actividades profesional en definitiva", RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social*, cit., pág. 118.

[1071] DE LA LAMA RIBERA, L.J.: "El accidente por el estudio en el Seguro Escolar", *RPS*, núm. 28, 1955, pág. 43.

[1072] STSJ Comunidad Valenciana 6 abril 2004 (JUR 2005, 11863).

[1073] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social*, cit., pág. 122.

[1074] Objeto de minucioso estudio por RIBAS, J.J.: *La Securité Sociale des Etudiants*, París, 1949. Sobre los antecedentes existentes en el ámbito interno, SORIANO GARCÉS, V.: "El Seguro Escolar. Seguridad Social de los estudiantes", *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, núm. 2, 1978, págs. 390-391.

[1075] Lamentable situación presente también en la España de los años 50, tal y como se confirma en la encuesta a estudiantes universitarios de Madrid (que, por desgracia, no incluyó la cuestión sobre la necesidad y el modo de incorporar al alumnado en el ámbito de los seguros sociales) cuyos resultados se recogen en FRAGA Y TENA, M.: "Una encuesta a los estudiantes universitarios", *Revista Internacional de Sociología*, núms. 28, 29 y 30, 1950.

[1076] FAGOAGA, M.: "Los estudiantes y la Seguridad Social", *RPS*, núm. 9, 1951, pág. 51.

[1077] NOFUENTES G. MONTORO, M.: "El régimen francés de previsión social del estudiante y su comparación con el proyecto español", *RPS*, núm. 17, 1953, págs. 85-86.

los estudiantes ante la falta de universalidad del sistema[1078], otorgando protección a "jóvenes sin ingresos personales y muy alejados del mundo laboral"[1079]. Sin embargo, con el devenir del tiempo, ha quedado convertido en un reducto altamente desfasado, cuya principal utilidad viene dada por el hecho de cubrir ciertas contingencias no amparadas por la Seguridad Social y otorgar, respecto a otras, mejores prestaciones: entre las primeras, los problemas neuropsiquiátricos de los estudiantes (ansiedad, depresiones, anorexia, bulimia…) y el infortunio familiar; entre las segundas, ciertas prestaciones sanitarias y farmacéuticas[1080].

Los inconvenientes siguen siendo, empero, numerosos: las indemnizaciones otorgadas resultan ridículas, al punto de perder efectividad por ser muchos los que, teniendo derecho a ellas, renuncian a reclamarlas; existe gran confusión entre las prestaciones de la sanidad universal y las del Seguro Escolar y falta información sobre centros concertados, provocando importantes problemas jurídicos en la aplicación práctica de la protección; muchas prestaciones son graciables y, de *facto*, no son solicitadas (fisioterapia, quimioterapia, radioterapia, cobaltoterapia, radiumterapia o cirugía máxilo-facial…). Junto a estos rasgos, y precisamente debido a ellos, "si no se modifica la legislación, una posibilidad es que, con la transferencia del Seguro Escolar a las Comunidades Autónomas que lo requieran, acabe deglutido por la sanidad pública y resuelto a favor de la misma, despojándolo de las características de la elección de centros médicos y del tratamiento especializado de enfermedades propias de los estudiantes. En todo caso, se conservarían las prestaciones económicas, que como se ha dicho son simbólicas"[1081].

A la luz de lo expuesto, y recogiendo el tenor de la más autorizada doctrina, procede apuntar cómo, en una primera aproximación, es posible reseñar tres rasgos caracterizadores de este peculiar Régimen Especial de Seguridad Social[1082]:

1.- En el plano de la técnica de regulación normativa, ha de llamarse la atención sobre la "obsolescencia técnica y normativa de una regulación que se remonta a un momento puramente embrionario del Sistema de Seguridad Social y a una organización de la Educación Superior muy diferente a la actual".

2.- En el aspecto cuantitativo "o de imperativos de un nivel mínimo o suficiente de cobertura, presenta hoy un carácter extremadamente residual".

3.- A nivel conceptual, "una nota particularmente relevante es el criterio tan singular que determina su especialidad".

[1078] SORIANO GARCÉS, V.: "El seguro escolar. Seguridad Social de los estudiantes", cit., págs. 384-389.
[1079] STSJ Madrid 8 noviembre 2001 (AS 2002, 587).
[1080] CARMENA, Mª.J.; GONZALO, J.A. y MIRÓ, J.: "Seguro escolar: descripción, funcionamiento y problemas", ponencia de la Mesa 2 (El seguro escolar) del X Encuentro Estatal de Defensores Universitarios, celebrado los días 24-26 de octubre en Madrid en 2007.
[1081] CARMENA, Mª.J.; GONZALO, J.A. y MIRÓ, J.: "Seguro escolar: descripción, funcionamiento y problemas", cit.
[1082] VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, 5ª ed., Madrid (Tecnos), 2009, pág. 554.

CARACTERIZACIÓN GENERAL DEL SEGURO ESCOLAR	
OBJETO	Protege a estudiantes menores de 28 años que cursen estudios oficiales desde 3º de ESO hasta el fin del tercer ciclo universitario, mediante prestaciones sanitarias y económicas en caso de enfermedad, accidente escolar e infortunio familiar.
CAUSANTES	El estudiante.
PRESTACIONES	Accidente escolar: asistencia médica y farmacéutica, indemnizaciones económicas por incapacidad y gastos de sepelio.
	Enfermedad: asistencia médica y farmacéutica y gastos de sepelio.
	Infortunio familiar: prestación económica por fallecimiento del cabeza de familia o ruina familiar.
BENEFICIARIOS	El estudiante, excepto en las indemnizaciones por fallecimiento debido a accidente o enfermedad, en que serán los familiares.
REQUISITOS	Tener menos de 28 años.
	Ser español o extranjero con residencia legal en España.
	Estar matriculado en los estudios comprendidos en el seguro y haber abonado la cuota.
	Acreditar un año de seguro. No se exige para las prestaciones derivadas de accidente escolar, infortunio familiar y tocología, ni a los estudiantes que el año anterior hayan cursado 2º de ESO, educación especial o hayan continuado sus estudios en el extranjero.
CUANTÍA	Depende de la prestación.
PAGOS	Directo en la entidad financiera que tenga asignada la Dirección Provincial del INSS o por transferencia en la elegida en la solicitud.
DURACIÓN	Depende de de la prestación
PLAZOS	Para solicitar las prestaciones derivadas de accidente escolar un año.
	Para solicitar gastos de sepelio, infortunio familiar y otras prestaciones económicas cinco años.
	El reconocimiento o denegación de las prestaciones del Seguro Escolar se resolverán y notificarán en un plazo máximo de 90 días.
CONCESIÓN O DENEGACIÓN	El Director del INSS dictará resolución concediendo o denegando la prestación solicitada.
IMPRESOS	Solicitud de prestación del seguro escolar.
DOCUMENTACIÓN	DNI o Libro de Familia. Documento acreditativo de la identidad, para los extranjeros.
	Estudiantes no universitarios: certificado del centro de estudios.
	Estudiantes universitarios: resguardo del impreso de matrícula.
	Documentación específica para cada prestación
DÓNDE TRAMITARLO	Centros de Atención e Información de la Seguridad Social.
ENTIDAD COMPETENTE	El reconocimiento y pago de las prestaciones es competencia de la Dirección Provincial del INSS donde se haya presentado la solicitud. Para las sanitarias, la de la provincia donde se prestó asistencia.
INCOMPATIBILIDADES	Las prestaciones son incompatibles con otras de idéntico contenido y derivadas de análogo riesgo de que pudieran ser beneficiarios los afiliados dados de alta en otro Régimen de Seguridad Social.

II.- Ámbito de aplicación y requisitos

El ámbito subjetivo de este Régimen Especial se constituye a través de tres parámetros: edad, nacionalidad y grado de estudios[1083].

Quedan incluidos en el ámbito de aplicación del Seguro Escolar los estudiantes españoles (con los matices más adelante expuestos) menores de 28 años[1084] (si bien el seguro cubre, íntegramente, el año en que el beneficiario cumpla dicha edad) que cursen, en España, alguno de los estudios siguientes[1085]:

1) Bachillerato, 3º y 4º de la ESO.

2) Formación Profesional, de segundo grado, grado medio, superior y especial.

3) Curso de Orientación Universitaria y Bachillerato Unificado Polivalente (estudiantes repetidores).

4) Programas de garantía social.

5) En centros integrados.

6) Estudios universitarios de grado medio, superior y de posgrado.

7) De grado superior en conservatorios de música y/o danza.

8) Arte dramático.

9) Teología en los centros superiores de la Iglesia Católica.

[1083] RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social*, cit., pág. 119.

[1084] Planteando dudas sobre la constitucionalidad de esta limitación vinculada a la edad, CABEZAS ESTEBAN, J.L.: "Reflexiones sobre el Seguro Escolar", cit., pág. 44; VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, cit., pág. 555 o RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Régimen Especial de estudiantes", en AA.VV.: *Factbook de Seguridad Social*, 5ª ed., Cizur Menor (Aranzadi), 2008, pág. 761. Defendiendo la constitucionalidad del límite por ser una diferencia de trato justificada, ESTEBAN LEGARRETA, R. y ARQUED SANMARTÍN, A.: "Pluriactividad y encuadramiento subsidiario en los regímenes especiales de la Seguridad Social de los trabajadores agrarios, del mar y de los estudiantes", *AS*, núm. 12, 2001 o RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social*, cit., pág. 122.

[1085] Los colectivos incluidos se han visto incrementados por aluvión a través de una sucesión normativa de la que forman parte, entre otros, el Decreto de 14 de septiembre de 1956, extendiendo el campo de aplicación a los estudiantes de Escuelas Técnicas de Grado Medio (BOE de 13 de octubre); la Orden de 14 de septiembre de 1964, por la que se fijan la cuota y la entrada en vigor de la extensión del Seguro Escolar a los alumnos del Bachillerato Superior General y Laboral y a las Escuelas de Ayudantes Técnicos Sanitarios (BOE de 12 de octubre); el Decreto 2078/1971, de 13 de agosto, por el que se extiende el campo de aplicación del Seguro Escolar a los alumnos que siguen enseñanzas de Formación Profesional (BOE de 18 de septiembre); el RD 270/1990, de 16 de febrero, por el que se incluyen en el Régimen del Seguro Escolar los alumnos que cursen el tercer ciclo de estudios universitarios conducentes al título de doctor (BOE de 2 de marzo); la Resolución de 28 de marzo de 1990, de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social, sobre disfrute de beneficios del Seguro Escolar a los alumnos de Formación Profesional Especial (BOE de 6 de abril); etc. Sobre este proceso, por todos, BADIOLA SÁNCHEZ, A. y LANTARÓN BARQUÍN, D.: "Regímenes Especiales de Empleados de Hogar y Estudiantes", en AA.VV. (DE LA VILLA GIL, L.E., Dir.): *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2004, págs. 809-810.

10) Segundo curso de educación secundaria de personas adultas.

11) Prácticas que formen parte del plan de estudios o sean obligatorias para obtener un título oficial.

12) Programas de formación para la transición a la edad adulta en centros de educación especial.

El art. 2 Ley 17 julio 1953 estableció que el Seguro Escolar sería de aplicación, con carácter obligatorio, a todos los estudiantes españoles que reunieran las condiciones que reglamentariamente fueran establecidas, siendo el Gobierno la instancia competente para extender mediante Decreto el campo de acción del Seguro, de forma tal que, sin esta intervención gubernativa (acaecida respecto a los estudios *supra* listados), no habrá protección[1086]. Así, ocurre, por ejemplo, con los alumnos de Escuelas-Taller y Casas de Oficios y con los de Escuelas de Idiomas, con quienes cursen estudios en Conservatorios Elementales y Profesionales de Música y estudios de primer grado elemental y medio de Danza, con los participantes en talleres de empleo… Los Tribunales son claros a este respecto: "es un hecho indiscutido que la Escuela Oficial de Idiomas no ha sido incluida en el ámbito de cobertura de este Seguro, pues el Gobierno no ha ejercido esta posibilidad reglamentaria; no pudiéndose acudir a la aplicación analógica, pues el hecho de que los estudios que se realicen en las mismas convaliden asignaturas de BUP o FP, no es razón suficiente para la misma y además, estaríamos burlando esa facultad gubernamental"[1087].

Ahora bien, y pese al requisito de nacionalidad española inicialmente apuntado, entran en el ámbito tutelar del Seguro, siempre que cursen en España estudios incluidos en el ámbito de aplicación y cumplan el requisito de edad, los estudiantes nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo (Islandia, Liechstenstein y Noruega) y Suiza; refugiados y apátridas que residen en el territorio de los países anteriores; procedentes de países con los que exista convenio de reciprocidad expresa o tácita y, en general, todos los estudiantes extranjeros con residencia legal en los mismos términos que los españoles, lo que significa dejar fuera a cuantos no ostenten tal condición[1088]. Por su parte, también se ven excluidos los viajes realizados al extranjero, por lo que los españoles que se trasladen a centros educativos de otros países deben obtener la tarjeta sanitaria a través del INSS[1089].

En fin, la normativa reclama, para acceder a la protección, haber abonado la cuota correspondiente y acreditar que ha transcurrido al menos un año desde que se

---

[1086] La Ley de 1953 incluía a los estudiantes universitarios y de Escuelas Técnicas Superiores, pero autorizaba al Gobierno a proceder a la ampliación progresiva del campo de aplicación, BORRAJO DACRUZ, E.: "La política de Seguridad Social en España y los problemas de los estudiantes españoles", *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, núm. 5, 1953, págs. 879 y ss.

[1087] STSJ Castilla y León/Valladolid 12 noviembre 1996 (AS 1996, 4486).

[1088] CARMENA, Mª.J.; GONZALO, J.A. y MIRÓ, J.: "Seguro escolar: descripción, funcionamiento y problemas", cit., quienes ponen de manifiesto los inconvenientes que esto plantea de cara a fomentar la deseada movilidad internacional de los estudiantes, apuntando que, además, los supuestos de encaje típico en la hipótesis (quienes vienen a España a cursar un único semestre) también quedan excluidos de buena parte de la protección merced a la exigencia de un año de carencia.

[1089] CARMENA, Mª.J.; GONZALO, J.A. y MIRÓ, J.: "Seguro escolar: descripción, funcionamiento y problemas", cit.

matriculó por primera vez en cualquier centro de enseñanza de los incluidos en el ámbito de aplicación; requisito este último que, sin embargo, no se exige para las prestaciones derivadas de accidente escolar, infortunio familiar por fallecimiento del cabeza de familia y tocología[1090]. La exigencia de acreditar un año de seguro tampoco alcanza a los estudiantes que el año anterior hayan cursado 2º de ESO, educación especial o que hayan continuado sus estudios en el extranjero.

Bajo este régimen jurídico pueden surgir situaciones complejas, como la derivada de la anulación de la matrícula tras el accidente y, precisamente, por la gran invalidez derivada de éste, para el caso de alumnos que no han realizado el abono por estar pendiente la resolución de una solicitud de beca. En respuesta a esta eventualidad, los Tribunales han manifestado que, "lo importante a efectos del debate litigioso es comprobar que [el estudiante] estaba matriculado de forma oficial para cursar el año escolar… y que, cuando sobrevino el accidente… era un alumno oficial del centro" educativo, sin que pueda alegarse para negar el derecho el dato de no estar al corriente en el pago de la prima debido a la cancelación de la matrícula, pues, de un lado, esta anulación es "posterior al accidente sufrido y precisamente por tal trágico evento", y, de otro, el afectado está cursando sus estudios, si bien, al ser solicitante de beca, "no se emite el recibo correspondiente de la matrícula (en el que se abona el Seguro Escolar) hasta que no se produce la concesión o denegación" de aquélla, práctica administrativa que "no puede perjudicar a los estudiantes, pues es impensable y jurídicamente inadmisible que los mismos queden desprotegidos hasta la emisión de una resolución expresa" relativa a la beca que puede demorarse considerablemente[1091].

III.- Actos de encuadramiento, cotización y recaudación

No resulta aplicable la normativa general sobre inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas, salvo la inscripción de los centros docentes en el Registro de Empresarios.

La inclusión en el Seguro Escolar es automática con la formalización de la matrícula y el recibo de la cuota pagada sirve como documento justificativo. En caso de cursar más de uno de los estudios incluidos, el alta tendrá lugar en aquél en el que queden más años por cursar, debiendo acreditar, donde no deba cumplirse la obligación, que el trámite se ha realizado.

Los centros de enseñanza donde se efectúe la matrícula han de facilitar a la Tesorería General de la Seguridad Social la relación de alumnos matriculados dentro del mes siguiente al cierre del plazo de matrícula respectivo, haciendo constar el número de la Seguridad Social, el DNI y el nombre y apellidos de cada alumno.

Por cuanto hace a la financiación del Régimen, ésta corresponde, a partes iguales, a la Administración Educativa y al propio alumno (ambos considerados responsables de cumplir su deber de pago), a través de cuotas fijas anuales. Tal y como se ha indicado, el estudiante abona su cuota en el momento de pagar la matrícula, de

[1090] Orden de 27 de junio de 1963, por la que se suprime el período carencial en las prestaciones de la Mutualidad del Seguro Escolar que actualmente lo tienen establecido (BOE de 6 de julio).
[1091] STSJ Comunidad Valenciana 22 mayo 2001 (JUR 2001, 279155).

forma tal que su obligación de cotizar es única por curso académico, aunque en su transcurso tenga lugar la matriculación en diversos centros[1092].

El respectivo centro efectuará el ingreso de las cuotas dentro del mentado plazo del mes posterior al fin del período de matriculación en cualquiera de las entidades financieras autorizadas para actuar como oficinas recaudadoras en la provincia donde esté ubicado el centro. De las liquidaciones respectivas, éste está autorizado a retener por premio de cobranza 0,02 euros por alumno matriculado y cuota ingresada.

Conocidas las cuotas abonadas por los alumnos con su matrícula, la Tesorería General de la Seguridad Social procede a solicitar a la correspondiente Dirección General del Ministerio de Educación las cuotas relativas a aquéllos. El ingreso de la parte que le corresponde se realizará mediante libramiento del Ministerio de Economía y Hacienda a la cuenta de la Tesorería.

CUOTA DEL SEGURO ESCOLAR				
DISPOSICIONES LEGALES	**EFECTOS**	**CUOTA FIJA POR CURSO**		
		Estudiantes	**Ministerio de Educación**	**TOTAL**
Ley de 17 de julio de 1953 (BOE 18-7-53)	Antes del 15 de septiembre de 1985	171 ptas.	171 ptas.	342 ptas.
RD 1633/1985, de 28 de agosto (BOE 14-9-85)	Desde el curso académico 85/86	187 ptas. 1,12 euros	187 ptas. 1,12 euros	374 ptas. 2,24 euros

En fin, cuando el estudiante compatibilice su actividad académica con un trabajo por cuenta propia o ajena, padecerá la situación de "doble aportación con única prestación", pues estará dado de alta en dos Regímenes y cotizando en ambos (el afectado deberá mantenerse como cotizante en el Seguro Escolar, al no autorizar la normativa lo contrario), no obstante lo cual no podrá acceder a las prestaciones que en él se reconocen[1093], tal y como habrá ocasión de comprobar.

IV.- Riesgos cubiertos y prestaciones

"El Seguro Escolar se reduce a cubrir los riesgos de una imposibilidad para concluir los estudios --sea económica, psíquica (enfermedades o trastornos anímicos) o somática--, o la de conseguir rápida eficacia práctica de los mismos. En definitiva, representa una evitación o paliación, en su caso, de los resultados de una posible incapacidad para conseguir el resultado lógico, y previsible, de los estudios: obtención de un título encaminado a un fin tangible, la esperanza factible de realización de una posibilidad, el logro por el aspirante, en el plazo posterior normal, de una independencia de vida. Así, viene con el Seguro a cubrirse, en conclusión, un único riesgo: la inutilidad, utilitaria y pragmática, en orden a la obtención de una suficiencia económica

[1092] Sobre la naturaleza jurídica de esta cuota, interesante perspectiva la apuntada por URQUIZU CAVALLÉ, A.: "La naturaleza tributaria de las cuotas del seguro escolar", *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, Vol. 52, núm. 266, 2002, págs. 829-902.

[1093] ESTEBAN LEGARRETA, R. y ARQUED SANMARTÍN, A.: "Pluriactividad y encuadramiento subsidiario en los regímenes especiales de la Seguridad Social de los trabajadores agrarios, del mar y de los estudiantes", cit., quienes abogan por eliminar la obligación de cotizar al Seguro Escolar en caso de estar dado de alta en otro Régimen, señalado que "ni que decir tiene que el trastorno económico que la situación actual genera al estudiante es bien escaso", dado el montante de la cuota; "en cualquier caso, seguramente el lector comprenderá que carece de sentido pagar un billete de autobús cuando se sabe a ciencia cierta que no lleva a ningún sitio".

por el afectado, de los conocimientos técnicos y culturales adquiridos, durante el período de estudio, frustrado por inconcluso o por innecesario e inútil, dadas las nulas posibilidades prácticas del mismo"[1094].

1.- Accidente escolar

Un siniestro escolar, para encontrar cobertura en el Régimen Especial de Estudiantes, ha de estar ligado al estudio, en una relación de causa a efecto[1095].

A partir de tal premisa, será considerado como tal toda lesión corporal que sufra el asegurado con ocasión de actividades directa o indirectamente relacionadas con su condición de estudiante, incluidas las deportivas, asambleas, viajes de estudios, de prácticas o de "fin de carrera" y similares, siempre y cuando hayan sido organizadas por los centros de enseñanza[1096]. Así pues, cuando los estudios en curso estén cubiertos por este Seguro, las actividades que organice o autorice el centro también lo estarán, pero si los primeros no encuentran amparo, tampoco cabe incluir a las segundas, "aun cuando coincidan geográficamente con las realizadas por un centro que sí entra en el ámbito de cobertura"[1097].

Respecto a la actividad deportiva, será considerado accidente escolar el ocurrido mientras se realiza aquélla en los términos siguientes[1098]:

1. Se incluyen las actividades que formen parte de competiciones deportivas que se disputen entre centros o a nivel interno, debidamente organizadas o autorizadas por un centro, inclusive los entrenamientos realizados destinados a estas competiciones.

2. Cuando estas competiciones sean entre centros, los estudiantes pueden pertenecer al equipo que representa a aquél donde estudia o a otro diferente.

3. En todo caso, y, con independencia del lugar donde se desarrolle, no se puede considerar accidente escolar el sufrido cuando la actividad deportiva realizada por el estudiante fuera del horario escolar sea a título particular.

[1094] DE LA LAMA RIBERA, L.J.: "El accidente por el estudio en el Seguro Escolar", cit., pág. 42.
[1095] DE LA LAMA RIBERA, L.J.: "El accidente por el estudio en el Seguro Escolar", cit., pág. 43.
[1096] Se incluye, por ejemplo y pese a la negativa de la Entidad Gestora, un torneo oficial universitario organizado por la Secretaría Conjunta de Colegios Mayores dependiente del Vicerrectorado de la Universidad en que se encuentre matriculado el alumno perteneciente al equipo en que jugaba cuando se lesionó [STSJ Andalucía/Granada 13 abril 1999 (AS 1999, 2346)]. También la hipótesis de un alumno universitario que, sin contrato ni remuneración, sufre un accidente mientras da clases de aerobic a otros estudiantes en el marco de una actividad escolar organizada por el servicio de Educación Física y Deporte de la Universidad, STSJ Madrid 13 julio 1998 (AS 1998, 2916).
[1097] STSJ Castilla y León/Valladolid 12 noviembre 1996 (AS 1996, 4486).
[1098] SORIANO I ORTIN, E.: "Responsabilidad civil y seguro escolar", ponencia presentada en *VI Forum Olímpico. Deporte escolar: hacia una nueva estructura*, Barcelona 9 y 10 de noviembre de 2005.

Por cuanto hace a los viajes de estudios, se entienden incluidos los organizados o autorizados por el centro escolar sea cual sea su naturaleza (educativa, deportiva…), pero se excluyen los accidentes acaecidos en la realización de actividades que no guarden relación alguna con los objetivos del desplazamiento. Respecto a los denominados "viajes fin de carrera", quedan asimilados los realizados al finalizar un ciclo o el último curso de un centro escolar.

En fin, también deben forman parte de la tutela los accidentes *in itinere* en la interpretación que de los mismos ha efectuado la abundante jurisprudencia dictada al respecto y que ofrece una lectura humanizadora y extensiva. En consecuencia, de ocurrir el siniestro sin ruptura del nexo causal reclamado por el Tribunal Supremo, el nefasto evento debe quedar encuadrado en el ámbito de cobertura del Seguro Escolar, pues su normativa, pese a las necesidades de reinterpretación derivadas de su obsolescencia, admite fácilmente la inclusión del hecho como producido con ocasión de actividad conectada con la condición de estudiante del afectado[1099].

El estudiante víctima de accidente tendrá derecho a las prestaciones siguientes:

1.1.- Asistencia médica y farmacéutica

Las prestaciones farmacéuticas son gratuitas. En cuanto hace a la asistencia médica, ésta incluye, en su caso, el internamiento sanatorial y la intervención quirúrgica, el suministro y renovación de los aparatos de prótesis y ortopédicos[1100] (no se incluyen gafas ni lentillas) que se consideren necesarios para la asistencia, el tratamiento de rehabilitación necesario para la curación y las pruebas médicas precisas para su diagnóstico o tratamiento. En el caso de la prestación ortoprotésica, pese al tenor legal, es habitual no incluir las denominadas externas (sillas de ruedas, audífonos…), por lo que resultaría recomendable una instrucción interna del INSS a fin de otorgar a la norma una interpretación adecuada y adaptada a la realidad social actual.

Esta prestación se prolongará desde el momento del accidente hasta que el sujeto afectado esté en condiciones de volver a los estudios, dentro del plazo máximo de un año, cuando el percance haya originado una incapacidad temporal. De producirse una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, se extenderá hasta la fecha del alta médica y la declaración de tal incapacidad.

Conforme han indicado los Tribunales, "a pesar de la confusa redacción del art. 19 [de la Orden de 11 de agosto de 1953], su exégesis no puede realizarse siguiendo exclusivamente un criterio literal…, sino que debe procederse a su interpretación armonizadora y sistemática con el contenido del resto de preceptos que regulan las prestaciones por accidente, atendiendo a un criterio lógico, lo que nos lleva a concluir que el Seguro Escolar, en lo que a la asistencia médica se refiere, comprende y engloba toda la que resulte precisa para la curación de las lesiones causadas por el accidente (art. 38), como por otro lado es regla general en el ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social en materia de accidentes de trabajo, limitándose el art. 19 a establecer las prestaciones a cargo del Seguro durante la situación de incapacidad temporal, lo que no excluye que cuando dicha situación no se produzca desaparezca la obligación de

[1099] STSJ Castilla-La Mancha 25 octubre 1993 (AS 1993, 4474).
[1100] El estudiante tiene derecho, incluso, a que el seguro suministre y renueve los aparatos ortoprotésicos que precise hasta que sea dado de alta, STSJ Cataluña 7 julio 1997 (AS 1997, 3557).

prestar la asistencia médica correspondiente, pues de lo contrario se produciría el resultado absurdo y contrario a la finalidad de la norma, de que en los casos en que el accidente ocasionase lesiones que precisasen para su curación de asistencia sanitaria pero no originasen una situación de incapacidad temporal por no impedir al estudiante para la continuación de sus estudios, la víctima quedaría totalmente desprotegida"[1101].

En consecuencia, "los padecimientos existentes en el sujeto, agravados por el acaecimiento siniestral nocivo, las complicaciones aparecidas *a posteriori* de la lesión sufrida, como modificaciones patológicas de la misma, complicada con una derivación extra-lesiva agravatoria, vinculada causalmente al siniestro, constituyen su secuencia residual" y, por ende, entran dentro del marco de cobertura asegurada[1102] y no quedan sujetas al límite temporal de un año más arriba indicado.

Los estudiantes que hayan sufrido un accidente escolar podrán acudir a los centros públicos del Sistema Nacional de Salud y a los centros sanitarios concertados o colaboradores[1103]; de acudir a centro distinto a los anteriores, el Seguro Escolar abonará las facturas según tarifas, corriendo a cargo del estudiante la diferencia, de haberla. Ahora bien, si no hubiere médico o sanatorio concertados o colaboradores, se abonará al estudiante la totalidad de los gastos derivados del accidente[1104]; de haberlos, pero por necesidad de asistencia urgente debidamente justificada el estudiante haya acudido a centros privados no concertados (por no estar en condiciones de elegir el centro hospitalario o por la distancia hasta el concertado), también le serán satisfechos todos los pagos efectuados. En cualquier caso, los gastos de desplazamiento únicamente se abonarán en caso de urgencia vital.

En realidad, y de forma análoga a otras entidades de previsión social, se contempla un cuadro médico meramente indicativo, por lo que el afectado podrá acudir al facultativo de su elección, correspondiendo a la Entidad Gestora abonar el importe de sus honorarios, si bien sólo conforme a unas tarifas periódicamente actualizadas. Ello no obstante, y conforme consta, "resulta trascendental el contenido del art. 38 de la

---

[1101] "En consecuencia, dado que no nos encontramos ante una prestación de cirugía general por enfermedad, sino frente a una prestación por accidente pues resulta indiscutible que la retirada del material de osteosíntesis tuvo por objeto la plena curación y restablecimiento de la lesión causada por el accidente escolar sufrido por el demandante, como acertadamente ha entendido el juzgador de instancia, el Seguro Escolar debe cubrir los gastos derivados de dicha asistencia sanitaria, resultando indiferente a tal fin que en el momento de realizarse la intervención el demandante estuviese o no escolarizado, pues en la fecha del accidente, que es cuando se produjo el hecho causante de la prestación, lo estaba y se encontraba al corriente en el pago de las cuotas" [STSJ País Vasco 24 mayo 2005 (AS 2005, 2078)]. Igual respuesta se ofrece en otro supuesto frente a la alegación de que "ya no era estudiante en el momento de la intervención", pues, "hemos de estar, como en cualquier prestación, y este reintegro tiene ese carácter, al momento del hecho causante, siendo el principal problema que se platea no el del reintegro del gasto, sino esencialmente de si había o no cobertura, y en ese sentido hemos de insistir en el argumento de la consideración del accidente escolar con igual tratamiento que el accidente de trabajo, y en consecuencia que si existía la cobertura del riesgo cuando se produce la contingencia, tal cobertura se mantiene mientras dura la prestación. A ello debe añadirse finalmente que existe además un documento de la propia gestora en el que se autoriza todo el tratamiento de futuro, al decir la gestora según consta en el hecho tercero de la sentencia que 'ante la gravedad de los hechos y de las lesiones que padece la estudiante a consecuencia del tratamiento inicial, pagar todos los gastos ocasionados hasta la fecha, así como los que se produzcan hasta su total curación', entendemos que ello implica la responsabilidad que la sentencia establece en cuanto al pago", STSJ Cataluña 14 marzo 2001 (JUR 2001, 152604).

[1102] DE LA LAMA RIBERA, L.J.: "El accidente por el estudio en el Seguro Escolar", cit., pág. 45.

[1103] STSJ Extremadura 17 mayo 1993 (AS 1993, 2303).

[1104] STSJ País Vasco 29 junio 1999 (AS 1999, 2251).

Orden de 11 de agosto de 1953, en la redacción que dio al mismo la Orden de 22 de abril de 1958, puesto que según éste, la Mutualidad [de Previsión Escolar] podrá establecer el oportuno Convenio, a los efectos que se señalen, de la asistencia médica a los estudiantes víctimas de accidentes, pero en los casos en los que no exista Convenio para prestar asistencia sanitaria a los estudiantes víctimas de un accidente escolar, la Entidad Gestora deberá abonar la totalidad de los gastos producidos, tanto médicos como farmacéuticos, como consecuencia del accidente. La redacción del citado artículo es meridianamente clara respecto a la extensión de la obligación de abono de gastos en el supuesto de inexistencia de concierto… Frente a la misma no puede oponerse el contenido de instrucciones, circulares o resoluciones administrativas… estando vigente el principio de jerarquía normativa"[1105].

1.2.- Indemnizaciones y pensiones por incapacidad

El régimen jurídico rector del Seguro Escolar contempla dos posibles situaciones:

1.- Si el accidente produce una incapacidad permanente y absoluta para los estudios iniciados, se abona una indemnización que oscila entre 150,25 y 601,01 euros, fijada proporcionalmente al tiempo de estudios ya realizados y a la disminución de la capacidad ulterior para una actividad profesional.

2.- Si el accidente produce una gran invalidez para los estudios, quedando incapacitado el estudiante para los actos más esenciales de la vida, se abona una pensión vitalicia de 144,24 euros anuales[1106].

Constituyen cuantías extremadamente reducidas que llevan más de treinta años sin actualizarse; "en consecuencia, tales prestaciones carecen de la más mínima eficacia protectora, por lo que la simple comparación con el Régimen General de la Seguridad Social es pura retórica"[1107].

En todo caso, respecto a pagos indebidos, es preciso tener en cuenta la doctrina judicial vertida en su momento para los supuestos en los cuales se ha abonado una cantidad superior a la correspondiente, pero la Entidad Gestora demora la reclamación de su devolución[1108].

[1105] STSJ Castilla y León/Valladolid 25 febrero 2009 (AS 2009, 954). "El art. 38 [de la Orden Ministerial de 1953] preceptúa que la Mutualidad podrá establecer el oportuno Convenio a los efectos que se señalen, y en los casos en que no exista Convenio para prestar asistencia sanitaria a los estudiantes víctimas de accidente escolar, la Entidad Gestora deberá abonar la totalidad de gastos producidos, tanto médicos como farmacéuticos, como consecuencia del accidente", STSJ País Vasco 24 mayo 2005 (AS 2005, 2078).

[1106] "Una vez que el alumno sea dado de alta y declarado gran inválido, en virtud del Seguro Escolar, tan solo le corresponde la pensión económica, mientras su derecho a la asistencia médica y farmacéutica se agotó", STSJ Cataluña 17 julio 1997 (AS 1997, 3557).

[1107] VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, cit., pág. 556.

[1108] Consideraron en su momento los Tribunales que, "si en efecto existe obligación de restituir el exceso percibido, y el plazo de prescripción es de cinco años, no debe olvidarse la jurisprudencia que limita a tres meses su eficacia en algunos casos, si no media mala fe del beneficiario… y si se da alguno de los supuestos típicos previstos, entre los que se halla el retraso del Ente Gestor en la reclamación" pese a tener conocimiento de la situación real desde tiempo atrás; por todo ello, el beneficiario únicamente debería restituir la diferencia correspondiente al citado último trimestre. Máxime teniendo en cuenta, en el

1.3.- Indemnizaciones por fallecimiento

En caso de que el accidente produjese la muerte, se abonará a los familiares 30,05 euros en concepto de gastos de sepelio. Ahora bien, si el hecho hubiese acontecido en lugar distinto al de la residencia familiar, puede abonarse hasta un máximo de 120,20 euros.

Además, cuando el estudiante fallecido tuviese a cargo cónyuge, hijos, ascendientes directos mayores de 65 años o incapacitados para todo trabajo, o hermanos menores de edad o igualmente incapacitados, se concederá a éstos un capital de 300,51 euros.

2.- Infortunio familiar

Por infortunio familiar se entiende la situación sobrevenida en el hogar del estudiante que le impide continuar los estudios ya iniciados y que puede estar ocasionada por el fallecimiento del cabeza de familia o por ruina o quiebra familiar. En consecuencia, la prestación por infortunio familiar, característica de este Régimen, tiene por objeto asegurar al estudiante la continuidad de sus estudios ya iniciados hasta el término normal de los cursos que componen su carrera, incluido el doctorado, cuando concurran circunstancias que ocasionen imposibilidad de proseguirlos como consecuencia directa del devenir económico de su hogar.

Se concederá esta prestación en los siguientes casos:

1.- Fallecimiento del cabeza de familia. A estos efectos, se considera cabeza de familia tanto el padre como la madre, siempre que aporten ingresos a la economía familiar. Su óbito "es motivo *per se* suficiente para la concesión automática de la prestación, con independencia, en principio, de la situación económica familiar, que podrá determinar, en su caso, la suspensión del beneficio"[1109].

2.- Ruina o quiebra familiar. En ningún caso se entenderá como tal la insuficiencia permanente de recursos económicos para sufragar los estudios.

Por lo que hace a la cuantía, se abonarán 86,55 euros anuales a estudiantes pertenecientes a familias no numerosas; 103,85 a estudiantes pertenecientes a familias numerosas de categoría general y 129,82 euros a estudiantes pertenecientes a familias numerosas de categoría especial. Una vez más, procede apuntar cómo "la ridiculez hoy de las cantidades a percibir, su falta de actualización y la ampliación de las políticas de becas y ayudas formativas también han hecho perder cualquier sentido a esta protección"[1110].

---

caso, "que la actora percibía pensión no contributiva de invalidez, que se suprimió al percibir la del Seguro Escolar en la cuantía errónea, lo que muestra la ausencia de mala fe por su parte al percibir mayor cantidad", STSJ Comunidad Valenciana 21 octubre 1999 (AS 2000, 618).

[1109] LANTARÓN BARQUÍN, D.: "El Régimen Especial de la Seguridad Social de estudiantes: análisis de un régimen jurídico en vías de extinción", *TS*, núm. 83, 1997, pág. 58.

[1110] VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, cit., pág. 556. La prestación prevista "es del todo inadecuada a las finalidades que pretende", ESTEBAN LEGARRETA, R. y ARQUED SANMARTÍN, A.: "Pluriactividad

Estas cantidades, compatibles con cualquier beca escolar[1111], se devengarán desde el día uno del mes siguiente a aquél en que se produjo el hecho causante y se abonarán durante el número de años que falten al beneficiario para acabar, normalmente y sin repetir curso, su carrera o ciclo académico[1112]. En todo caso, la prestación se extinguirá cuando el beneficiario cumpla 28 años de edad.

Una vez reconocida la prestación, se comprobará anualmente la persistencia de la situación económica[1113] (para las prórrogas, los ingresos familiares no podrán superar la cantidad de 6.010,12 euros por cada miembro de aquélla; a estos efectos, se tendrán en cuenta todos los miembros de la unidad familiar que convivan con el estudiante y sus respectivos ingresos) y que ha habido el adecuado aprovechamiento académico. En caso de prórroga, se reconocerá desde el mes del inicio del curso siguiente a la finalización de la prestación inicial.

En el supuesto de que se produzca un cambio de carrera una vez concedida esta prestación, el estudiante podrá seguir percibiendo la misma, aunque con el límite de años de escolaridad que correspondiese a la primera.

3.- Enfermedad

La prestación por enfermedad incluye la asistencia farmacéutica, las indemnizaciones por gastos de sepelio en caso de fallecimiento y la asistencia médica, incluida la hospitalización cuando proceda, que está constituida por los servicios que a continuación se indican, así como la práctica de medicina preventiva que, en su caso, corresponda.

Como regla general, el Seguro protege de las enfermedades contraídas o sufridas durante el período de vida por él cubierto. Sin embargo, la aplicación de la protección contemplada en la Orden de 11 de agosto de 1953 no se ha producido plenamente, pues su disposición transitoria 2ª establece una aplicación progresiva de la misma y sólo respecto a determinadas afecciones de las que integran la protección dispensada ha sido dictada la normativa de desarrollo. No obstante, algunas tesis entienden que, pese a esta ausencia de desarrollo, debe considerarse vigente la prestación de asistencia sanitaria en su integridad, pues la intención del legislador es la aplicación paulatina del Seguro, no la restricción de las prestaciones legalmente reconocidas; lectura que encaja mejor con la tendencia a la homogeneización de los Regímenes Especiales con el General y con el reconocimiento del derecho constitucional a la protección de la salud (art. 43 CE)[1114].

3.1.- Asistencia médica

---

y encuadramiento subsidiario en los regímenes especiales de la Seguridad Social de los trabajadores agrarios, del mar y de los estudiantes", cit.

[1111] Orden de 29 de enero de 1959, declarando la compatibilidad del disfrute de becas y prestación de infortunio familiar (BOE de 17 de febrero).

[1112] Con independencia de que el estudiante haya suspendido alguna asignatura, pues el requisito es que no se repita curso, STSJ Castilla y León/Burgos 10 noviembre 2005 (JUR 2006, 5936).

[1113] Compete a la Entidad Gestora acreditar la suficiencia de medios económicos para proceder a suspender la prestación, STSJ Cantabria 27 abril 1999 (AS 1999, 1838).

[1114] STSJ Madrid 4 junio 1998 (AS 1998, 2548).

Será prestada desde que se notifique la enfermedad, mientras ésta lo precise y hasta su curación o la terminación del curso, si llegada esta fecha no se hubiera matriculado de nuevo. A estos efectos, se considera notificada la enfermedad mediante la presentación de la solicitud normalizada o de cualquier otro documento en este sentido.

En principio, y según ya se indicara para el caso de accidente escolar, la asistencia médica será prestada en centros públicos del Sistema Nacional de Salud o en centro sanitarios concertados o colaboradores, de forma que, de acudir el estudiante a centros privados no concertados, el Seguro abonará las facturas según tarifas, recayendo sobre el estudiante, en su caso, la diferencia. También en la hipótesis de enfermedad hay que apuntar la excepción: de ser precisa asistencia urgente, bien porque el estudiante no se encuentre en condiciones de proceder a la elección del centro hospitalario, o bien por la distancia hasta el concertado, se pagará al estudiante la totalidad de los gastos ocasionados[1115].

Por cuanto hace a la citada sujeción a las "tarifas" vigentes, la cuestión ha sido objeto de polémica, atajada por los Tribunales al afirmar que la "prestación se puede ofrecer por todos los facultativos y clínicas establecidos legalmente y la Seguridad Social abonará sus honorarios de acuerdo con unas tarifas que se publicarán periódicamente en circulares actualmente del INSS y anteriormente del extinguido Instituto Nacional de Previsión"; previsiones que "no sólo se encuentran vigentes, sino que siguen un camino en la cuantificación anual de honorarios análogo al seguido por las sociedades médicas… por lo que su acatamiento no sólo es legalmente exigible a los beneficiarios del Régimen Especial, sino que además entra dentro de la práctica usual de la medicina en nuestro país, que con mayor o menor acierto es conocida y seguida por los ciudadanos, por lo que las circulares que anualmente marcan las tarifas médicas tienen un apoyo legal… y socialmente son conocidas, de lo que se desprende que el INSS sólo se encuentra obligado a efectuar el pago de los gastos médicos reclamados… de conformidad con las tarifas vigentes en la fecha de la asistencia médica reclamada"[1116].

Ahora bien, "en los supuestos de intervenciones quirúrgicas urgentes, por la existencia de un peligro para la vida, el criterio progresivo que ha de tener la Seguridad Social fuerza a entender que debe ser cubierta la totalidad de los gastos ocasionados, sin sujeción a unos baremos muy reducidos en su cuantía y absolutamente desfasados por el transcurso del tiempo, pues sólo así podrá lograrse el resarcimiento del perjudicado"[1117]. Otro tanto ocurrirá cuando se trate de una asistencia médica respecto a la cual no han sido fijadas tarifas, pues no cabe su concreción arbitraria[1118].

[1115] Rechazando el reembolso de gastos médicos abonados en una clínica privada, "puesto que no hay una negativa por parte de la Seguridad Social a la prestación de la asistencia psiquiátrica, que ni siquiera le fue solicitada, y no estamos tampoco ante un supuesto de urgencia vital", STSJ Cataluña 18 febrero 2005 (AS 2005, 603).
[1116] SSTSJ Madrid 30 mayo 2005 (JUR 2005, 177315) o 8 noviembre 2001 (AS 2003, 587).
[1117] STS 27 septiembre 1988 (RJ 1988, 7132).
[1118] STSJ Madrid 15 junio 2000 (JUR 2000, 305055).

La asistencia médica, que incluye la hospitalización cuando proceda, está constituida por los servicios de cirugía general, neuropsiquiatría, tuberculosis pulmonar y ósea y tocología[1119]:

1.- Cirugía general[1120]. Están incluidas todas las especialidades a excepción de las puramente estéticas y comprende los servicios de alojamiento y manutención, quirófano, la asistencia médica y farmacéutica, así como las prótesis de sustitución (no las ortopédicas). La cobertura abarca los gastos originados durante el internamiento desde el día del ingreso hasta el día del alta, así como los derivados del diagnóstico que motive la intervención quirúrgica.

2.- Neuropsiquiatría[1121]. Incluye el tratamiento en régimen de internamiento o ambulatorio[1122] de todos los procesos neuropsiquiátricos que por su gravedad afecten a la continuidad de los estudios, excluidos los denominados trastornos del desarrollo psicológico y del comportamiento y de las emociones de comienzo habitual en la infancia y adolescencia[1123]. Las sesiones de psicoterapia aplicadas por psicólogos estarán incluidas siempre que sean prescritas por un psiquiatra.

[1119] Orden de 21 de abril de 1965, por la que se amplían las prestaciones sanitarias de la Mutualidad del Seguro Escolar (establece las prestaciones de tocología, fisioterapia, radioterapia, cobaltoterapia, radiumterapia y riñón artificial, e incluye en la prestación de cirugía los gastos derivados del diagnóstico que motive la intervención quirúrgica) (BOE de 13 de mayo).

[1120] Orden de 25 de marzo de 1958, sobre establecimiento de la prestación de cirugía general (BOE de 26 de 3).

[1121] Orden de 12 de abril de 1958, sobre establecimiento de la prestación de neuropsiquiatría (BOE de 29 de abril) y Orden de 1 de marzo de 1962, por la que se establece el tratamiento postsanatorial de la prestación de neuropsiquiatría (BOE de 16 de marzo).

[1122] Sobre la diferencia entre hospitalización y tratamiento ambulatorio, para un supuesto de anorexia nerviosa, STSJ Cataluña 1 septiembre 1997 (AS 1997, 3147).

[1123] Varios son los pronunciamientos judiciales suscitados por la asistencia médica neuropsiquiátrica, merced al complejo panorama jurídico y las disposiciones transitorias dictadas en su momento. Baste como muestra la STSJ Madrid 4 junio 1998 (AS 1998, 2584): “son las Órdenes 12 abril 1958 y 1 marzo 1962 las que limitan las prestaciones de neurosiquiatría del Seguro Escolar a las esquizofrenias, psicopatías graves y toxicomanías. Como la demandante reclama el importe del tratamiento ambulatorio por un síndrome ansioso depresivo con componentes fóbicos, en principio y en aplicación estricta de dichas Órdenes, su dolencia no estaría comprendida dentro del Seguro Escolar. Ahora bien, tales disposiciones no pueden ser interpretadas literal y aisladamente sino que una adecuada labor hermenéutica hace imprescindible tomar en consideración, tal y como efectúa la sentencia de instancia, lo previsto en la normativa básica del Seguro Escolar como consecuencia de la cual han sido dictadas las indicadas órdenes. Así es el art. 4 de la Ley de Seguro Escolar el que con carácter general incluye en el mismo las prestaciones por enfermedad, añadiendo que la concesión por el Seguro de tales prestaciones se irá realizando por etapas sucesivas. Y el art. 6 de tal Ley el que dispone que la prestación por enfermedad comprenderá la asistencia médica completa en las diversas especialidades. Igualmente la Orden 11 agosto 1953, por la que se aprueban los Estatutos de la Mutualidad del Seguro Escolar, establece en su art. 39 que a los efectos del repetido Seguro se considerarán como enfermedades todas las que pueda contraer o sufrir el estudiante asegurado durante el período de su vida que protege el Seguro, y en el art. 40 vuelve a reiterar la declaración de la Ley de que la prestación por enfermedad comprende la asistencia médica completa en todas las especialidades, asistencia médica que expresamente incluye el servicio de neurosiquiatría (art. 43.13 de la misma) y el de asistencia psiquiátrica (art. 45.2.º). Añade la disposición transitoria de la misma, por último, que ‘el Seguro Escolar se limitará en un primera fase a las prestaciones de infortunio familiar y accidente, estableciéndose las sucesivas por Orden del Ministerio de Educación oído el Consejo de Administración de la Mutualidad’. Se ha traído a colación la anterior normativa del Seguro Escolar para poner de manifiesto que, tras su pausada lectura, una interpretación sistemática y teleológica de la misma evidencia no sólo que tal Seguro incluye la asistencia médica completa y por ende también la neurosiquiátrica sin distinción de enfermedades dentro de dicha especialidad, sino además que lo que el legislador está previendo es la aplicación paulatina del Seguro a las distintas prestaciones contempladas en el mismo (art. 4 de la Ley y disposición transitoria segunda de

3.- Tocología. Comprende las visitas al tocólogo previas al parto, los honorarios médicos (tocólogo, anestesista, enfermero y comadrón) y los gastos de internamiento como si se tratase de cirugía (quirófano, alojamiento y manutención). No se incluyen, sin embargo, los gastos de atención a los recién nacidos.

4.- Tuberculosis[1124]. En los casos de tuberculosis pulmonar, comprende los servicios de alojamiento y manutención en los centros sanatoriales adecuados, los cuidados médicos, pequeña y gran cirugía torácica y la asistencia farmacéutica necesaria; en la hipótesis de tuberculosis ósea, abarca los servicios de alojamiento y manutención en los centros adecuados, el tratamiento médico quirúrgico y la asistencia farmacéutica. El período de hospitalización o tratamiento se fija en dieciocho meses, prorrogables por períodos de tres hasta un máximo total de tres años, sin solución de continuidad.

En determinados casos, y de forma graciable, se pueden otorgar prestaciones de fisioterapia, cobaltoterapia, radiumterapia, riñón artificial y radioterapia, así como cirugía maxilofacial[1125]:

1.- Fisioterapia. Se reconocerá cuando esté médicamente justificada en los tratamientos posteriores a una cirugía o en casos de traumatismos derivados de accidente escolar. El tratamiento conlleva un número máximo de treinta sesiones, si bien se puede superar con carácter extraordinario dicho número en los casos en que el asesor médico del Seguro Escolar lo considere necesario. Se abonará conforme a las tarifas vigentes.

2.- Quimioterapia, radioterapia y cobaltoterapia. Cubre sesiones de tratamiento, medicación, farmacia hospitalaria, material desechable, pruebas de laboratorio, transfusiones de sangre, pruebas radiológicas y diagnósticas, así como estancia en el hospital. Se abonará el 30% de la factura presentada, correspondiente a los conceptos relacionados anteriormente, con el límite de 1.502,53 euros.

3.- Cirugía maxilofacial. Cubre la asistencia médica y farmacéutica y los servicios de internamiento y manutención, pero no los tratamientos ortodóncicos ni odontológicos.

3.2.- Prestaciones farmacéuticas

---

la Orden 11 agosto 1953), pero no la restricción de las prestaciones ya legalmente reconocidas, restricción que es la que se lleva a cabo por la Orden 12 abril 1958 y la de 1 marzo 1962 y que por tanto, tal y como acertadamente razona el juzgador *a quo*, no puede ser tomada en consideración por cuanto limitan el contenido de la prestación neuropsiquiátrica y no sólo posponen en el tiempo su regulación, por lo que se contraviene tal normativa básica del Seguro Escolar. Las anteriores consideraciones conllevan que deba desestimarse el recurso así como la íntegra confirmación de la sentencia de instancia".

[1124] Orden de 6 de junio de 1956, implantando la prestación de tuberculosis pulmonar (BOE de 18 de junio) y Orden de 1 de marzo de 1962, por la que se establece la prestación de tuberculosis ósea (BOE de 16 de marzo).

[1125] Orden de 21 de abril de 1965, por la que se amplían las prestaciones sanitarias de la Mutualidad del Seguro Escolar (establece las prestaciones de tocología, fisioterapia, radioterapia, cobaltoterapia, radiumterapia y riñón artificial, e incluye en la prestación de cirugía los gastos derivados del diagnóstico que motive la intervención quirúrgica) (BOE de 13 de mayo).

Se prestarán mientras dure la asistencia médica, teniendo en cuanta los aspectos siguientes:

1.- En los casos de internamiento, la asistencia farmacéutica será completa sin coste alguno para el estudiante.

2.- En tratamiento ambulatorio se abonará el 70% del importe, correspondiendo al beneficiario el abono del 30% restante.

3.- En los casos en que estas prestaciones hayan sido prescritas por un médico de la Seguridad Social, se abonará al estudiante solamente la diferencia entre el 40% abonado como beneficiario de la Seguridad Social y el 30% que le corresponde como protegido del Seguro Escolar.

4.- Los medicamentos excluidos de la financiación de la Seguridad Social quedan, igualmente, fuera de la financiación del Seguro Escolar.

3.3.- Indemnización por gastos de sepelio

La indemnización equivale a la prevista en caso de accidente y se generará el derecho a su percepción cuando el fallecimiento por la enfermedad tenga lugar en los dos años siguientes a la fecha en que se contrajo, siempre y cuando la imposibilidad de continuar los estudios persista hasta el óbito.

4.- Prestaciones complementarias

El art. 63 de la Orden de 11 de agosto de 1953 alude a préstamos al graduado "para establecer las bases de su vida profesional futura", regulados por Decreto 146/1963, de 17 de enero. Sin embargo, esta prestación carece por completo de virtualidad, pues la última convocatoria fue realizada por el Ministerio de Educación en el año 1980[1126].

Por otra parte, el art. 68 de la citada Orden deja la puerta abierta a otras posibles prestaciones complementarias a organizar a medida que las disponibilidades económicas permitan contar con fondos suficientemente estables. Sin ánimo exhaustivo, su art. 69 cita las siguientes:

a) Aumento de las indemnizaciones y pensiones en caso de accidente.

b) Aumento de tiempo de asistencia en la prestación por enfermedad.

c) Establecimiento de una indemnización económica, en situaciones de extrema penuria, en caso de enfermedad.

d) Establecimiento de residencias para huérfanos necesitados.

e) Establecimiento de becas.

[1126] Además, y una vez más, la cuantía, a tanto alzado y por una sola vez o de forma periódica, es demasiado baja, VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, cit., pág. 556.

f) Bonificaciones por quintas partes a los prestatarios de ayuda al graduado que destacaren en el ejercicio de pruebas u oposición o en trabajos de investigación científica.

g) Cualquier otra que se estime justificada y sea aprobada.

V.- Incompatibilidades

Las prestaciones del Seguro Escolar son incompatibles con cualesquiera otras prestaciones de idéntico contenido y derivadas de análogo riesgo de que pudieran ser beneficiarios los afiliados a aquél que, simultáneamente, se encuentren de alta en otro Régimen de Seguridad Social[1127]. En tales casos, las prestaciones se recibirán del Régimen correspondiente, abonando el Seguro Escolar la diferencia en más si la hubiere[1128]. Así lo prevé la normativa aplicable y lo confirman los Tribunales cuando indican que "la protección que otorga el Seguro Escolar, consistente en prestaciones principales y complementarias, es incompatible con las prestaciones análogas de Seguridad Social si el beneficiario es trabajador en el Régimen General"[1129].

El resultado será que la práctica totalidad de ciudadanos incluidos en la hipótesis de doble alta "difícilmente van a poderse beneficiar de las prestaciones del Seguro Escolar"; afirmación que exige desgranar los supuestos en presencia[1130]:

1.- Prestaciones económicas por accidente escolar. Dadas las escasas cuantías previstas en el Régimen analizado, quedan sobradamente superadas por cualquiera de los otros que conforman el Sistema para los supuestos de contingencia común, que sería la aplicable de tener lugar el siniestro en el ámbito educativo.

2.- Infortunio familiar. Difícilmente quien realiza una actividad productiva, y por tanto cuenta con una fuente de ingresos propia, podrá acreditar la imposibilidad de continuar sus estudios, al menos en el caso de fallecimiento del cabeza de familia.

3.- Asistencia sanitaria. Aun afirmando que la universalidad de esta prestación solventa los problemas derivados de la insuficiencia del Seguro Escolar para la protección frente a la enfermedad, surgen nuevos inconvenientes derivados de la regla de incompatibilidad expuesta.

A este respecto, es preciso apuntar, en línea con lo indicado, que si el estudiante es titular de este derecho por su pertenencia a un Régimen de Seguridad Social distinto al Seguro Escolar o es beneficiario de quien es titular del mismo, la recibirá a través de dicho Régimen. En consecuencia, y por ejemplo, no existe un derecho de opción que permita elegir entre los centros privados concertados y los públicos a los que el beneficiario forzosamente debe acudir como trabajador por cuenta ajena[1131].

[1127] La incompatibilidad alcanza a las prestaciones no contributivas, STSJ Comunidad Valenciana 21 noviembre 1999 (AS 2000, 618).
[1128] Obligación de abonar la diferencia recordada en STSJ Madrid 7 julio 2003 (JUR 2004, 9073).
[1129] STSJ Comunidad Valenciana 6 abril 2004 (JUR 2005, 11863).
[1130] ESTEBAN LEGARRETA, R. y ARQUED SANMARTÍN, A.: "Pluriactividad y encuadramiento subsidiario en los regímenes especiales de la Seguridad Social de los trabajadores agrarios, del mar y de los estudiantes", cit.
[1131] STSJ Comunidad Valenciana 6 abril 2004 (JUR 2005, 11863).

Sobre este extremo los Tribunales se han pronunciado en diversas ocasiones, recordando cómo el art. 9 OM de 11 de agosto de 1953 "expresamente establece la incompatibilidad de las prestaciones que concede el Seguro Escolar con cualesquiera otras prestaciones derivadas de análogo riesgo de que pudieren ser beneficiarios los afiliados, que siendo además trabajadores por cuenta ajena, se encuentren sujetos al Régimen General de la Seguridad Social". Aun habiendo causado baja en su empresa, de esta circunstancia no cabe colegir que "haya de entenderse que automáticamente deje de ser beneficiaria de la prestación de asistencia sanitaria a partir de ese mismo momento"; es más, "aún de entenderse que tras el cese de la relación laboral no se encuentra en situación de alta o asimilada al alta a los efectos de la prestación de asistencia sanitaria", el trabajador puede seguir siendo beneficiario de la misma en virtud de lo establecido en el art. 100 Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, "que extiende tal condición a los familiares o asimilados que estén a cargo de trabajadores o pensionistas", pudiendo afirmar que se mantiene en tal caso la incompatibilidad con el Seguro Escolar, tal y como dispone el RD 1633/1985, de 28 de agosto, "en cuya Exposición de Motivos precisamente se contempla este supuesto y se dice, 'por otra parte, la normativa vigente permite la compatibilidad de las prestaciones del Seguro Escolar con otras derivadas de análogo riesgo de que puedan ser beneficiarios los afiliados a aquél en su condición de beneficiarios de algún titular de algún Régimen de la Seguridad Social, produciéndose, en consecuencia, una doble cobertura que ha de ser evitada declarando la incompatibilidad del doble derecho a prestaciones idénticas derivadas de un mismo riesgo'; y en su art. 2 'con independencia de lo previsto en el art. 9 de los Estatutos de la Mutualidad de Previsión Escolar, aprobados por Orden de 11 de agosto de 1953, las prestaciones del Seguro Escolar serán incompatibles con cualesquiera otras de idéntico contenido y derivadas de análogo riesgo de que puedan ser beneficiarios los afiliados a aquél en su condición de beneficiarios de un titular de algún Régimen de la Seguridad Social'. Resulta de ello, que [siendo el estudiante beneficiario] de la prestación de asistencia sanitaria del Régimen General de la Seguridad Social, por derecho propio al estar afiliado al mismo, o en su calidad de beneficiario como familiar dependiente de sus progenitores carente de rentas propias", se derivan las circunstancias determinantes de la incompatibilidad analizada[1132].

Se plantean, empero, situaciones difíciles de comprender, en tanto quien compatibiliza el estudio y el trabajo padece una doble cotización y, sin embargo, puede acabar viéndose perjudicado, como ocurrirá si, erróneamente, acude a la clínica correspondiente por aplicación del Seguro Escolar, pues podrían serle reclamados los gastos médicos derivados de la atención sanitaria, como ya ha ocurrido en ocasiones. Situación la descrita cuya solución, en línea con el carácter universal que presenta hoy día la asistencia sanitaria, se sitúa en la unificación, a fin de ofrecer la prestación gratuitamente a través de los servicios públicos autonómicos correspondientes.

Apuntando un posible criterio hermenéutico, señalan los Tribunales que el silencio administrativo tras la solicitud de la prestación, "no puede favorecer a quien

[1132] STSJ Cataluña 18 febrero 2005 (AS 2005, 603), acompañada de un voto particular que constituye prueba evidente del carácter en modo alguno pacífico de la cuestión. También constituye prueba evidente de la controversia el hecho de que el RD 1633/1985 fuera impugnado judicialmente, habiendo sido declarada su legalidad por STS 16 julio 1993 (RJ 1993, 5645), comentada por GÓMEZ PUENTE, M.: "Dos notas sobre la potestad reglamentaria. A propósito de la regulación del seguro escolar. Comentario a la STS (Sala 3ª, Sección 7ª) de 16 de julio de 1993", *Diario La Ley*, núm. 3794, 1995.

con su pasiva actitud permite se generen unos gastos que podrían haberse evitado" de haber contestado y haber advertido la necesidad de acudir a la sanidad pública en aplicación del Régimen de Seguridad Social aplicable preferentemente al Seguro Escolar"[1133].

VI.- Gestión, solicitudes, reconocimiento y pago

La solicitud de prestación puede presentarse en cualquier Centro de Atención e Información de la Seguridad Social o en alguno de los lugares del ámbito de la Administración General del Estado indicados en el art. 2 RD 772/1999, de 7 de mayo.

Si se trata de prestaciones económicas, la solicitud será resuelta por la Dirección provincial del INSS donde se haya presentado la solicitud; de ser sanitarias, resolverá la Dirección Provincial del INSS del lugar donde se haya prestado la asistencia, con independencia de la provincia donde figure matriculado el estudiante o de la correspondiente a la residencia de la unidad familiar[1134]. No obstante, es preciso tener en cuenta que las Comunidades Autónomas de Castilla-La Mancha[1135], Extremadura[1136], Aragón[1137], Asturias[1138], Cantabria[1139] o Baleares[1140], asumen las funciones y servicios que corresponden a la acción protectora sanitaria del Seguro Escolar, por lo que, respecto a esta prestación, habrá que atenerse a lo dispuesto por el respectivo ente territorial.

El plazo para solicitar las prestaciones derivadas de accidente escolar es de un año[1141]. Las sanitarias deben solicitarse con carácter previo a la asistencia médica para el reconocimiento del derecho, con la excepción a continuación citada: en los casos de urgencia debidamente acreditada por el facultativo, puede presentarse en el plazo de cinco años a fin de solicitar el reintegro de gastos de conformidad con el art. 43 LGSS[1142]. Para las prestaciones económicas y gastos de sepelio que no deriven de accidente escolar, se fijan cinco años, y para las correspondientes por infortunio familiar, idéntico plazo con una retroactividad máxima de tres meses.

Conforme acertadamente ha apuntado la jurisprudencia respecto a la asistencia sanitaria, "por lo que se refiere al requisito de la autorización previa… su falta no puede

---

[1133] STSJ Canarias/Las Palmas 19 junio 1998 (AS 1998, 6344).

[1134] La Mutualidad del Seguro Escolar fue dotada de personalidad jurídica propia, aunque su gestión y administración se encomendó al extinguido Instituto Nacional de Prevención, pasando a ser asumida por la Entidad Gestora que asumió las competencias de éste, con separación de fondos, bienes y de contabilidad, STSJ Madrid 1 septiembre 1997 (AS 1997, 2980).

[1135] RD 361/2006, de 27 de marzo, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de los medios adscritos a la gestión de las prestaciones sanitarias del Seguro Escolar.

[1136] RD 362/2006, de 27 de marzo, de traspaso a la Comunidad Autónoma de Extremadura de los medios adscritos a la gestión de las prestaciones sanitarias del Seguro Escolar

[1137] RD 779/2006, de 23 de junio, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Aragón de los medios adscritos a la gestión de las prestaciones sanitarias del Seguro Escolar.

[1138] RD 2002/2008, de 5 de diciembre, de traspaso a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias de los medios adscritos a la gestión de la prestación sanitaria del Seguro Escolar.

[1139] RD 1921/2008, de 21 de noviembre, de traspaso a la Comunidad Autónoma de Cantabria de los medios adscritos a la gestión de las prestaciones sanitarias del Seguro Escolar.

[1140] RD 1190/2006, de 13 de octubre, de traspaso a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de los medios adscritos a la gestión de las prestaciones sanitarias del Seguro Escolar.

[1141] Art. 36 de la Orden de 11 de agosto de 1953, declarado aplicable, entre otras, por SSTSJ Madrid 1 septiembre 1997 (AS 1997, 2980) y Cantabria 27 abril 1999 (AS 1999, 1838).

[1142] Al respecto, STSJ País Vasco 29 junio 1999 (AS 1999, 2251).

constituir un obstáculo insuperable, al tratarse de un mero trámite administrativo, aparte de que, aunque así no fuese, la autorización previa no resulta precisa en los casos de urgencia,… porque, cuando se trata de intervenciones quirúrgicas de urgencia vital, éstas no tienen carácter graciable, ni tampoco discrecional, por lo que necesariamente tendrían que ser autorizadas”[1143].

Para acceder a las prestaciones se deberá presentar el modelo de solicitud correspondiente y la documentación necesaria para acreditar la identidad y las circunstancias determinantes del derecho. En concreto, la siguiente:

1.- Exhibición del DNI o Libro de Familia, en original y en vigor. En el caso de los extranjeros, documento acreditativo de su identidad.

2.- Presentación de los documentos siguientes o fotocopia compulsada o copia para proceder a su compulsa:

-- Para los estudiantes no universitarios, certificado del centro de estudios donde se especifique el curso y especialidad que realizan, así como el abono de cuotas del Seguro Escolar. En caso de estudiantes universitarios, resguardo del impreso de matrícula en el que conste el curso, las asignaturas y el pago de la cuota.

-- La documentación señalada en el punto anterior, referida al curso anterior al de la solicitud, para justificar la cotización de un año, excepto en caso de accidente escolar, prestación de infortunio familiar y tocología (quedan exentos del requisito quienes, durante el año académico anterior, hayan realizado el último curso de los estudios no incluidos en el Seguro Escolar).

3.- Prestaciones sanitarias. Es preciso distinguir su origen, pues de él dependerán los requisitos exigidos.

-- Si derivan de accidente escolar, debe aportarse el parte de accidente, cumplimentado en el punto 4 de la solicitud, y el certificado médico de baja.

-- Para cirugía, tocología, neuropsiquiatría y tuberculosis se exige certificado médico oficial donde conste el facultativo que va a prestar la asistencia médica, indicando su número de colegiado, domicilio del centro o consulta, especialidad, fecha y centro hospitalario del ingreso, en su caso, diagnóstico, tratamiento prescrito y tiempo aproximado necesario para alcanzar la curación; ahora bien, dicho certificado podrá sustituirse por el informe de urgencia médica, cuando proceda. Además, para asistencia neuropsiquiátrica, el psiquiatra deberá indicar el diagnóstico según las clasificaciones internacionales DSM-III-R o CIE/10, la descripción breve del estado actual del paciente, el tratamiento farmacológico y terapia psicológica indicada y si esta última va a ser realizada por un psicólogo o por el propio psiquiatra.

-- Por lo que respecta a fisioterapia, radioterapia, cobaltoterapia, radiumterapia y riñón artificial, además de lo indicado, es preciso un historial médico que motive la solicitud, en el que se indicará el número de sesiones, el tipo de éstas y el presupuesto total del tratamiento.

[1143] STS 27 septiembre 1988 (RJ 1988, 7132).

4.- Prestaciones económicas. La documentación a presentar para la percepción de indemnizaciones o pensiones dependerá del hecho causante de las mismas:

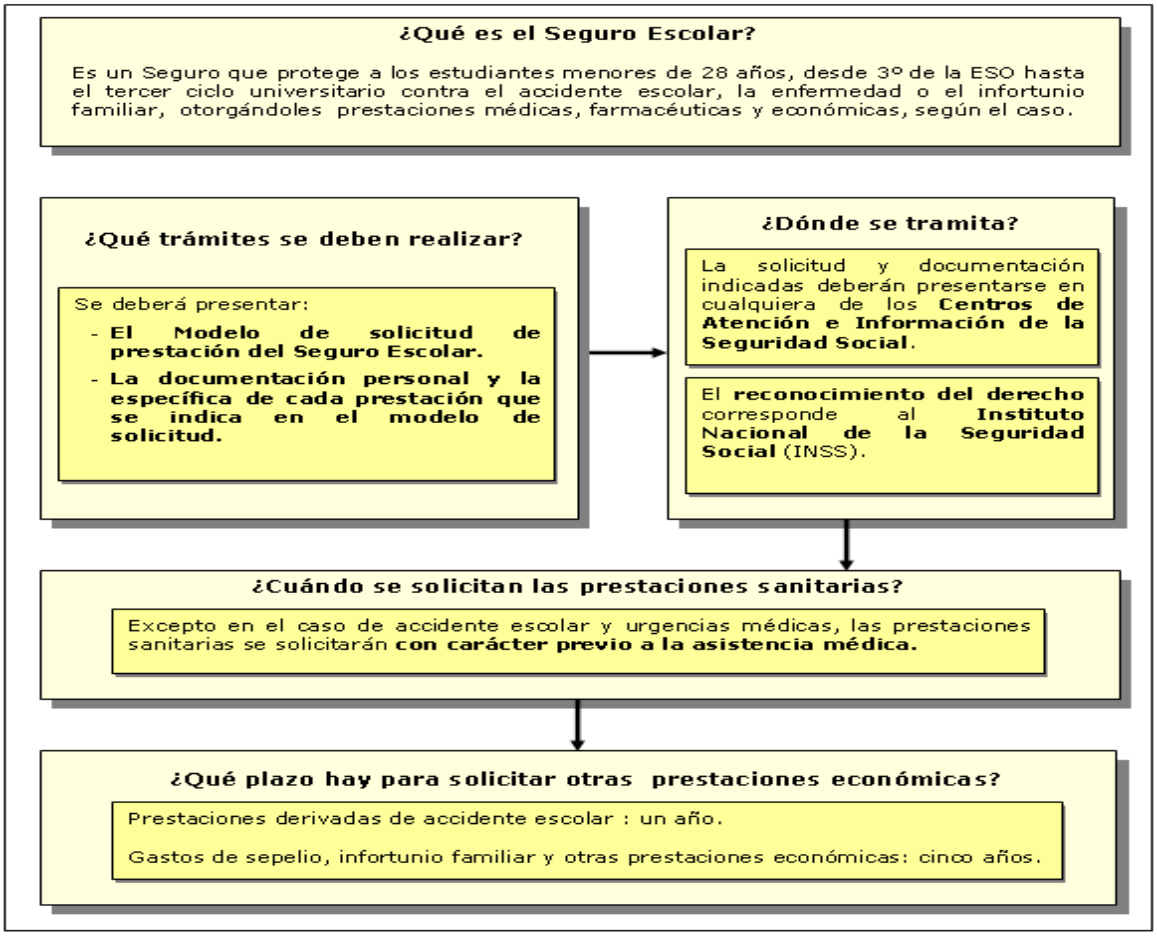
-- Indemnizaciones por infortunio familiar: Libro de Familia y título de familia numerosa cuando se ostente tal condición. De derivar de fallecimiento, es preciso certificado de defunción; de traer causa en ruina o quiebra, han de aportarse documentos que acrediten tal circunstancia y su fecha. Para la prórroga de la prestación es menester entregar documento acreditativo de las materias cursadas durante el año académico anterior, con el fin de comprobar el aprovechamiento del curso.

-- Indemnizaciones por incapacidades derivadas de accidente escolar: parte de accidente y certificado médico que especifique el proceso evolutivo e indique las secuelas definitivas, así como la disminución de la capacidad del accidentado, en orden a los estudios que realizaba.

-- Indemnizaciones por gastos de sepelio derivados de accidente, sea o no escolar, y enfermedad: certificado de defunción. Además, en caso de accidente escolar, parte de accidente; en el supuesto de fallecimiento por enfermedad, informe médico en el que se haga constar que el afiliado ha fallecido a consecuencia de la enfermedad en los dos años siguientes a la fecha en que la contrajo y que la imposibilidad de continuar los estudios ha durado hasta su muerte.

A la vista de los datos obrantes en su poder, el Director Provincial del INSS dictará y notificará la resolución concediendo o denegando la prestación solicitada, debiendo hacerlo en un plazo máximo de noventa días.

El pago de las prestaciones económicas puede ser directo en la entidad financiera que tenga asignada la Dirección Provincial del INSS o por transferencia en la entidad financiera elegida en la solicitud.



Fuente: web de la Seguridad Social (Ministerio de Trabajo e Inmigración)

VII.- Propuestas de mejora

El Seguro Escolar ha evolucionado muy poco desde su establecimiento por Ley de 17 de julio de 1953, cuando, ante la falta de un derecho universal a la asistencia sanitaria, parecía necesaria su creación. Sin embargo, los cambios habidos en el sistema de Seguridad Social, así como la escasa cobertura económica proporcionada por el Régimen Especial de Estudiantes, exigen replantearse su necesidad o, al menos, lo adecuado del régimen jurídico vigente.

El debate al respecto no resulta, ni muchos menos, nuevo y, ante la innegable necesidad de una reforma, las alternativas de futuro propuestas son, básicamente, las tres siguientes:

En primer lugar, su eliminación[1144]. La tesis que aboga por la desaparición del Seguro Escolar no parece del todo adecuada, en tanto suprimir toda protección durante el período formativo, sobre todo frente al infortunio familiar y eventuales discapacidades, significaría crear una laguna en la protección social en modo alguno deseable.

[1144] CABEZAS ESTEBAN, J.L.: “Reflexiones sobre el Seguro Escolar”, cit., pág. 48.

En segundo término, su mantenimiento dentro de la Seguridad Social. Para quienes abogan por su subsistencia, la opción más evidente es conservarlo dentro del mentado Sistema, en cuyo caso la reconducción al Régimen General parece imposible, pues difícilmente podrá integrarse en aquél la protección de quienes no desarrollan actividad laboral o profesional alguna, por hallarse en el seno del sistema educativo y al margen del productivo.

En consecuencia, el deseable proceso de homogeneización pasaría por un esquema fundado en tres pilares: Régimen General, Régimen de Autónomos y Régimen de Estudiantes, respecto al cual, lo que sí está claro, es la necesidad de modernizar su cobertura para adaptarla a los tiempos vigentes.

Por último, su rediseño al margen del Sistema de Seguridad Social. Una última opción, que a juicio de quien escribe parece la más adecuada, es conservar la protección social de los estudiantes, debidamente actualizada y puesta al día, pero fuera del ámbito de la Seguridad Social.

En todo caso, incluso para quienes admiten la conveniencia de su subsistencia (dentro o fuera de la Seguridad Social) no cabe duda de la necesidad de un rediseño y actualización. De hecho, ya se han vertido algunas propuestas que giran en torno a cuatro grandes puntos[1145]:

1.- Mejorar la información de los estudiantes, beneficiarios del Seguro Escolar pero grandes desconocedores de los derechos que les asisten como miembros de este Régimen Especial de Seguridad Social. Se trata de una esencial labor divulgativa que debe acometerse desde diferentes frentes, pues compete a los propios centros educativos y a las instancias administrativas implicadas, incluido el Ministerio de Trabajo y sus equivalentes autonómicos.

2.- Sustituir el modelo vigente por otro que no sólo comprenda prestaciones adicionales a las ofrecidas por los demás Regímenes, aun cuando ello pueda suponer la revisión de las aportaciones de los beneficiarios para actualizar las percepciones e indemnizaciones.

En tanto no parece demasiado justificado que un ciudadano esté cubierto y, por tanto, pague por una asistencia sanitaria que ya recibe merced al derecho universal a su disfrute, el Seguro Escolar debería redefinirse como Sistema que contemple sólo coberturas no exigibles en la Seguridad Social y prestaciones económicas que no se solapen con las procedentes de otros Sistemas públicos de protección.

En concreto, las prestaciones sanitarias derivadas del Seguro Escolar, para tener sentido, deberían dar cobertura a las hipótesis de accidentes escolares y enfermedades relacionadas con la actividad estudiantil o sus secuelas, incorporando mejoras o nuevos derechos respecto a los que ya poseen los estudiantes merced a la mentada universalidad.

También es relevante la existencia de prestaciones económicas en casos de infortunio o quebranto familiar que prive al estudiante de medios económicos para

[1145] Conclusiones de la Mesa 2 (El seguro escolar) del X Encuentro Estatal de Defensores Universitarios, celebrado los días 24-26 de octubre en Madrid en 2007.

poder seguir sus estudios. Su concesión debe traer aparejada, junto a la gratuidad de la matrícula hasta la conclusión de los estudios, una cuantía suficiente como para afrontar con dignidad la pérdida financiera sufrida durante el tiempo suficiente para poder finalizar aquéllos.

Evidentemente, tales actuaciones exigirían fijar un precio adecuado a pagar por los estudiantes, pues el actual resulta desfasado y sumamente escaso[1146]. Con todo, es menester tener presente que el sujeto protegido no obtiene un remuneración por su actividad; factor que necesariamente ha de ser tenido en cuanta al cuantificar su aportación.

3.- Mejorar la calidad o cantidad de las prestaciones, teniendo en cuenta, entre otras posibles, las siguientes orientaciones:

-- El Seguro establece la edad límite de veintiocho años para su aplicación, "posiblemente por entender que la inmensa mayoría de los estudiantes españoles…, concluyen sus carreras antes del expresado límite", motivo por el cual se "otorga una garantía, cubriendo un riesgo hasta dicha edad exclusivamente" y "prestando así una seguridad limitada en el tiempo"[1147].

Sin embargo, al haber variado la edad media del estudiante y la duración de los estudios, ha perdido sentido la estricta limitación de los beneficiarios, sin posible matiz, a los veintiocho años. Si esto puede admitirse en general, aun más en caso de discentes con alguna discapacidad, respecto a los cuales no resulta extraña la necesidad de un período más prolongado para la conclusión de sus estudios (se confirma, por ejemplo, que su incorporación a la Universidad suele ser más tardía de lo ordinario), motivo por el cual, de mantenerse el tope de edad, debería excepcionarse, al menos, el caso de los discapacitados.

-- El Seguro debería cubrir a los estudiantes con independencia del lugar donde desarrollen su aprendizaje, lo que supone extender expresamente sus beneficios, por ejemplo, a prácticas de campo o en empresa, actividades desarrolladas en el extranjero, programas de intercambio…

-- Es deseable suprimir el año de carencia para recibir ciertas prestaciones.

-- La incompatibilidad entre las prestaciones del Seguro Escolar y las del resto de Regímenes de Seguridad Social plantea problemas específicos (algunos ya puestos

---

[1146] Abogando por "poner al día la acción protectora y, por ende, la cuantía de las cotizaciones si se quiere evitar que cualquier aproximación al REE no produzca otra cosa que sonrojo", ESTEBAN LEGARRETA, R. y ARQUED SANMARTÍN, A.: "Pluriactividad y encuadramiento subsidiario en los regímenes especiales de la Seguridad Social de los trabajadores agrarios, del mar y de los estudiantes", cit.

[1147] DE LA LAMA RIBERA, L.J.: "El accidente por el estudio en el Seguro Escolar", cit., pág. 24. "Posiblemente se entienda que a esa edad ya se ha concedido un plazo prudencial para la finalización exitosa del ciclo académico, y que la demora es imputable exclusivamente al estudiante; podría convertirse, en suma, en una especie de sanción por resultados académicos poco satisfactorios, por una presunta falta de diligencia, en la medida que teóricamente el estudiante ya debería haber perdido tal condición y haberse incorporado al mercado laboral... Una limitación de esta índole parece razonable, máxime atendiendo a la generosidad del umbral fijado, veintiocho años", RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social*, cit., pág. 122.

de manifiesto en el discurso precedente), en tanto el estudiante está cotizando regularmente en los Regímenes de los que, de ser eliminada la incompatibilidad, se beneficiaría.

-- El Seguro Escolar debería ofrecer cobertura, en las mismas condiciones que a los estudiantes españoles, a los extranjeros que, participando en programas de intercambio aprobados por centros españoles, no gozasen de un modelo equivalente en sus países de origen, de forma que pudiesen disfrutar de sus beneficios durante su período de permanencia en España.

4.- Garantizar que una eventual transferencia de la gestión del Seguro Escolar a las Comunidades Autónomas no menoscabe las prestaciones ni el principio esencial de igualdad y equidad de derechos de todos los beneficiarios, con independencia de su adscripción dentro del territorio español.

En particular, en ningún caso sería admisible constreñir la recepción de tratamientos sanitarios a la Comunidad Autónoma de origen, cuando la movilidad del estudiante es al día de hoy una realidad cotidiana y, de hecho, deseable, incluso a nivel internacional.

NORMATIVA
Ley de 17 de julio de 1953, sobre establecimiento del Seguro Escolar en España
Orden de 11 de agosto de 1953, por la que se aprueban los Estatutos de la Mutualidad del Seguro Escolar
Orden de 6 de junio de 1956, implantando la prestación de tuberculosis pulmonar
Decreto de 14 de septiembre de 1956, extendiendo el campo de aplicación a los estudiantes de Escuelas Técnicas de Grado Medio
Orden de 25 de marzo de 1958, sobre establecimiento de la prestación de cirugía general
Orden de 12 de abril de 1958, sobre establecimiento de la prestación de neuropsiquiatría
Orden de 29 de enero de 1959, declarando la compatibilidad del disfrute de becas y prestación de infortunio familiar
Orden de 22 de diciembre de 1959, modificando los artículos 7, 85 y 95 de los Estatutos
Orden de 1 de marzo de 1962, por la que se establece el tratamiento postsanatorial de la prestación de neuropsiquiatría
Orden de 1 de marzo de 1962, por la que se establece la prestación de tuberculosis ósea
Orden de 27 de junio de 1963, por la que se suprime el período carencial en las prestaciones de la Mutualidad del Seguro Escolar que actualmente lo tienen establecido
Orden de 27 de junio de 1963, por la que se eleva a 14.400 pesetas la cuantía de la prestación de infortunio familiar
Orden de 14 de septiembre de 1964, por la que se fijan la cuota y la entrada en vigor de la extensión del Seguro Escolar a los alumnos del Bachillerato Superior General y Laboral y a las Escuelas de Ayudantes Técnicos Sanitarios
Orden de 21 de abril de 1965, por la que se amplían las prestaciones sanitarias de la Mutualidad del Seguro Escolar (establece las prestaciones de tocología, fisioterapia, radioterapia, cobaltoterapia, radiumterapia y riñón artificial, e incluye en la prestación de cirugía los gastos derivados del diagnóstico que motive la intervención quirúrgica)
Decreto 2078/1971, de 13 de agosto, por el que se extiende el campo de aplicación del Seguro Escolar a los alumnos que siguen enseñanzas de Formación Profesional
RD 1633/1985, de 28 de agosto, sobre incompatibilidades del Seguro Escolar y fijación de la cuota
RD 270/1990, de 16 de febrero, por el que se incluyen en el Régimen del Seguro Escolar los alumnos que cursen el tercer ciclo de estudios universitarios conducentes al título de doctor
Resolución de 28 de marzo de 1990, de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social, sobre disfrute de beneficios del Seguro Escolar a los alumnos de Formación Profesional Especial
RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (disposición final cuarta)
RD 3/1995, de 13 de enero, sobre enseñanzas y asuntos consulares en materia de estudios y titulaciones de Ciencias Eclesiásticas de nivel universitario
Orden de 7 de febrero de 1997, por la que se regula la tarjeta de extranjero
Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (y su reforma por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre)
Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades
RD 286/2003, de 7 de marzo, por el que se establece la duración de los plazos para la resolución de los procedimientos administrativos para el reconocimiento de prestaciones en materia de Seguridad Social
Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas
RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación
RD 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales

VIII.- Bibliografía

BADIOLA SÁNCHEZ, A. y LANTARÓN BARQUÍN, D.: "Regímenes Especiales de Empleados de Hogar y Estudiantes", en AA.VV. (DE LA VILLA GIL, L.E., Dir.): *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2004.

BORRAJO DACRUZ, E.: "La política de Seguridad Social en España y los problemas de los estudiantes españoles", *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, núm. 5, 1953.

CABEZAS ESTEBAN, J.L.: "Reflexiones sobre el Seguro Escolar", *REDT*, núm. 37, 1989.

CARMENA, Mª.J.; GONZALO, J.A. y MIRÓ, J.: "Seguro escolar: descripción, funcionamiento y problemas", ponencia de la Mesa 2 (El Seguro Escolar) del X Encuentro Estatal de Defensores Universitarios, celebrado los días 24-26 de octubre en Madrid en 2007.

DE LA LAMA RIBERA, L.J.: "El accidente por el estudio en el Seguro Escolar", *Revista de Política Social"*, núm. 28, 1955.

ESTEBAN LEGARRETA, R. y ARQUED SANMARTÍN, A.: "Pluriactividad y encuadramiento subsidiario en los regímenes especiales de la Seguridad Social de los trabajadores agrarios, del mar y de los estudiantes", *AS*, núm. 12, 2001.

FAGOAGA, M.: "Los estudiantes y la Seguridad Social", *Revista de Política Social*, núm. 9, 1951.

FRAGA Y TENA, M.: "Una encuesta a los estudiantes universitarios", *Revista Internacional de Sociología*, núms. 28, 29 y 30, 1950.

GÓMEZ PUENTE, M.: "Dos notas sobre la potestad reglamentaria. A propósito de la regulación del seguro escolar. Comentario a la STS (Sala 3ª, Sección 7ª) de 16 de julio de 1993", *Diario La Ley*, núm. 3794, 1995.

LANTARÓN BARQUÍN, D.: "El Régimen Especial de la Seguridad Social de estudiantes: análisis de un régimen jurídico en vías de extinción", *TS*, núm. 83, 1997.

LÓPEZ SEGURA, N.: "El seguro escolar: comentario a la STSJ País Vasco de 24 de mayo de 2005 (AS 2005, 2078)", *AS*, núm. 3, 2005.

NOFUENTES G. MONTORO, M.: "El régimen francés de previsión social del estudiante y su comparación con el proyecto español", *RPS*, núm. 17, 1953.

-- "La prestación por enfermedad y accidente en el seguro escolar (Directrices de interpretación y posible mejora del régimen legal vigente)", *Cuadernos de Política Social*, núm. 24, 1954.

RIBAS, J.J.: *La Securité Sociale des Etudiants*, París, 1949.

RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *Ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social*, Cizur Menor (Aranzadi), 2006.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "Régimen Especial de estudiantes", en AA.VV.: *Factbook de Seguridad Social*, 5ª ed., Cizur Menor (Aranzadi), 2008.

SORIANO GARCÉS, V.: "El Seguro Escolar. Seguridad Social de los estudiantes", *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, núm. 2, 1978.

SORIANO I ORTIN, E.: "Responsabilidad civil y seguro escolar", ponencia presentada en *VI Forum Olímpico. Deporte escolar: hacia una nueva estructura*, Barcelona 9 y 10 de noviembre de 2005.

URQUIZU CAVALLÉ, A.: "La naturaleza tributaria de las cuotas del seguro escolar", *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, Vol. 52, núm. 266, 2002.

VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, 5ª ed., Madrid (Tecnos), 2009.

CAPÍTULO X.- ALGUNAS INCORPORACIONES EXPRESAS AL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. VENTURAS Y DESVENTURAS DE LOS DEPORTISTAS POR CUENTA AJENA, LOS PROFESIONALES TAURINOS Y EL PERSONAL FUNCIONARIAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

Diego Megino Fernández
Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA)

SUMARIO: I.- Introducción. II.- El heterogéneo colectivo de los deportistas profesionales. 1.- Historia de un torpe y prolongado peregrinaje para lograr la plena y efectiva incorporación en el Sistema de la Seguridad Social. 2.- El concepto de deportista profesional como piedra angular en orden a la incorporación en el Sistema. 3.- Su contribución a la caja única del Sistema. 4.- El grado de tutela otorgada al deportista profesional dentro del Sistema de la Seguridad Social. 5.- El peculiar y diferenciado tratamiento establecido para los deportistas de alto nivel. III.- Las circunstancias distintivas que describen la situación de los diestros y de otros sujetos asociados a la lidia. 1.- La exacta delimitación de la noción de profesional taurino como punto de partida. 2.- Elementos definitorios en materia de actos de encuadramiento. 2.1.- La inscripción de quien contrata los servicios del profesional taurino. 2.2.- Diligencias a observar en orden a la incorporación al Sistema del profesional taurino. 3.- Condiciones definitorias en las contribuciones a satisfacer al Sistema. 4.- Cuestiones relevantes en materia de acción protectora. IV.- Los funcionarios de la Administración local. Una reseña. V.- Conclusiones. VI.- Bibliografía.

I.- Introducción

En una ambición comprensible, con reflejo tanto en la originaria LGSS de 1974 (Decreto 2065/1974, de 30 de mayo), como en el contemporáneo Texto Refundido de 1994 (RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio), la preferencia o vocación hacia la unidad debe presidir inexcusablemente la ordenación del Sistema de la Seguridad Social. Con motivo de esta legítima pretensión, el Gobierno, previa proposición razonada del Ministro de Trabajo, tiene atribuida la potestad de, con las peculiaridades que resulten menester, dar cobijo dentro del Régimen General a cualquiera de los Especiales coexistentes en un momento dado. Es más, incluso si ello no fuera factible, subsiste una oportunidad adicional de equiparación indirecta, representada por la posibilidad de unificar dos --o más-- Regímenes Especiales "cuando así lo aconsejen las características de ambos [...] y se logre con ello una mayor homogeneidad con el Régimen General" (art. 10.5 LGSS).

Gracias a este principio de uniformidad, se aspira a convertir este último en el necesario punto de encuentro para, al menos, cuantos empleados por cuenta ajena convivan en el mercado de trabajo[1148]. En este sentido, merecen una singular consideración las múltiples y sucesivas ampliaciones llevadas a efecto mediante la integración de antiguos Regímenes Especiales o Entidades de Previsión que, aun cuando suelen conservar ciertas particularidades --por lo común responsables de un tratamiento diferenciado *ad initium*-- forman ahora parte de aquél.

[1148] AA.VV. (MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., Dirs. y Coords.): *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social (Tomo I)*, Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2008, pág. 210.

De todas maneras, el proceso no se ha detenido ahí. Antes al contrario, junto con los asalariados en el sentido usual del término, otros sujetos han merecido idéntico tratamiento. Así ocurre, por ejemplo, con los asimilados enumerados en el art. 97.1 LGSS o con todos aquellos grupos cuya inclusión dimana de un mandato legal determinante[1149].

En consecuencia, "en unos casos estamos ante auténticas relaciones de trabajo por cuenta ajena, por lo que el objetivo --de la inserción-- es solo clarificar esta condición [...] (asimilaciones declarativas o en sentido impropio), mientras que en otras ocasiones es claro que el colectivo beneficiario [...] no guarda una identidad con el contrato de trabajo (asimilaciones constitutivas o en sentido técnico)"[1150].

Por cuanto aquí más interesa, corresponde precisar que el escalonado acceso del variopinto conjunto de los atletas o jugadores al servicio de un club o entidad deportiva encajaría sin dificultad aparente en la primera de las hipótesis reseñadas; en tanto que la de los profesionales taurinos, sobre todo por lo que a la figura del matador atañe, y la del personal funcionarial que desempeña su labor en el seno de una Administración local generan más dudas.

Precisamente, estos tres colectivos van a ser objeto de estudio en el presente epígrafe de la obra. Empero, y a diferencia de otros apartados de la misma, con el propósito último de reparar en aquellos aspectos que sirvan al lector para, al menos, reflexionar acerca de una integración ya materializada.

II.- El heterogéneo colectivo de los deportistas profesionales

Aunque en múltiples ocasiones el deporte no suele ser entendido como una efectiva prestación de servicios, sino como "una manifestación más de las típicas actividades de ocio, disfrute o esparcimiento"[1151], en realidad, y sin restringirlo a modelos prototípicos o de mayor reconocimiento o interés, admite una rica y variada práctica profesional en la cual no predomina el componente lúdico, sino un acreditado -- por muy modesto que éste sea-- ánimo de lucro.

Quizás por causa de esa desafortunada concepción, su reconocimiento como trabajadores por cuenta ajena y "como colectivo incluido en el Sistema de la Seguridad Social siguió una senda larga y tortuosa"[1152]. Tal es así que, hasta la década de los años setenta, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del extinto Tribunal

---

[1149] De esta manera, "si bien la figura central sigue siendo el trabajador por cuenta ajena [...] ha ido incorporando [...] otras relaciones jurídicas [...] para incorporar a su campo de aplicación [...] a los nuevos sujetos o colectivos que, como consecuencia de la evolución económica, social y del mercado de trabajo, han ido surgiendo". Remarcando este fenómeno, BLASCO LAHOZ, J.F. y LÓPEZ GANDÍA, J.: *Curso de Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2009, pág. 58.

[1150] VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, 5ª ed., Madrid (Tecnos), 2009, pág. 88.

[1151] GARCÍA MURCIA, J.: "El deporte como trabajo: la relación laboral especial de los deportistas profesionales", *AS*, núm. 1, 2010.

[1152] Y "sin que […] hechos tan determinantes como el quedar dotados de un estatuto laboral fuera un elemento que abocara a lo que en tal caso debiera haber sido lo coherente: su inclusión en el Sistema". Constatando esta incoherencia, AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y CARDENAL CARRO, M., Dirs.): *Los deportistas profesionales. Estudio de su régimen jurídico laboral y de Seguridad Social*, Granada (Comares), 2010, pág. 583.

Central de Trabajo optaron casi sin fisuras por apartarlos del ámbito del Derecho laboral y, por ende, del régimen público de tutela[1153].

1.- Historia de un torpe y prolongado peregrinaje para lograr la plena y efectiva incorporación en el Sistema de la Seguridad Social

Hoy en día, los deportistas profesionales aparecen íntegramente encuadrados en el Régimen General, pero no a modo de asimilados, sino como genuinos asalariados por cuenta ajena. No obstante, el camino recorrido para llegar a este resultado ha estado plagado de múltiples obstáculos. Junto con un postrero y extemporáneo reconocimiento general --llevado a cabo con la promulgación del RD 287/2003, de 7 de marzo--, demasiados contrasentidos y dudas hermenéuticas fueron haciendo acto de presencia.

Sin descubrir con ello nada nuevo, durante demasiado tiempo su integración vino caracterizada por la segmentación, toda vez que las escasas inserciones efectuadas aludían a prácticas y disciplinas bien delimitadas (fútbol, ciclismo, baloncesto o balonmano), las cuales además se fueron produciendo de manera espaciada por vía de redundantes Reales Decretos de contenido concordante.

En definitiva, esta llamativa circunstancia "ilustra la arbitrariedad e irracionalidad [...] tantas veces presentes en la actual ordenación del Sistema. En efecto, si, como se ha reconocido oficialmente, el carácter laboral de la relación de los deportistas profesionales hubiera debido determinar [...] la inclusión en el Régimen General, lo cierto es que la incorporación de los diferentes grupos de deportistas se ha venido produciendo por la 'técnica del goteo', a través de sucesivas normas reglamentarias"[1154].

El curso de los acontecimientos comenzó con los futbolistas (RD 2621/1986, de 24 de diciembre, por el cual, entre más, desaparece el Régimen Especial que les era propio) y continuó con los ciclistas (RD 1820/1991, de 27 de diciembre) y los jugadores de baloncesto (RD 766/1993, de 21 de mayo) y balonmano (RD 1708/1997, de 14 de noviembre). Pero, como ha quedado expuesto, devino preciso esperar hasta el RD 287/2003 para poner término a una sinrazón arraigada y otorgar, de una vez, el mismo trato al colectivo en su conjunto.

Con todo, los orígenes del fenómeno se remontan bastante tiempo atrás, en concreto a la Ley de Mutualidades y Montepíos Libres de 6 de diciembre de 1941. A su amparo, y como consecuencia de la publicación de la Ley de Educación Física de 1961[1155], quedó constituida la Mutualidad General Deportiva (1966), de carácter no

---

[1153] No fue hasta la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 24 de junio de 1971, "Asunto Pipi", cuando esa tesis inicial se fue desmoronando, tal y como certifican MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "Régimen de los deportistas profesionales", en AA.VV. (PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R., Dirs.): *El deporte en la jurisprudencia*, Cizur Menor (Thomson/Reuters), 2009, pág. 1181.

[1154] VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, cit., págs. 93 y 94.

[1155] "Se hizo patente la necesidad de contar con una Entidad que [...] –asumiera-- la función de protección al deportista del posible accidente en la práctica de su deporte, con lo que la cotización a la Mutualidad se convirtió en requisito obligado en la práctica deportiva oficial". Subrayando la importancia de esta circunstancia, AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J. L. y CARDENAL CARRO, M., Dirs.): *Los deportistas profesionales. Estudio de su régimen jurídico laboral y de Seguridad Social*, cit., pág. 584.

laboral y a la cual quedaban adscritos de manera obligatoria quienes estuvieran dedicados o vinculados a esta actividad (deportistas, árbitros, entrenadores, etcétera)[1156].

Esta entidad socorría frente al percance sufrido durante el ejercicio del respectivo cometido e incluía asimismo la asistencia médico-quirúrgica y sanatorial, la rehabilitación, las indemnizaciones por pérdidas anatómicas o funcionales y el auxilio en caso de fallecimiento. No protegía, por contra, frente a otros riesgos de mucha más difícil materialización, tales como la vejez.

En una lógica evolución, tiempo después algunas disciplinas se decantaron por fundar la suya propia; la pionera, como no podía ser de otra manera, la de los futbolistas[1157], cuyos estatutos fueron aprobados el 18 de junio de 1969[1158]. En su virtud, los mutualistas tenían derecho a prestaciones sanitarias, farmacéuticas y económicas de muy diversa índole, aunque no muy alejadas del anterior patrón referencial.

Sea como fuere, menester resultó aguardar hasta el año 1979 para ser testigos de la efectiva entrada en el Sistema de la Seguridad Social de uno de sus grupos integrantes. De nuevo, el honor correspondió a los profesionales del balompié; exclusivamente respecto de ellos, el RD 2806/1979, de 7 de diciembre, desarrollado por la casi inmediata Orden de 21 de ese mismo mes, da vida a un Régimen Especial privativo --expulsado de la realidad jurídica, como ha tenido ocasión de indicarse, por el RD 2621/1986[1159]--, encargado de poner algo de paz entre una doctrina judicial enfrentada[1160]. Eso sí, el amparo público otorgado quedaba algo limitado, por cuanto

---

[1156] El ámbito subjetivo del art. 9 de los Estatutos de la Mutualidad General Deportiva era realmente amplio. A tenor de dicho precepto, resultaban beneficiarios de la misma: "a) los deportistas titulares de licencia federativa; b) los deportistas encuadrados en los organismos deportivos dependientes de la Secretaría General del Movimiento; c) los árbitros, jueces, cronometradores y personas de similar función en posesión de documentos, credencial federativa, o de organismo deportivo dependiente de la Secretaría General del Movimiento; d) los entrenadores, preparadores, masajistas y demás personal técnico que, asimismo [...] --estuvieran-- en posesión de documento, credencial federativa o de organismo deportivo dependiente de la Secretaría General del Movimiento; e) Presidente, Vicepresidentes, Vocales y demás cargos de las Federaciones y los mandos de organismos deportivos dependientes de la Secretaría General del Movimiento en aquellos casos en que su cometido [...] --pudiera-- suponer actividad personal en los ámbitos y medios deportivos".

[1157] Quienes "tradicionalmente han gozado de un trato privilegiado desde el punto de vista de la Seguridad Social". La certera observación, en CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: "Sobre la problemática derivada de los criterios para la inclusión de los deportistas profesionales en la Seguridad Social", en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Trabajo y libertades públicas*, Madrid (La Ley), 1999, pág. 157.

[1158] Con carácter previo, "los clubes de fútbol dotados de una adecuada organización asociativa se limitaban a garantizar las prestaciones sanitarias suficientes para procurar la curación de las lesiones de sus jugadores". La precisión, en RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, Madrid (Dykinson), 2002, pág. 341.

[1159] "La 'especialidad' seguramente era el resultado de una suerte de compromiso (o el intento de búsqueda de un equilibrio o término medio): si bien se mira, supone la atribución a esas personas de un 'Régimen laboral' (distanciándolas, por lo tanto, de la normativa civil, mercantil o administrativa), pero también pone de relieve que no les valen del todo las leyes laborales de carácter general, por tratarse de una actividad con unas notas muy particulares". El atinado apunte, en GARCÍA MURCIA, J.: "El deporte como trabajo: la relación laboral especial de los deportistas profesionales", cit.

[1160] Así, mientras en la STCT 26 enero 1976 (RTCT 1976, 165) confirmó el derecho del futbolista profesional a la inclusión en el Sistema a pesar de la ausencia de previsión legal expresa, en otras posteriores como, por ejemplo, las SSTCT 12 diciembre 1977 (RTCT 1977, 6405) o 26 noviembre 1979 (RTCT 1979, 6617), denegaron la posibilidad de percibir prestaciones públicas de Seguridad Social, valiéndose para ello de la inexistencia de una disposición normativa que reconociera esa oportunidad.

sólo comprendía la asistencia sanitaria (por cualquier contingencia), la invalidez permanente (en sus grados de total, absoluta y gran invalidez) y las prestaciones por muerte y supervivencia.

Al margen de otras consideraciones, esa situación privilegiada no guardaba la debida coherencia con algunas previsiones normativas posteriores. Así sucedía, *verbi gratia*, con el literal del art. 8.2 Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de la Cultura Física y del Deporte, en razón al cual los deportistas profesionales y los técnicos y entrenadores, sin perjuicio de las oportunas puntualizaciones o adaptaciones, se entendían "incluidos en el ámbito de aplicación de la Seguridad Social". Sin embargo, e inclusive a pesar del amplio ámbito subjetivo resultante de los arts. 7 y 97 LGSS --en atención a los cuales bastaba con la existencia de una efectiva relación laboral para considerar incorporado al individuo en el Sistema[1161]--, la ausencia de desarrollo reglamentario condujo a que los órganos jurisdiccionales no depuraran el contrasentido[1162].

El caso es que ni siquiera se aprovechó la doble oportunidad conferida por la elaboración de la normativa reguladora de la relación laboral especial del deportista profesional para resolver el galimatías. Ni el texto de 1981 (RD 318/1981, de 5 de febrero), ni el de 1985 (RD 1006/1985, de 26 de junio) abordaron directa y decididamente la cuestión. De todas maneras, al menos el primero sí llegó a recoger en su art. 9.d) una pequeña indicación sobre el particular, al señalar que, ante la extinción del vínculo contractual "por muerte o lesión que incapacite al deportista para la práctica del deporte por un tiempo superior a un año o con carácter definitivo, el deportista o sus beneficiarios tendrán, en estos casos, derecho a percibir la prestación que proceda de la Seguridad Social".

En conclusión, se hizo patente un desafortunado e incomprensible desencuentro entre las esferas de lo laboral y de la tutela pública. En tanto sí existía --y así era definida-- una auténtica relación constitutiva de una prestación de servicios por cuenta ajena, seguía sin contemplarse de forma explícita una consecuencia de todo punto lógica[1163].

Por consiguiente, "dadas las notas de la actividad laboral de los deportistas profesionales, ya se podía deducir su inclusión directa en el campo de aplicación del Régimen General, al amparo de lo previsto en los arts. 7.1.a) y 97 LGSS, sin necesidad de un acto de mediación normativa directa para incluir a los beneficiarios en el Sistema, pues las normas de integración tienen un valor meramente declarativo". Es decir, "el derecho subjetivo a incorporarse a la Seguridad Social no requiere de norma reglamentaria, porque la aplicación imperativa de los citados artículos no prevé excepción para estos profesionales, de modo que la sola condición de trabajador por cuenta ajena del deportista profesional ya bastaría para hacerle titular del derecho subjetivo a incorporarse a la Seguridad Social". La explicación completa, en FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "Peculiaridades en materia de Seguridad Social de los deportistas", *RMTIN*, núm. 69, 2007, págs. 141 y 142. De la misma opinión son, por ejemplo, LÓPEZ ANIORTE, M.ª del C.: *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Pamplona (Aranzadi), 1996, pág. 367 y ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: "El fin de una polémica: la inclusión de todos los deportistas profesionales en el Régimen General de la Seguridad Social", *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 10, 2003, pág. 444.

[1162] En este sentido, y referida a los ciclistas profesionales, la STSJ Cantabria 13 octubre 1993 (AS 1993, 4404).

[1163] Máxime cuando "el reconocimiento doctrinal, jurisprudencial y, finalmente, normativo del carácter laboral de la prestación de los deportistas profesionales hacía inevitable la inclusión de estos trabajadores dentro del Sistema protector de la Seguridad Social"; tal y como sostuvo MANRIQUE LÓPEZ, V. F.: "La Seguridad Social de los deportistas profesionales", *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento*, núm. 19, 2007, pág. 131.

La Ley del Deporte de 1990 (Ley 10/1990, de 15 de octubre) vino a complicar aún más el estado de las cosas cuando, a diferencia de su predecesora, omite cualquier manifestación en torno a este espinoso asunto, si bien sí conserva en su redacción la obligatoriedad del seguro deportivo, articulado a través de las Mutualidades de Previsión Social específicas.

La situación se torna casi "kafkiana" por causa del goteo de integraciones puntuales que marcaron la década de los años noventa. Como ha quedado subrayado, otras disciplinas (ciclismo, baloncesto y balonmano) siguieron --por separado y mediando varios años entre cada una-- al fútbol. Sin embargo, desde la postrera incorporación, fechada en el año 1997, hasta el posterior RD 287/2003, ningún otro colectivo fue objeto de idéntica consideración.

Por fin, este último texto logró ordenar el caótico escenario descrito y proporcionar una solución definitiva al agravio, encuadrando sin distinciones al amplio elenco de los deportistas profesionales dentro del Régimen General. Alegando razones de economía normativa y de seguridad jurídica, el legislador utiliza esta vía lógica y global "en lugar de continuar espaciando la integración, dando origen a sucesivos Reales Decretos de contenido coincidente" (parte expositiva del RD 287/2003).

A partir de este momento, "la actividad deportiva realizada con [...] fines lucrativos y con [...] dimensión profesional encaja en el supuesto de hecho contemplado por la legislación de Seguridad Social, y da lugar, en consecuencia, a la inclusión obligatoria en dicho Sistema, con los correspondientes derechos (acceso a prestaciones en caso de incapacidad, por ejemplo), deberes (entre ellos, el de cotización periódica) y responsabilidades (patrimoniales, administrativas o incluso penales)"[1164].

2.- El concepto de deportista profesional como piedra angular en orden a la incorporación en el Sistema

A efectos de encuadramiento dentro de la Seguridad Social, la exacta delimitación de la noción de "deportista profesional" se presenta como el elemento cardinal a valorar. En este sentido, el art. 1 RD 287/2003 supedita tal circunstancia a estar comprendido "en el ámbito de aplicación del RD 1006/1985".

Es decir, la previsión inmediata alcanza a "quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución". Naturaleza extensible asimismo a los jugadores o atletas vinculados de manera usual con "empresas cuyo objeto social consista en la organización de espectáculos deportivos" o con "empresas o firmas comerciales", siempre y cuando, en uno y otro caso, desarrollen los cometidos que les son propios (art. 1 RD 1006/1985).

Como se desprende, deviene imprescindible la concurrencia de las notas de ajenidad, dependencia y contraprestación económica por los servicios prestados impuestas en el art. 1 ET para el común de los trabajadores por cuenta ajena.

[1164] GARCÍA MURCIA, J.: "El deporte como trabajo: la relación laboral especial de los deportistas profesionales", cit.

La exigencia precedente obliga a exceptuar a las personas que, aun dedicadas al ejercicio de una disciplina deportiva en un club u organización de similar naturaleza, perciban exclusivamente por ello la compensación de los gastos derivados; así como, y un tanto discutible[1165], las relaciones entre los deportistas y las respectivas federaciones nacionales y, cabe presumir, autonómicas "cuando aquellos se integren en equipos, representaciones o selecciones organizadas por las mismas".

Por otro lado, si bien el RD 1006/1985 también deja fuera del ámbito estricto de la norma "las actuaciones aisladas para un empresario u organizador de espectáculos públicos", ello será, obviamente, "sin perjuicio del carácter laboral común o especial" de la contratación efectuada; lo cual, y entre otras resultas, determinará su entrada en el Sistema de la Seguridad Social, aun cuando sea al margen de las disposiciones del RD 287/2003.

Mayores debates generaron en su momento puntuales categorías o desempeños relacionados estrechamente con la figura objeto de estudio; fue el caso, por ejemplo, de los técnicos o entrenadores. La problemática surgió a raíz de los discordantes puntos de vista dentro de la doctrina judicial. De un lado, los órganos del orden contencioso-administrativo adoptaban como premisa una concepción rigurosa del deportista profesional, lo cual les facultaba de cara a "cuestionar si el entrenador está comprendido en dicha definición, pues su función, obviamente, no es la de practicar el deporte, sino la de adiestrar en técnicas y planteamientos a quienes lo practican". Sea como fuere, "de merecer la relación entrenador-club la calificación de relación laboral común o de alta dirección, incuestionablemente resultaría --también-- la obligación de afiliación, alta y cotización" en el Régimen General de la Seguridad Social[1166].

Desde una perspectiva más flexible, y al final imperante, los jueces y Tribunales de lo social no dudan en proclamar que "los entrenadores son conceptuados tan deportistas profesionales como los jugadores por ser los directores y responsables de la prestación material deportiva que estos desarrollan sobre el terreno y por no ser posible, en el ámbito de un club [...] la práctica del deporte [...] sin un entrenador"[1167]. En conclusión, y a pesar de ciertos interrogantes[1168], quedan encuadrados en el Régimen General en idénticas condiciones a las personas sometidas a su mando y directrices.

En otro orden de cosas, corresponde la condición de empresario y, por lo tanto, de responsable directo de las cargas instrumentales articuladas, al "club o entidad

---

[1165] Aun cuando, en realidad, no se produce un paréntesis o laguna en la acción protectora, ya que el deportista permanecerá encuadrado dentro del Régimen General en las mismas condiciones, con la singularidad de, a pesar de encontrarse bajo la dirección y disciplina de un tercero ajeno a la relación laboral y de utilizar sus aptitudes, pericias y habilidades en representación de este último, tener que seguir siendo el club o equipo de procedencia el responsable de las obligaciones resultantes, algún autor ha planteado diversas alternativas para legitimar dicha cesión: la suscripción por la federación de un seguro a través del cual cubrir posibles eventualidades; el alta del individuo en un sistema específico de Seguridad Social; el recurso al pluriempleo o la asunción por las respectivas federaciones de las cuotas correspondientes. Justificando la idoneidad de las anteriores opciones, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "Peculiaridades en materia de Seguridad Social de los deportistas", cit., págs. 161 y 162.

[1166] STS, Cont.-Admtivo., 16 julio 1991 (RJ 1991, 5996).

[1167] Tomando el testigo de las SSTS, Cont.-Admtivo, 28 mayo 1990 (RJ 1990, 4506) o 2 marzo 1994 (RJ 1994, 1720) y STS 14 diciembre 2007 (RJ 2008, 419).

[1168] Afirmando que, a pesar de esa asimilación jurisprudencial, convendría desarrollar "un Régimen específico con base en las peculiaridades de su ejercicio", FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "Peculiaridades en materia de Seguridad Social de los deportistas", cit., págs. 157 y 158.

deportiva con la que --los deportistas profesionales y demás individuos equiparado-- estén sujetos a la relación laboral especial [...] o al organizador de espectáculos públicos que mantenga relación laboral común con los mismos" (art. 10.1.1 RD 84/1996, de 26 de enero). Como tales, recaen sobre ellos los compromisos de solicitar la inscripción en el Sistema con carácter previo al inicio de sus actividades; hacer constar la Entidad Gestora o, en su caso, la Mutua que vaya a garantizar la protección por las contingencias profesionales y la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes del personal a su servicio; formalizar las afiliaciones o altas y las bajas de sus empleados; ingresar las aportaciones propias y las de sus trabajadores por los diferentes conceptos recaudables; etcétera.

Deberes esenciales incluso a efectos de competir válidamente en los campeonatos oficiales de ámbito estatal e índole profesional calificados por el Consejo Superior de Deportes (CSD). Tal es así que la Orden de 26 de abril de 1996, del Ministerio de Educación y Ciencia, impone como requisito básico "que los clubes o sociedades anónimas deportivas que pretendan tal participación acrediten el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social" (apartado primero)[1169]. Lo cual se traduce en "estar inscrito [...] en la Seguridad Social con la condición de empresario"; "haber dado de alta y afiliado, en su caso, a los deportistas profesionales a su servicio y a todos aquellos trabajadores vinculados directamente a la competición profesional con contrato laboral"; y "estar al corriente en el pago de las cuotas y demás conceptos de recaudación conjunta", salvo cuando, previo informe favorable de la Liga Profesional correspondiente, hubieran solicitado un aplazamiento o fraccionamiento en el abono de las mismas (apartado segundo)[1170].

Por las notables implicaciones que ello comporta, procede siquiera apuntar el excepcional tenor del art. 11 RD 1006/1985, en virtud del cual "durante la vigencia de un contrato, los clubes o entidades deportivas podrán ceder temporalmente a otros los servicios de un deportista profesional, con el consentimiento expreso de éste". Una vez producida, "el cesionario queda subrogado en los derechos y obligaciones del cedente, respondiendo ambos solidariamente del cumplimiento de las obligaciones laborales y de Seguridad Social".

3.- Su contribución a la caja única del Sistema

A pesar de la tantas veces referida inclusión expresa en el Régimen General, conviene señalar que, en este punto, el colectivo examinado, en particular por lo que a la

---

[1169] Estipulación que podría haber servido para admitir sin mayores inconvenientes la incorporación implícita en el Sistema de la Seguridad Social de estos clubes y sociedades, así como de los deportistas profesionales a su servicio. Defendiendo la bondad de este razonamiento, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: "El fin de una polémica: la inclusión de todos los deportistas profesionales en el Régimen General de la Seguridad Social", cit., pág. 445.

[1170] Sin que "el desconocimiento de tan elemental noción y de su consecuente obligación de dar de alta en el Sistema de la Seguridad Social en [...] plazo [...] a todo trabajador que ingrese al servicio del empresario [...] no puede ser achacado a una supuesta confusión entre las esferas laboral y deportivo-federativa, toda vez que sus ámbitos de actuación son totalmente diferentes. En efecto, un trabajador lo es [...] con independencia de si a nivel federativo se exijan o no unos determinados requisitos burocráticos para poder disputar partidos oficiales de competición". Remarcable la aclaración hecha por MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "Régimen de los deportistas profesionales", cit., pág. 1262.

figura de los futbolistas profesionales hace, presenta algún aspecto llamativo digno de mención.

El punto de partida está claro. Por lo común, resultarán aplicables las previsiones del art. 34 del Reglamento General de Cotización y Liquidación de la Seguridad Social (RD 2064/1995, de 22 de diciembre), por razón del cual:

a) En orden a precisar el importe de las correspondientes bases de cotización, menester será acudir a las prescripciones recogidas en los arts. 23 y 24 del Reglamento; en definitiva, rigen las mismas pautas que para el resto de trabajadores por cuenta ajena encuadrados en el Régimen General[1171].

b) Respecto de las bases mínima y máxima de comparación en concepto de contingencias comunes, al quedar incluidos en el grupo 3 de cotización, los respectivos importes ascienden, para el año 2010, a 744,60 y 3.198,00 euros mensuales. En cambio, la cotización por accidente de trabajo y enfermedad profesional y por los demás conceptos de recaudación conjunta está sujeta a los topes mínimo (738,90 €/mes) y máximo (3.198,00 €/mes) universales.

Sin embargo, para los jugadores profesionales de fútbol existe una pequeña singularidad a estos efectos (art. 30 RD 2064/1995). En concreto, y a pesar del manifiesto desfase con los emolumentos siquiera asegurados por convenio colectivo[1172], su límite inferior en concepto de base por contingencias comunes depende, en último extremo, de la división o categoría donde participe el equipo para el cual presten servicios[1173]:

[1171] Son aplicables idénticas pautas que para el resto de los trabajadores por cuenta ajena encuadrados en el Régimen General, inclusive en materia de conceptos retributivos computables. De ese modo, las partidas a integrar son el salario base y lo complementos aludidos en el art. 26.3 ET; los cuales, en el ámbito del deporte profesional, son básicamente: los fijados en atención a las condiciones personales del jugador o atleta (antigüedad, prima de fichaje), el desempeño (primas por partidos disputados o goles o puntos marcados), la situación económica y resultados obtenidos en los diversos campeonatos por el club o entidad empleadora (primas según la clasificación del equipo en las competiciones oficiales) y las gratificaciones extraordinarias de vencimiento periódico superior al mensual. Para una exposición más detallada, ROQUETA BUJ, R.: *El trabajo de los deportistas profesionales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1996, pág. 375. Con todo, determinadas contraprestaciones, como las referidas a los derechos de imagen del deportista, carecen de naturaleza salarial y, por consiguiente, no tienen cabida en la noción de retribución cotizable. Advirtiéndolo, la STS 20 abril 2009 (JUR 2009, 268209).

[1172] Según el Anexo II del convenio colectivo para la actividad del fútbol profesional (BOE de 4 de noviembre de 2008), "a los futbolistas profesionales afectados por el presente convenio se les garantizará por todos los conceptos unas retribuciones mínimas" cuya cuantía, para la temporada en curso, asciende a 120.000 (primera división) y 60.000 (segunda división) euros anuales.

[1173] Afirmando que, "tal y como se encuentra el mercado de jugadores de fútbol en primera división", convendría una revisión de la base máxima de cotización por contingencias comunes, FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: "Peculiaridades en materia de Seguridad Social de los deportistas", cit., págs. 145 y ss. No obstante, este mismo autor también reconoce que "si se intentara efectuar la cotización por contingencias comunes con importes cercanos al salario real, en especial la que se aplica a la jubilación, y teniendo en cuenta que los jugadores de fútbol desempeñan la actividad en su juventud, y que en la actualidad la base reguladora de la pensión de jubilación se encuentra en relación directa con las bases de cotización de los últimos quince años, la equiparación de la base de cotización con el salario no les reportaría ventaja alguna, bien todo lo contrario, además produciría un enriquecimiento poco justificable para las arcas de la Seguridad Social. Esta situación cambiaría si, por fin, se decidiera [...] elevar el período de cómputo de la base reguladora de la pensión de jubilación, desde los quince años actuales hasta la totalidad de la vida laboral de los trabajadores".

Categorías	Grupo de cotización	Base mínima mensual	Base máxima mensual
Primera división	2	855,90 €	3.198,00 €
Segunda división	3	744,60 €	
Segunda división B	5	728,10 €	
Restantes categorías	7		

4.- El grado de tutela otorgada al deportista profesional dentro del Sistema de la Seguridad Social

Dado el literal del art. 2 RD 287/2003, el nivel de protección reconocido a los deportistas profesionales será el establecido en los arts. 114.1 y, por remisión, 38 LGSS. Es decir, no presentan ninguna especialidad formal a este respecto.

De este modo, tienen aseguradas la asistencia sanitaria y recuperadora en los casos de maternidad, enfermedad común o profesional y accidentes, sean o no de trabajo; las percepciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, incapacidad permanente, jubilación, desempleo y muerte y supervivencia; las prestaciones familiares de la Seguridad Social; y los beneficios dirigidos a la reeducación y rehabilitación de inválidos, a la asistencia a la tercera edad y a cualquier cuestión o materia para la que se entiendan convenientes.

Para causar derecho a las mismas, menester será respetar los requisitos generales y específicos establecidos a lo largo del Título II LGSS. En definitiva, además de observar las condiciones singulares de cada una, corresponderá cumplir con el presupuesto de encontrarse afiliado y en alta o en situación equiparable en el momento de producirse el hecho causante, salvo "disposición expresa en contrario" (art. 124.1 LGSS). También, y a pesar de que únicamente sea para alguna de ellas, haber lucrado un período de cotización previo, siendo computables las aportaciones "efectivamente realizadas o las expresamente asimiladas a ellas" (art. 124.2 LGSS)[1174].

Pero las similitudes con el común de los trabajadores por cuenta ajena no se agotan con las antes referidas. Asimismo, cuentan con la posibilidad adicional de optar por un nivel privado complementario, articulado mediante mejoras establecidas en la negociación colectiva[1175] o a través de la suscripción por el club o entidad empleadora de un seguro, plan de pensiones o cualquier otro instrumento análogo.

[1174] En este sentido, corresponde destacar, por ejemplo, que gozaron de validez las aportaciones efectuadas a la Mutualidad de Futbolistas Españoles respecto de las prestaciones por muerte y supervivencia, cuando al producirse el hecho causante no se tuviera cubierto el período mínimo de cotización exigido. No, en cambio, las referidas a la jubilación, sin reconocimiento expreso ni siquiera en circunstancias excepcionales. Confirmándolo, la STSJ Galicia 13 marzo 1992 (AS 1992, 1240).

[1175] *Verbi gratia*, en atención al art. 33 del Convenio Colectivo para la actividad del fútbol profesional, suscrito el 31 de julio de 2008 (BOE de 4 de noviembre de 2008), "el Futbolista Profesional que, durante la vigencia del contrato, incurriera en baja por incapacidad temporal, por cualquier causa, tendrá derecho a que el club/sociedad anónima deportiva le complete la prestación de la Seguridad Social o Mutua

Es más, los deportistas profesionales --y los de alto nivel-- ostentan la facultad de realizar aportaciones a una Mutualidad de Previsión Social constituida al efecto (disposición adicional 11ª Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF), susceptible de cubrir cualquiera de las contingencias contempladas en el art. 8.6 del Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (RD Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre); a saber, jubilación, incapacidad permanente total o absoluta, gran invalidez, muerte del partícipe o beneficiario y dependencia severa o gran dependencia.

Como particularidad, el art. 59.2 Ley 10/1990 prevé que, "con independencia de otros aseguramientos especiales que puedan establecerse, todos los deportistas federados que participen en competiciones oficiales de ámbito estatal deberán estar en posesión de un seguro que cubra los riesgos para la salud derivados de la práctica de la modalidad deportiva correspondiente", el cual se instrumenta a través del Seguro Obligatorio Deportivo contemplado en el RD 849/1993, de 4 de junio. Ahora bien, "en realidad, este seguro obligatorio tenía el objetivo de garantizar la cobertura de los eventos dañosos que podían sobrevenir a los deportistas profesionales cuando todavía no estaban integrados en el sistema de la Seguridad Social [...] --motivo por el cual únicamente subsiste-- [...] para aquéllos que no sean considerados como deportistas profesionales"[1176].

Obviamente, este estudio no tiene por objeto un análisis pormenorizado de todas y cada una de las manifestaciones relatadas. Antes al contrario, y a tenor de la completa equiparación antes aludida, el propósito perseguido es el de dejar apuntados aquellos problemas concretos que se fueron presentando en el ámbito de la acción protectora vinculada a la Seguridad Social pública.

En este sentido, las principales fricciones aparecen con frecuencia anudadas a las diversas modalidades de incapacidad, por cuanto las exigencias derivadas de la práctica deportiva suelen repercutir tarde o temprano en el estado físico del profesional. De entre las diferentes vicisitudes planteadas, se entiende preciso destacar las siguientes:

a) En materia de incapacidad temporal, si bien la relación laboral queda en suspenso, "ello no es óbice para que el club o entidad deportiva le imponga al jugador ciertas obligaciones para su pronta y rápida recuperación"[1177].

b) La incapacidad permanente parcial fue tradicionalmente una eventualidad no reconocida, a pesar de algún pronunciamiento judicial que defendía justo lo contrario.

Patronal hasta el cien por cien (100%) de sus retribuciones, manteniendo esta situación hasta su alta o finalización del período contractual". En términos semejantes se manifiestan las normas pactadas referidas al balonmano (BOE de 13 de septiembre de 2006) o al ciclismo (BOE de 1 de abril de 2010) profesionales. Un análisis exhaustivo de tales cláusulas en MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: "La protección social pactada colectivamente en los Convenios del deporte profesional", *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento*, núm. 19, 2007, págs. 119-130.

[1176] FERNÁNDEZ ORRICO, F J.: "Peculiaridades en materia de Seguridad Social de los deportistas", cit., pág. 150.

[1177] De este modo, aun cuando "en situación de incapacidad temporal no podrá exigírsele […] asistir a los entrenamientos [...] sí está obligado a realizar las sesiones de ejercicio rehabilitador, bajo la supervisión de los técnicos y del servicio médico del club, que conduzcan a la rápida curación de la lesión deportiva y, de no asistir a tales sesiones, su ausencia sí será sancionable". Aclarándolo, RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, cit., pág. 353.

No obstante, en la incorporación del colectivo al Régimen General no fue objeto de excepción expresa, razón por la cual "no tiene porqué excluirse, si bien puede acontecer esta situación en contados supuestos, dada la especificidad de la actividad deportiva"[1178].

c) En fin, dados los múltiples e importantes debates originados, merece una mayor atención la contingencia de la incapacidad permanente, sobre todo en el grado de total y cuando la edad del solicitante representa un criterio básico a ponderar.

A este respecto, procede insistir en la inexistencia de una "norma que impida el acceso a la incapacidad en cualquiera de sus grados a los deportistas profesionales"[1179]. Ahora bien, tampoco concurren especialidades capaces de modular la pauta general de referencia.

A nadie se le escapa que la vida activa como deportista profesional está caracterizada por una duración relativamente corta y por la intensidad en el esfuerzo aplicado, muchas veces fuente de dolencias que influyen negativamente en su desempeño. Por este motivo, el art. 13.d) RD 1006/1985 define como causa de extinción de la relación la lesión determinante de una situación de incapacidad permanente total o absoluta o de una gran invalidez.

Sin embargo, el rendimiento suele resentirse asimismo como consecuencia del propio transcurso del tiempo, circunstancia latente en buena parte de las argumentaciones esgrimidas para tratar de obtener una declaración judicial de incapacidad.

Sea como fuere, los órganos jurisdiccionales no se han mostrado, al menos de inicio, particularmente predispuestos a dar satisfacción a dichas peticiones. Como muy bien ilustra aquel fallo judicial: aun cuando la LGSS no excluya dicha cobertura, ello "no quiere decir que en la apreciación de la misma no haya de atenderse a matización alguna diferenciadora [...] En concreto [...] tratándose de deportistas profesionales no cabe desconocer ni su muy limitada (en el tiempo) vida profesional, ni el hecho de que en el último tramo de ella se vayan sumando lesiones (por traumatismos, simple desgaste por el esfuerzo y años, o ambas cosas a la vez) que son consustanciales a la propia actividad, de extremo esfuerzo y alto rendimiento, de manera que si afirma [...] la necesidad de que el deportista de élite se encuentre siempre al máximo de aptitud física para realizar su exigente cometido, y si [...] se llega a entender que todo menoscabo físico veda el correcto ejercicio de la actividad profesional (tal parece el planteamiento del médico evaluador y el del neurólogo de la Seguridad Social), la consecuencia (a nuestro juicio inaceptable) necesariamente habría de ser la de que la vida laboral de estos deportistas concluiría siempre con declaración de invalidez permanente y no con su voluntaria retirada"[1180].

[1178] FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "Peculiaridades en materia de Seguridad Social de los deportistas", cit., pág. 154.

[1179] STSJ Cantabria 13 octubre 2003 (JUR 2004, 75234).

[1180] STSJ Galicia 8 noviembre 2000 (AS 2000, 5746). Tesis compartida por la STSJ Cataluña 23 febrero 2004 (JUR 2004, 122347), según la cual "habría que añadir la dificultad de que el demandante, en la fecha de la solicitud de la incapacidad permanente tenía ya casi 39 años de edad, y aun cuando la edad en sí misma y siempre que sea inferior a los 65 años, no constituye un condicionamiento u obstáculo legal para el reconocimiento de dicha incapacidad, definida la 'profesión' de los deportistas profesionales [...] no puede obviarse una realidad existente en el mercado laboral de nuestros días, parece evidente que un

Tal y como prosigue, "los procesos determinados por el ordinario transcurso de los años no son contingencia protegible por las prestaciones de invalidez permanente, sino que la referida disfuncionalidad atribuible al natural proceso de envejecimiento más bien encuentra su natural cobertura protectora en el mecanismo de la jubilación [...]. Pues bien, quizás no resulte desacertado entender que en la misma forma, también el deterioro y desgaste inherentes a los extremos esfuerzos del deporte de élite, con menoscabos físicos que se manifiestan lentamente y que se potencian con las inevitables pequeñas lesiones, no constituyen el objetivo propio a proteger como invalidez permanente; en caso contrario se llegaría a la rechazable conclusión anteriormente indicada, la de que la actividad laboral de los deportistas profesionales habría de concluir generalmente con declaración de discapacidad"[1181].

En resumidas cuentas, "el argumento de que la alta exigencia del deporte profesional supone que no sea factible su ejercicio eficaz sin estar al cien por cien de aptitud física, no puede traducirse en considerar que cualquier deficiencia, siquiera real y objetiva, haya de integrar una situación de incapacidad permanente. No hay que olvidar que las simples dificultades en la actividad laboral, cuando no llegan a obstar completamente las tareas fundamentales del oficio, son igualmente un hándicap en la contratación de todos los trabajadores protegidos por la Seguridad Social, y a pesar de ello [...] no se les reconoce grado invalidante alguno; sostener lo contrario respecto de los deportistas sería discriminatorio. Cuestión diversa es la de que (tratándose de tan especial colectivo) parezca razonable hacer una interpretación flexible y amplia en la apreciación de esa inhabilidad para el cometido laboral, que ha de medirse [...] con parámetros 'profesionales' y de alto rendimiento; lo contrario también sería inadmisible, por dificultar extremadamente una protección que la Ley confiere"[1182].

Como corolario de cuanto precede, "cuando se trata de un deportista profesional de edad avanzada, el criterio mayoritario de nuestros Tribunales es el de denegar la pensión solicitada [...]. En tanto que cuando no liga la invalidez a la edad, la concesión de la incapacidad permanente total es más pacífica, pudiendo afirmarse que siempre que la lesión se produzca practicando un deporte profesional y se acredite que, anteriormente a la lesión, el reclamante estaba capacitado para su práctica y no lo está después de sufrir esta, deberá ser declarado en aquella cuestionada situación"[1183].

---

futbolista a los 39 años de edad no va a encontrar un club que le contrate para la práctica del fútbol profesional, por lo que aun sin padecimiento alguno, no podría desarrollar la 'profesión' de futbolista profesional".

[1181] STSJ Galicia 8 noviembre 2000 (AS 2000, 5746).

[1182] STSJ Galicia 8 noviembre 2000 (AS 2000, 5746). Recurriendo a estos mismos argumentos, las SSTSJ Cantabria 7 septiembre 2005 (JUR 2005, 215946), e Islas Baleares 12 septiembre 2006 (AS 2006, 2412). En parecidos términos, se ha entendido que, a pesar de la edad del jugador (36 años) y de que la práctica del deporte profesional exige unas perfectas condiciones físicas, el actor puede continuar desempeñando labores ligadas al fútbol, tales como entrenador, preparador..., "de lo que se desprende que el recurrente no se halla incapacitado permanentemente [...] para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión habitual". Llegando a esta conclusión, la STSJ Cataluña 11 marzo 1999 (AS 1999, 1809). Mucho más matizada, al declarar que "la edad avanzada del deportista profesional no es un elemento impeditivo, por sí solo, para la calificación de la invalidez", en tanto que es "el proceso lesivo que le afecta, y no su edad [...] la causa que determina que, a la fecha del hecho causante de la prestación, y no antes, esté incapacitado para el ejercicio de su profesión", la STSJ Cantabria 28 junio 2006 (JUR 2006, 198195).

[1183] "Pero en rigor, los deportistas profesionales no están excluidos de la cobertura por incapacidad permanente total, sin que el hecho de que en ocasiones se discuta por solicitar la prestación no por un

Sin embargo, "dado el cariz que iba tomando la jurisprudencia, proclive al reconocimiento de la incapacidad permanente total para la profesión habitual [...] en épocas próximas al agotamiento de su aptitud física adecuada [...] la conjunta voluntad de los agentes sociales y el Gobierno --trató de poner-- coto, quizá demasiado drástico, a estas declaraciones judiciales"[1184].

A tales efectos, en el Acuerdo sobre Medidas en Materia de Seguridad Social, suscrito el 13 de julio de 2006 por CEOE, CEPYME, UGT y CC.OO., llega a proponerse que "la pensión de incapacidad permanente, en el grado de [...] total, se excluirá para aquellas profesiones cuyos requerimientos físicos resultan inasumibles a partir de una determinada edad. Estas profesiones se determinarán reglamentariamente, previa comprobación de que los cotizantes a las mismas se mantienen en su práctica totalidad en edades inferiores a los cuarenta y cinco años"[1185]. Previsión que finalmente no fue trasladada a la posterior Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

5.- El peculiar y diferenciado tratamiento establecido para los deportistas de alto nivel

En razón a las notables, y no del todo suficientemente justificadas, disparidades existentes entre este colectivo y el de los deportistas profesionales en sentido estricto, aquél se hace acreedor de un tratamiento separado[1186].

Como seguro es conocido, la práctica deportiva de alto nivel es la realizada en interés del Estado, dada su función representativa del mismo, en las pruebas o competiciones de carácter internacional (art. 2 RD 971/2007, de 25 de julio). Sin embargo, para merecer la consideración de deportista de alto nivel, el interesado debe reunir una serie de condiciones; entre las principales, figurar en alguna de las relaciones anuales aprobadas por el Consejo Superior de Deportes en colaboración con las Federaciones nacionales y, en su caso, autonómicas; o tributar en España en concepto de IRPF [art. 3.3.a) RD 971/2007]. En definitiva, "sus contornos están construidos al margen del Derecho del Trabajo y su motivación es la de mejorar la preparación de los deportistas que representen al Estado"[1187].

---

hecho determinante de la incapacidad, sino por la edad, y en consecuencia haya pronunciamientos jurisprudenciales que nieguen la cobertura, impidiera que fueran cada vez más numerosos los supuestos en los que sí se declara judicialmente el derecho a ese grado de incapacidad". No obstante, el Tribunal Supremo tampoco ha considerado que existan contradicciones suficientes para justificar un pronunciamiento unificador de doctrina. Repasando las resoluciones judiciales más relevantes, AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y CARDENAL CARRO, M., Dirs.): *Los deportistas profesionales. Estudio de su régimen jurídico laboral y de Seguridad Social*, cit., págs. 610 y ss.
Criticando que "la imposibilidad de que existan en esta materia criterios unificadores por parte del Tribunal Supremo ha dado como resultado la convivencia de criterios contradictorios en tal compleja materia", MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "Régimen de los deportistas profesionales", cit., págs. 1263 y 1264.

[1184] MANRIQUE LÓPEZ, V.F.: "La Seguridad Social de los deportistas profesionales", cit., pág. 140.

[1185] AA.VV.: *Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social*, 2006, pág. 50.

[1186] Precisamente, la propia LGSS termina por diferenciar "claramente, dentro del ámbito deportivo, dos formas de inclusión en el Sistema de la Seguridad Social: la primera de ellas, la de los deportistas profesionales […]; la segunda, la de los deportistas de alto nivel". Subrayando esta eventualidad, ÁLVAREZ CORTÉS, J. C.: "El fin de una polémica: la inclusión de todos los deportistas profesionales en el Régimen General de la Seguridad Social", cit., pág. 440.

[1187] AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y CARDENAL CARRO, M., Dirs.): *Los deportistas profesionales. Estudio de su régimen jurídico laboral y de Seguridad Social*, cit., pág. 592.

Centrando la atención en su incorporación al Sistema de la Seguridad Social, surge casi de inmediato la llamativa y artificiosa opción de suscribir un convenio especial, de naturaleza potestativa, lo cual conllevará el encuadramiento del individuo en el RETA (art. 13 RD 971/2007); circunstancia ésta que, en último extremo, implica para ellos "una cierta falta de sintonía en la protección"[1188].

Según otras voces autorizadas ya han tenido ocasión de exponer, "la inclusión de los deportistas de alto nivel en el Sistema constituía una aspiración histórica, y se insertaba dentro de las medidas de necesaria adopción para lograr su plena integración social y profesional"[1189]. Eso sí, dicho ingreso, supeditado a la inexistencia de una incorporación por razón de otra actividad[1190], no resulta forzosa, sino facultativa; posibilidad de difícil encaje "con lo dispuesto en el art. 12 LGSS y en el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que establecen la inclusión como obligatoria"[1191].

Pese a todo, fue el RD 1467/1997, de 19 de septiembre, sobre Deportistas de Alto Nivel, dando así cumplimiento a lo preceptuado en el art. 53.2.e) Ley del Deporte de 1990 y en la disposición adicional 3ª LGSS, el que en su art. 14 fue el primero en contemplar el derecho a solicitar esa entrada en el Sistema de la Seguridad Social mediante la formalización del referido convenio.

Sea como fuere, el régimen jurídico de aplicación no coincide exactamente con el previsto para cualquier otro titular del mismo, por cuanto el propio RD 971/2007 incorpora alguna peculiaridad remarcable respecto de lo dispuesto en la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre.

De manera sucinta, los deportistas de alto nivel mayores de 18 años que, en virtud de su desempeño deportivo o de cualquier otro cometido profesional, no hayan entrado ya a formar parte del Sistema, pueden solicitar su encuadramiento en el RETA, quedando a tales efectos afiliados y en situación asimilada al alta.

[1188] En una opinión compartida, ambos colectivos deberían recibir la cobertura del Régimen General "para conseguir –así-- una homogeneización de la protección social de los deportistas"; sin que, por otro lado, la asimilación a trabajador por cuenta ajena de los deportistas de alto nivel fuera algo anómalo. Y, la verdad, "podría haber sido un buen momento [...] el de la aprobación del RD 287/2003, para zanjar las diferencias en la inclusión y protección del Sistema de Seguridad Social habidas entre los deportistas de élite o alto nivel [...] --respecto de quienes-- preocupa la diferencia *in peius* que [...] sufren en el trato en materia de protección social". Imprescindibles las reflexiones sobre este particular de ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: "El fin de una polémica: la inclusión de todos los deportistas profesionales en el Régimen General de la Seguridad Social", cit., págs. 439 y ss.

[1189] Al final, "se trata de trabajadores que [...] han sido 'asimilados' a los autónomos", según expone LÓPEZ ANIORTE, M.C.: *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, cit., págs. 368 y 369.

[1190] Una de las censuras más recurrentes vertidas por la doctrina científica viene dada por el hecho de que la práctica de una disciplina deportiva en tales circunstancias sigue siendo considerada como una labor residual cuando el individuo la compagine con cualquier otro desempeño profesional; "visión marginal [...] criticable, no comprendiéndose bien que no pueda admitirse el pluriempleo o la pluriactividad cuando una de las actividades sea el deporte, lo cual evidentemente redunda en el no reconocimiento de dicha actividad en orden a futuras prestaciones". Ilustrando acerca de tal extremo, AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y CARDENAL CARRO, M., Dirs.): *Los deportistas profesionales. Estudio de su régimen jurídico laboral y de Seguridad Social*, cit., págs. 592 y 593.

[1191] MANRIQUE LÓPEZ, V.F.: "La Seguridad Social de los deportistas profesionales", cit., pág. 135.

Cabrá formalizar dicho convenio especial "aunque con anterioridad no hayan realizado actividad determinante de su inclusión en el campo de aplicación de la Seguridad Social" (art. 14.3 RD 971/2007); es decir, no precisan acreditar un aseguramiento previo --prescrito con carácter general-- de 1.080 días en los 12 años inmediatamente anteriores a la baja en la Seguridad Social.

La petición deberá ser presentada en el plazo de 90 días naturales, a contar desde el siguiente al de la publicación en el BOE de la correspondiente relación de deportistas de alto nivel donde figuren, retrotrayéndose sus efectos al primer día del mes en el cual hubieran adquirido esa condición.

Con todo, la no aparición en los sucesivos listados oficiales no constituye causa de extinción del compromiso previamente suscrito; efecto que sí resulta de la ejecución de otra actividad profesional determinante de la inclusión forzosa en uno cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social.

En cuanto a la cotización hace, el RD 971/2007 limita sus previsiones a una remisión al marco regulador del RETA. Sin embargo, ya que la cobertura del convenio especial no incluye las contingencias profesionales, no deviene aplicable el porcentaje relativo a las mismas, hecho que implica, como contrapartida, una más restringida esfera tuteladora, circunscrita a la incapacidad permanente, la muerte y la supervivencia (por contingencias comunes), a la jubilación y a la asistencia social.

En fin, no son escasos los aspectos merecedores de reflexión e, inclusive, crítica. Recuperando las palabras de quien más ha profundizado en la materia, corresponde subrayar circunstancias tales como su encuadramiento en un Régimen impropio --pues la práctica deportiva desplegada se realiza en interés de un tercero, el Estado, y no con la suficiente habitualidad característica del trabajador autónomo--; o ese modelo de inclusión subsidiario tan peculiar --al antojarse inconcebible que "desempeñando una misma actividad deportiva, en las mismas condiciones, para un mismo objetivo, sin embargo puedan encontrarse encuadrados en diferentes Regímenes de la Seguridad Social"[1192]--. Argumentos suficientes para, al menos, reconsiderar su situación y abogar abiertamente por una equiparación completa con los deportistas profesionales propiamente dichos.

III.- Las circunstancias distintivas que describen la situación de los diestros y de otros sujetos asociados a la lidia

Sin duda, el de los profesionales taurinos representa uno de los gremios revestido de un mayor número de singularidades a efectos de integración y tutela en el Régimen General de la Seguridad Social. Un cometido con rasgos definitorios tan particulares termina por acarrear una cantidad nada desdeñable de peculiaridades en materia tanto de encuadramiento como de derechos y deberes vinculados a la garantía prestacional. Precisamente, aquellos rasgos diferenciadores sirvieron en su día para justificar la existencia de un Régimen Especial exclusivo; aun cuando, después de ver la luz con el RD 1024/1981, de 22 de mayo, no tardó demasiado tiempo en desaparecer del ordenamiento.

[1192] El listado completo, en FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "Peculiaridades en materia de Seguridad Social de los deportistas", cit., págs. 166 y ss.

La tendencia hacia la unidad, con la consabida reducción a la mínima expresión de la pluralidad de modalidades de protección coexistentes, condujo con relativa premura --y quizás no con la debida reflexión-- a un cambio sustancial de percepción. En este sentido, la Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social, apremiaba en su disposición adicional 2ª a reubicarlos en el plazo de seis meses bien en el Régimen General, bien en cualquier otro de los Especiales.

A pesar de la demora, el legislador dio cumplimiento a este encargo con la aprobación del RD 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que incorporó dentro del primero de los referidos, entre más, al colectivo de los profesionales taurinos. En orden a justificar su elección, partió de la combinación de dos argumentos diferentes, si bien un tanto vagos e imprecisos. "De una parte, la naturaleza jurídica de la relación --en presencia-- [...] definida [...] como netamente laboral y, de otra, las peculiares características que conforman en la práctica el ejercicio de su respectiva profesionalidad" (parte expositiva del RD 2621/1986).

1.- La exacta delimitación de la noción de profesional taurino como punto de partida

Según aconteciera ya respecto de los deportistas, antes de centrar la atención en las especialidades estrechamente conectadas al objeto del presente estudio, procede dejar constancia, siquiera recurriendo a una elemental enumeración, de las funciones o labores específicas que comportan la entrada del individuo dentro de tan heterogéneo grupo.

Como es lógico, no todas las prestaciones conectadas a la lidia merecen ser calificadas como quehaceres propios de un profesional de la tauromaquia, al menos en el sentido aquí expuesto. Al tiempo, tampoco el ámbito subjetivo de la ocupación queda circunscrito a la exclusiva figura del torero. En realidad, el abanico de supuestos presenta una amplitud destacable; con mayor exactitud, el art. 3 RD 1024/1981, previsión a conservar como referente, alude a quienes, residiendo y efectuando normalmente su cometido en territorio nacional, sean "a) matadores de toros o de novillos; b) rejoneadores; c) sobresalientes; d) banderilleros, picadores y subalternos de rejones; e) mozos de estoque y de rejones, y sus ayudantes; f) puntilleros; g) toreros cómicos; y h) aspirantes de las distintas categorías profesionales".

En fin, un listado suficientemente expresivo, a pesar de alguna mención u omisión en extremo llamativa. Es el caso de la referencia explícita a quienes, según el símil, aguardan a que se les dé la alternativa, sujetos quizá todavía en pleno proceso de adquisición de las destrezas a aplicar en un futuro dentro del albero. Paradójicamente, y en el otro lado de la balanza, sus instructores quedan fuera de la categorización precedente, sin perjuicio, no obstante, de su inclusión por otro cauce en el Régimen General ordinario o, en su caso, en el RETA.

2.- Elementos definitorios en materia de actos de encuadramiento

En términos semejantes al resto de individuos, para la efectiva incorporación al Sistema menester será satisfacer un conjunto de diligencias y reunir una serie de requisitos. Estas condiciones, cargadas de notables peculiaridades en el caso que nos

ocupa, devienen precisas para la correcta formalización de la relación jurídica resultante.

Aun cuando dichos actos carecen también aquí de eficacia constitutiva, su estricta observancia se antoja todavía más esencial, pues un incorrecto o inexistente cumplimiento implica, al final, consecuencias de enorme calado a efectos de acción protectora.

2.1.- La inscripción de quien contrata los servicios del profesional taurino

Sin separarse de la norma común, compete al empleador o, en otras palabras, a quien recibe los frutos de la prestación, solicitar su filiación como tal en la TGSS con carácter previo a ocupar trabajadores por cuenta ajena (art. 12 RD 2621/1986).

A estos efectos, en principio representa el papel de patrono, asumiendo los deberes que le son propios, el "organizador del espectáculo taurino" (art. 12 RD 2621/1986), con independencia de su condición de persona física o jurídica (art. 10 RD 84/1996).

Con todo, no resulta exigible dedicarse de manera regular a ofrecer al público este controvertido entretenimiento. Por el contrario, suponen una circunstancia habitual que esta posición la ocupe alguien que, de forma puntual --aun periódica-- y por un motivo específico, se ve animado a ello.

Ahora bien, si la nota de la habitualidad está presente, corresponde aplicar la regla recogida en el cuarto apartado de la disposición adicional 7ª de la Orden de 18 de enero de 1995. Según su tenor, "los organizadores de espectáculos taurinos podrán disponer, previa solicitud ante la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social correspondiente o Administración de la misma y a efectos de la cotización por los profesionales taurinos, de un solo código de cuenta de cotización, válido para todo el territorio nacional".

En cambio, cuando aquella característica no concurra, es otra la especialidad a tener en cuenta. De este modo, siempre que no figuraran registrados con antelación como empleadores, sin importar la actividad determinante, "se presumirá cumplida la obligación [...] por el hecho de haber efectuado la cotización por los profesionales taurinos con anterioridad a la celebración del espectáculo de que se trate". En ese caso, "por la TGSS se le asignará número de inscripción de oficio, que será comunicado al organizador del espectáculo" (art. 11 de la Orden de 20 de julio de 1987).

Sea como fuere, conviene subrayar una circunstancia capaz de echar por tierra esta pauta de delimitación normativa de las partes contractuales. Y es que, en la práctica, la identificación del genuino patrono con la persona física o jurídica promotora de la exhibición no siempre es tal.

En una actividad donde los primeros espadas tienen a su cargo una cuadrilla de subalternos de confianza, la condición de empresarios, con todo lo que ello implica, corresponde necesariamente a aquéllos. Según advirtiera ya la doctrina judicial, constituye una " cuestión compleja […] la relación entre el componente de un grupo artístico (cuadrilla, orquesta o similar) y los demás sujetos de la relación, esto es, el

organizador del espectáculo público (empresario de la plaza de toros, en el caso) y el organizador y organizadores del grupo mismo (el matador de toros, en el caso), porque en tal supuesto existe: a) un grupo o pluralidad vinculado por relación laboral especial con el organizador del espectáculo, salvo que el grupo se configure con personalidad jurídica propia, contratando en forma civil con el empresario artístico, ya que la sociedad o persona jurídica no puede ser trabajador; b) Una relación entre cada componente del grupo y este mismo; en estos casos, es adecuado entender que a esta segunda relación pueden aplicarse también las distintas formas antes aludidas de sociedad, arrendamiento o relación laboral […] ordinaria. El debate ha de centrarse, por ello, en la forma de vinculación establecida entre los artistas y el grupo, atendiendo al contrato suscrito y al desarrollo de la relación acomodada al mismo, y debe entenderse como laboral ordinaria si existen las notas de ajenidad y dependencia en la prestación de servicios entre el miembro del grupo y el organizador de éste, así cuando se aprecian facultades directivas y organizativas que el organizador del grupo se reserva respecto al trabajo del actor y los frutos de éste le son ajenos, por cobrar del mismo una cantidad alzada por actuación, no una porción de lo que se percibiera del organizador del espectáculo y si, además, el organizador del grupo asume el pago de gastos consecuencia del trabajo”[1193].

Por su parte, la conjunta voluntad de los interlocutores sociales, materializada en el Convenio Colectivo nacional taurino, impone que “los matadores del grupo A vendrán obligados a contratar y mantener como fijos a toda la cuadrilla durante la temporada; los del grupo B, a contratar como fijos a tres subalternos, dos banderilleros y un picador; y los del grupo C podrán contratar libremente durante el transcurso de la temporada” (art. 13)[1194]. En resumidas cuentas, será el titular de la cuadrilla quien, en no pocas ocasiones, representará el papel de genuino empleador respecto de los integrantes de la misma.

Como última diligencia a observar, cualquiera que sea el obligado --bien el promotor del espectáculo, bien el titular o responsable de la cuadrilla--, en la petición de inscripción a presentar habrá de dejar constancia de la entidad por la cual opta a efectos de cobertura de las contingencias profesionales. Es decir, a diferencia de otros ejemplos, y por las razones que luego serán expuestas, no deviene obligatorio asegurar la prestación económica por incapacidad temporal derivada de accidente o enfermedad común.

2.2.- Diligencias a observar en orden a la incorporación al Sistema del profesional taurino

[1193] STSJ Andalucía/Sevilla 13 febrero 2003 (AS 2003, 2364).

[1194] Según el art.13 del Convenio Colectivo nacional taurino (BOE de 8 de abril de 2010), “los matadores de toros serán clasificados en tres grupos, denominados A, B y C. Grupo A: se incluirán en este grupo a los matadores que en la temporada anterior hayan tenido un mínimo de cuarenta y tres actuaciones en corridas de toros contando las celebradas en España, Francia y Portugal. También pasarán automáticamente a este grupo los que durante el transcurso de la temporada alcancen el citado número de cuarenta y tres actuaciones. Grupo B: se incluirán en este grupo a los matadores que en la temporada anterior hayan tenido un mínimo de trece actuaciones en corridas de toros, contando las celebradas en España, Francia y Portugal. También pasarán automáticamente a este grupo los que durante el transcurso de la temporada alcancen el citado número de trece actuaciones. Grupo C: se incluirán en este grupo los matadores de toros restantes”. Valores numéricos de referencia casi coincidentes con los establecidos para los rejoneadores (art. 14) y los novilleros (art. 15).

Sin que ello suponga de por sí una sorpresa, “la afiliación al Sistema de la Seguridad Social es obligatoria para todos los profesionales taurinos en quienes concurran las circunstancias determinantes de su inclusión” (art. 4 RD 1024/1981). A estos efectos, menester será atender, en principio, a las prescripciones recogidas en “las normas comunes aplicables al Régimen General” (art. 13 RD 2621/1986).

Por tanto, y en apariencia, cabría concluir que rigen las reglas dispuestas para el común de los trabajadores por cuenta ajena. Sin embargo, la realidad dista en extremo de coincidir con tal afirmación, pues son múltiples y notables las diferencias resultantes de unas especialidades tremendamente acusadas acerca de este particular.

En este sentido, destacan sobremanera las prácticamente inexistentes responsabilidades cuyo cumplimiento concierna a los empleadores que puedan dar ocupación efectiva al individuo. Al margen de una genérica, e independiente de la actividad determinante, afiliación inicial al Sistema, todos aquellos patronos que, a continuación, reciban la prestación de servicios del profesional taurino quedan eximidos de las cargas instrumentales referidas a la tramitación de las altas y de las bajas de estos asalariados.

Tal es así que corresponde a esos últimos actuar con vistas a conservar o, si se quiere, renovar el alta. Según explicita la norma, “en los primeros quince días del mes de enero de cada año, los profesionales taurinos deberán efectuar, ante la TGSS, declaración de su permanencia en el ejercicio profesional durante la temporada taurina correspondiente a dicho año, con objeto de que por ésta se confeccione o actualice el Censo de Activos de Profesionales Taurinos” (art. 11.3.1.1 de la Orden de 20 de julio de 1981). De incumplir el plazo antes señalado, no será hasta el primer espectáculo posterior en el cual intervengan cuando quepa entender cumplida con plenos efectos la incorporación al registro antes referido. Consecuentemente, en tanto en cuanto aquélla no tenga lugar, además de no figurar en el Censo, la persona causará baja, al menos por lo que a la actividad de la lidia hace, en el Régimen General de la Seguridad Social.

Con todo, no basta con una simple declaración indicativa de la voluntad de permanencia, el interesado viene forzado a certificar o, mejor, aportar indicios sobre la misma a través de “cualquier medio de prueba y especialmente mediante la remisión de los justificantes de actuaciones […] --dirigidos a certificar--haber participado en ocho espectáculos, al menos, durante el año anterior […] o, en caso de reaparición, en el último año en activo”. De no ser así, “se entenderá acreditada la permanencia, a efectos de inclusión en el Censo de Activos, desde el día de su primera actuación, como profesionales, en dicho año” (art. 11.3.1.2 de la Orden de 20 de julio de 1981).

En fin, la principal peculiaridad a reseñar radica en la consecuencia ya apuntada de la absoluta liberación del empresario en lo relativo a la obligación de poner en conocimiento de la TGSS las altas o bajas que puedan afectar a estos profesionales. Y es que, una vez probada la permanencia, el declarante será considerado en alta durante el año natural --o período inferior- de referencia o, en su caso, hasta la fecha en la cual genere derecho a la pensión de la que sea beneficiario o solicite formalmente causar baja en la actividad.

3.- Condiciones definitorias en las contribuciones a satisfacer al Sistema

Aun cuando el profesional dedicado a la tauromaquia conserva la situación de alta durante el año natural --o lapso inferior-- al cual viene referida la filiación en el Censo de Activos, no por ello está obligado a efectuar aportaciones periódicas durante la totalidad del período. En realidad, la carga surge respecto de las precisas actuaciones en las cuales intervenga, si bien en la determinación de las cantidades a entregar deja sentir sus efectos un mecanismo muy particular en la satisfacción de los débitos.

De entrada, y en idénticos términos a los artistas, "la Tesorería Territorial de la Seguridad Social o la Administración de la misma en la que se tramite la afiliación o, en su caso, el alta, en el momento de la tramitación de las mismas o a solicitud de los interesados cuando se les agoten los recibidos, expedirá un talonario de 'justificantes de actuaciones', compuesto de matriz y justificante, a nombre del trabajador afiliado y que éste conservará en su poder hasta causar baja definitiva en la actividad determinante de su afiliación y/o alta […] en cuyo momento deberá devolverlo a la Tesorería a la que figure adscrito".

Será "en el momento de abonar sus retribuciones al trabajador o, en todo caso, al finalizar la prestación de sus servicios, cuando el empresario les requerirá dos ejemplares del justificante y cumplimentará los datos relativos a la identificación de la empresa en la Seguridad Social, Entidad Gestora o colaboradora con la que tengan concertada la protección de las contingencias por accidente de trabajo y enfermedad profesional, categoría profesional del trabajador, fecha de alta y, en su caso, de baja, grupo de cotización por el período en alta, remuneraciones abonadas, base de cotización, Tesorería Territorial de la Seguridad Social o Administración de la misma para la que se ha efectuado o ha de efectuarse la cotización en la correspondiente Entidad recaudadora y demás datos que en el mismo se indiquen para el control y la regularización de la cotización" (art. 8.3 de la Orden de 20 de julio de 1987).

Por consiguiente, corresponde al empleador, respecto de los espectáculos que él gestione o, en su caso, concierte y para los que requiera los servicios del trabajador, proceder al ingreso de las cuotas propias y las del profesional a su cargo (art. 33.7 RD 2064/1995).

Sin embargo, conviene retener que "el peculiar procedimiento cotizatorio del antiguo Régimen Especial de Toreros, que mantiene el mencionado RD de integración en el Régimen General y que aparece actualizado en el RD 2064/1995, de 22 de diciembre […] obliga a tener en cuenta que los toreros --y, por extensión, los demás profesionales taurinos-- […] tenían y tienen un sistema de 'cotizaciones a cuenta', de acuerdo con el Grupo de cotización que corresponda a cada categoría"[1195].

En atención a lo expuesto, menester resulta distinguir entre los siguientes tipos de liquidación:

1.- Las provisionales o a cuenta, referidas a las contribuciones mensuales a ingresar por el empresario por cada día durante el cual el asalariado hubiera prestado servicios para él en el período de referencia.

[1195] STSJ Madrid 25 abril 2002 (AS 2002, 1661).

A tal fin, partirá de las bases fijas establecidas en la correspondiente Orden de Cotización, procediendo al descuento de la cuota del trabajador en el momento de abonar la pertinente retribución.

Ahora bien, "para determinar la base de cotización correspondiente a cada empresa", se seguirá el siguiente procedimiento:

a) Las empresas declararán, en los correspondientes boletines de cotización, los salarios efectivamente abonados a cada profesional taurino en el mes natural a que se refiera la cotización.

b) No obstante lo indicado en el párrafo anterior, con el carácter de liquidaciones provisionales, se cotizará por la base fija por cada día que el profesional taurino haya ejercido su actividad por cuenta de la misma, de acuerdo con las cantidades que se establezcan para cada ejercicio económico, y conforme al grupo profesional de cotización en que el profesional taurino se encuentre incluido.

Si el salario realmente percibido por el profesional taurino, en cómputo diario, fuese inferior a las cantidades señaladas en el párrafo anterior, se cotizará por aquél. En ningún caso, para la cotización por contingencias comunes, podrá tomarse como base de cotización una cantidad menor al importe diario de la base mínima de cotización correspondiente al grupo de cotización en que se encuentre encuadrado el profesional taurino. Para la cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y por los demás conceptos de recaudación conjunta, la base de cotización no podrá ser inferior a los topes mínimos absolutos" (art. 33.5 RD 2064/1995).

Dado el carácter difuso de la nota de la habitualidad en la prestación de servicios, "el tope máximo de las bases de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y para las de los conceptos de recaudación conjunta, en razón de las actividades realizadas por los profesionales taurinos para una misma o varias empresas, tendrá carácter anual y quedará integrado, para las contingencias comunes, por la suma de las bases mensuales máximas correspondientes a cada grupo de cotización, en el que cada categoría profesional esté encuadrada, y para accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y demás contingencias, por el límite máximo absoluto vigente en cada momento" (art. 33.4 RD 2064/1995).

Con todo, conviene no perder de vista la directriz expuesta en el art. 13.1 de la Orden de 20 de julio de 1987, a tenor de la cual "el profesional taurino que cause baja por enfermedad común o profesional, o accidente, sea o no de trabajo --así como por maternidad, paternidad, y riesgo durante el embarazo o la lactancia natural--, tendrá que efectuar a su cargo el abono de las cotizaciones correspondientes durante el tiempo que permanezca en dicha situación, incluidas las cuotas por accidente de trabajo y enfermedad profesional [...] y a favor de la entidad gestora o colaboradora con la que la última empresa tenga concertada la cobertura de aquellas contingencias".

Es más, "la base diaria de cotización durante […] --esta-- situación […] transitoria será la misma que hubiera servido de reguladora para el cálculo de la

prestación correspondiente, de haber tenido derecho a ella, obtenida por el cociente de dividir, entre 365, la cotización efectuada en el transcurso de los 12 meses anteriores, o el promedio diario de cotización realizada, si desde el día de inscripción en el censo al anterior al de la baja […] no hubieran transcurrido dichos meses" (art. 13.2 de la Orden de 20 de julio de 1987).

2.- Definitiva, surgida del ajuste anual practicado por la TGSS al final de cada ejercicio económico, procediendo a "la reclamación administrativa de las diferencias o a la devolución de oficio de las cantidades indebidamente ingresadas, en los términos establecidos respecto de los artistas" [art. 33.5.c) RD 2064/1995].

Dicha "regularización se llevará a cabo en función de la declaración que cada [...] --individuo-- debe formular [...] y en la que, amparados por los justificantes de actuaciones que han de remitir [...] se refundirán todas las actuaciones realizadas en el ejercicio económico o período a que se refiere la regularización, así como la totalidad de las retribuciones y las bases liquidables durante los mismos" (art. 9.6 de la Orden de 20 de julio de 1987).

Eso sí, será tramitada por separado, distinguiendo entre la situación del empresario y del propio profesional, siendo en último término cada uno de ellos responsable o beneficiario de las diferencias resultantes.

De este modo, en atención a su concreta labor en el coso y al número de actuaciones en la temporada anterior los profesionales taurinos quedan asimilados a uno de los siguientes grupos de cotización, resultándoles de aplicación las siguientes cuantías mínimas y máximas, conformes a la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado:

Categoría	**Grupo de cotización**	**Base mínima de cotización a cuenta por día de actuación**	**Base a cuenta diaria**	**Base máxima anual**
Matadores de toros y rejoneadores clasificados en los grupos A y B	1	34,39 €	987,00 €	38.376,00 €
Picadores y banderilleros que acompañan a matadores de toros del grupo A	2	28,53 €	909,00 €	
Matadores de toros y rejoneadores clasificados en el grupo C y restantes picadores y banderilleros	3	24,82 €	681,00 €	
Mozos de estoque y ayudantes, puntilleros, novilleros y toreros cómicos	7	24,63 €	407,00 €	

A título simplemente anecdótico, merece la pena destacar que, respecto del recargo del treinta y seis por ciento sobre la cuota empresarial por contingencias comunes establecido en la disposición final 6ª Ley 12/2001, de 9 de julio, para los contratos temporales de duración inferior a siete días, la TGSS ha interpretado que el

mismo no será de aplicación, entre otros, al singular colectivo de los profesionales taurinos.

4.- Cuestiones relevantes en materia de acción protectora

En cuanto a la materialización práctica de la tutela dispensada por el Sistema público de Seguridad Social, corresponde advertir igualmente acerca del importante número de características distintivas que, también aquí, presentan los profesionales taurinos; algo natural por causa de un desempeño y de un modelo de cotización rodeado de tantas singularidades.

Por tal motivo, corresponde dejar constancia expresa de las siguientes condiciones particulares, las cuales terminan por alejar aún más a este colectivo del patrón básico de referencia:

a) En primer término, procede hacer alusión a las reglas específicas acerca del cómputo del período de carencia. A tenor del art. 9.1 RD 2621/1986, "a efectos de acreditación de los días cotizados, dentro de cada año natural, se seguirán las siguientes reglas:

Primera.- Se dividirá entre 365 la suma de las bases por la que haya cotizado, que, en ningún caso, podrán superar el tope anual de cotización correspondiente a cada categoría profesional. Si el cociente resultante es superior a la base mínima diaria aplicable a la respectiva categoría profesional, se considerarán como cotizados todos los días del año natural, siendo la base de cotización diaria, que surtirá efectos en orden a las prestaciones, el cociente señalado.

Segunda.- En el supuesto de que el cociente a que se refiere la regla anterior sea inferior a la base mínima diaria aplicable a cada categoría profesional, se procederá a dividir la suma de las bases de cotización por la cifra correspondiente a dicha base mínima, siendo el resultado el número de días que se considerarán como cotizados".

Previsiones a completar con lo apuntado en el segundo apartado del referido precepto, según el cual "con independencia de las situaciones de asimilación al alta que, para las distintas contingencias y situaciones, se prevén en el Régimen General, se considerarán como asimilados al alta los días que resulten cotizados por aplicación de las reglas contenidas en los números anteriores y que no se correspondan con los de prestación real de servicios".

Ahora bien, estos últimos "se distribuirán entre los meses del año por partes iguales, sin que, en ningún caso, puedan resultar dentro de un mismo mes más días cotizados de los que lo integran. Una vez efectuada dicha distribución, los días que excedan se asignarán al último mes, o meses, del año en que subsistan días sin cotizaciones efectivas y asimiladas. Los días que, en virtud de la distribución […] correspondan a cada mes, se entenderán cumplidos a partir del inicio de dicho mes, y en los días en que no haya existido prestación real de servicios" (art. 10 de la Orden de 20 de julio de 1987).

Además, conviene no perder de vista que los mismos "se considerarán asimilados al alta tanto para causar derecho a prestaciones como a efecto de completar

el período mínimo de cotización exigible, para la determinación del porcentaje de la pensión de jubilación y para el cálculo de la base reguladora de las prestaciones"[1196].

b) Sin presentar una desigualdad radical con el concepto general, parece interesante siquiera señalar que el legislador ha entendido conveniente establecer una definición de accidente de trabajo privativa, precisando en paralelo un conjunto de supuestos específicos, constitutivos no obstante de un listado meramente ejemplificativo. De este modo, merecerá dicho tratamiento "toda lesión corporal sufrida por los profesionales taurinos con ocasión o a consecuencia de su actividad profesional. En todo caso, tendrán la consideración de accidentes de trabajo los sufridos por los profesionales taurinos, cualquiera que sea su categoría profesional, en las tientas, en los desplazamientos necesarios para tomar parte en sus actividades profesionales[1197], en las pruebas de caballos que anteceden a los espectáculos taurinos, o al efectuarse la suerte y enchiqueramiento de reses, siempre que dichos profesionales hubieran de actuar en el espectáculo de que se trate".

c) Para el abono de las prestaciones económicas a que pudieran tener derecho, destaca la situación en la cual se encuentra el sujeto con cuotas pendientes de pago tras la pertinente regularización definitiva. En tal supuesto, únicamente causará derecho a ellas cuando, además de cumplir con el resto de requisitos exigidos, subsane dicha eventualidad.

d) En el supuesto de incurrir en una situación de incapacidad temporal y, por extensión, de maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, el individuo tendrá derecho a los subsidios establecidos legalmente aun cuando en el momento de la baja tenga extinguido el contrato laboral.

A tal fin, la base reguladora resultará de dividir entre 365 la suma de las bases referidas a los doce meses inmediatamente anteriores al hecho causante o, de acreditar un período de contribución inferior al año, del promedio diario resultante.

e) En cuanto a la edad jubilación, destaca el establecimiento de límites de acceso diferentes en función del concreto cometido del potencial beneficiario.

Como seguro es conocido, la edad ordinaria de retiro admite su reducción o anticipación para aquellos grupos o actividades cuyos quehaceres vengan caracterizados

---

[1196] "Estamos ante una relación de carácter especial que se sustenta en un contrato por actuaciones y por un período determinado, de manera que el cómputo de días cotizados será en orden a las veces que la demandante actuó, siendo intrascendente el hecho de que lo hiciera en el año 2003 ya que el propio RD 2621/1986 y la Orden de 20 de julio de 1987 hablan de año natural para poder fijar el cómputo [...]. No tiene razón el recurrente cuando indica que la magistrado considera de alta solamente los períodos en que ha trabajado la demandante y que confunde el período de inactividad con la baja en la empresa, pues, continúa, lo que resultaría tan absurdo como pensar que sólo tendrá derecho al percibo de las prestaciones si se pone enfermo o sufre un accidente mientras se dirige o trabaja efectivamente. Lo que ocurre es que del propio juego de los artículos que acabamos de exponer, y partiendo, como se dijo del año natural, dichas normas establecen un sistema de los días asimilados al alta". Al respecto, la STSJ de las Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife 17 abril 2006 (AS 2006, 1780).

[1197] Es decir, también resulta aplicable la noción del accidente de trabajo *in itinere*. Consecuentemente, supone un efectivo percance de carácter laboral el infortunio sufrido cuando el profesional "tras participar en un festejo taurino [...] se desplaza […] para participar en otro". Precisándolo, la STSJ Andalucía/Sevilla 18 diciembre 2008 (JUR 2009, 143760).

por una naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, insalubre o, como es el caso, peligrosa[1198].

El legislador ha tenido en cuenta los riesgos vinculados a la lidia, de intensidad creciente con el envejecimiento de la persona, a la hora de establecer que "la edad mínima de jubilación de los profesionales taurinos para causar pensión de jubilación será la siguiente: a) la de 65 años, para los mozos de estoque y de rejones y sus ayudantes; b) la de 60 años, para los puntilleros; c) la de 55 años, para los demás profesionales taurinos" (art. 18.1 RD 2621/1986)[1199].

Con todo, "los mozos de estoque y de rejones y sus ayudantes podrán anticipar su jubilación a partir del cumplimiento de los sesenta años de edad. El porcentaje de pensión se reducirá, en estos casos, en un 8% por cada año de anticipación" (art. 18.2 RD 2621/1986).

Sin embargo, los cánones anteriores no actúan de manera automática; por el contrario, existe un requisito adicional a cumplir. Y es que, a efectos de poder acceder a la situación de jubilación con carácter previo a los 65 años de edad, "será necesario que los profesionales taurinos acrediten el haber actuado en los siguientes espectáculos taurinos de acuerdo a su categoría profesional: a) matadores de toros, rejoneadores y novilleros, 150 festejos […] b) banderilleros, picadores y toreros cómicos, 200 festejos […] c) puntilleros, mozos de estoque y de rejones y sus ayudantes, 250 festejos" (art. 18.3 RD 2621/1986)[1200].

Además, "la condición de hallarse en alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha del hecho causante, será requisito indispensable para acceder a la jubilación" de manera anticipada (art. 18.4 RD 2621/1986).

Por otro lado, "a los profesionales taurinos que estuvieran o hubieran estado en alta en el Régimen Especial de Toreros antes del 1 de enero de 1987 y que en virtud de su categoría profesional puedan anticipar la edad mínima general de 65 años para causar derecho a pensión de jubilación, se les considerará como cotizados, a efectos exclusivamente de determinar el porcentaje aplicable sobre la base reguladora de la pensión, la mitad del tiempo que medie entre la fecha del hecho causante y la del cumplimiento de los 65 años" (disposición transitoria 4ª de la Orden de 30 de noviembre de 1987).

[1198] De esta manera, en este punto no resulta predicable lo dispuesto para los artistas en el art. 11 RD 2621/1986, "ni el porcentaje reductor que el mismo prevé incluido en las modalidades de integración en el régimen general del Régimen Especial de Artistas, porque al actor le son de aplicación las modalidades de integración del Régimen Especial de los Toreros que no prevé reducción alguna". La aclaración, en la STSJ Comunidad Valenciana 9 marzo 1999 (AS 1999, 1642).

[1199] Por su parte, el art. 32 del Convenio Colectivo nacional taurino establece "como edad de jubilación forzosa para subalternos y mozos de espada, la de 55 y 65 años respectivamente, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos" para causar derecho a la prestación correspondiente.

[1200] Aunque lo cabal parecería entender que no bastaría con justificar la participación en una cantidad mínima de espectáculos, sino que convendría también certificar haber cotizado por los mismos, "la dicción literal del artículo 18.3 del citado Real Decreto --únicamente-- exige que los profesionales taurinos acrediten haber actuado en el referido número (o en el que corresponda a cada especialidad) de festejos o espectáculos, sin aludir a la cotización, con independencia de la exigibilidad de ésta con arreglo a las normas que la regulan [...] --y-- aunque pueda entenderse lógico que el precepto ha querido referirse a las actuaciones efectivamente cotizadas". Llamando la atención sobre esta circunstancia, la STSJ Cantabria 31 octubre 1989 (AS 1989, 1629).

Para concluir con esta contingencia, resta apuntar que la base reguladora de la pensión a disfrutar será calculada tomando en consideración las bases de cotización resultantes de las liquidaciones definitivas anuales[1201].

f) En cuanto al desempleo, rigen, junto con las reglas generales, las precisiones establecidas para los artistas; es decir, "la duración de la prestación […] estará en función de los días cotizados en los cuatro años anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento en que cesó la obligación de cotizar […]. La base reguladora de la prestación será el cociente entre las bases de cotización correspondientes a los ciento ochenta días anteriores a la situación legal de desempleo, y el número de días considerados como cotizados en dicho período" (art. 3 RD 2621/1986)[1202].

Eso sí, al partir "de la condición inicial de Régimen Especial integrado en el RG [...] produciéndose dicha integración por el RD 2621/1986, de 24 de diciembre, cuyas únicas peculiaridades son las que establece esta norma", en el caso de paso de la situación de desempleo a la de incapacidad temporal constitutiva de una recaída en un proceso anterior iniciado durante la vigencia de un contrato de trabajo, resultará aplicable lo dispuesto en el art. 222.3 LGSS, es decir, se "percibirá la prestación por esta contingencia en cuantía igual a la prestación por desempleo"[1203].

IV.- Los funcionarios de la Administración local. Una reseña

La ejemplar integración dentro del Régimen General de este colectivo libra de tener que dedicar un cuantioso número de páginas a tratar siquiera de presentar las hipotéticas peculiaridades concurrentes.

A diferencia de los deportistas y, sobre todo, de los profesionales taurinos, y a pesar de la tradicional separación entre la relación netamente laboral y la funcionarial y de pequeños y puntuales problemas que surgieran en su momento, la asimilación es total, sin matices de importancia ni en actos de encuadramiento ni en el alcance de la acción protectora[1204].

[1201] STSJ Madrid 25 abril 2002 (AS 2002, 1661).

[1202] "Al remitir la consideración de días cotizados por los profesionales taurinos a la expresada en el artículo 10 referente a los artistas [...] expresa que 'a efectos de días cotizados dentro de cada año natural, los días asimilados al alta que resulten cotizados por aplicación de las reglas contenidas en los números 1 y 2 del art. 9 RD 2621/1986, de 24 de diciembre, y que correspondan con los de prestación real de servicios, se distribuirán entre los meses del año por partes iguales, sin que, en ningún caso, puedan resultar dentro de un mismo mes más días cotizados de los que lo integran. Una vez efectuada dicha distribución, los días que excedan se asignarán al último mes o meses del año en que subsistan días sin cotizaciones efectivas y asimiladas', añadiendo en un segundo párrafo que 'los días que en virtud de la distribución regulada en el párrafo anterior correspondan a cada mes, se entenderán cumplidos a partir del inicio de dicho mes y en los días en que no haya existido prestación real de servicio'. De acuerdo con lo antes expuesto, no puede pretenderse [...] que para el cómputo de los días cotizados, en orden a la duración de la prestación contributiva a reconocer, se tengan en cuenta también aquellos otros días que resulten ser posteriores al momento en que se produjo la situación legal de desempleo [...] debido a la extinción del contrato de trabajo" [STSJ Andalucía/Sevilla 13 octubre 1995 (AS 1995, 3846)].

[1203] STSJ Madrid, 9 diciembre 2008 (JUR 2009, 89007).

[1204] Baste aquí remitir a los trabajos de D'ANJOU GONZÁLEZ, J. y D'ANJOU DE ANDRÉS, G.: *Régimen jurídico y gestión del personal al servicio de la Administración local (teoría y práctica del personal local)*, Madrid (La Ley), 2004, págs. 574 y ss.; CORRAL VILLALBA, J.: *Manual de gestión del personal de la Administración local*, 2ª ed., Cizur Menor (Thomson/Civitas), 2004, págs. 587 y ss.; o

Este colectivo estuvo vinculado de inicio a la Mutualidad Nacional de la Administración Local (MUNPAL), creada por Ley de 12 de mayo de 1960, y que subsistió hasta la entrada en vigor de las previsiones recogidas en el RD 480/1993, de 2 de abril, en virtud del cual se procedió a incorporar a todos sus afiliados en el Régimen General. Ahora bien, "al contrario de lo que sucedía con los funcionarios estatales, la MUNPAL era el único sistema de protección establecido para los funcionarios locales, y ofrecía cobertura completa y unitaria, acogiendo tanto a Clases Pasivas como a clases activas, de forma más acorde con los principios modernos de la Seguridad Social"[1205].

Aun cuando en su disposición final 2ª Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, señalaba que "los funcionarios públicos de la Administración Local tendrán la misma protección social, en extensión e intensidad, que la que se dispense a los funcionarios públicos de la Administración del Estado y estará integrado en el Sistema de la Seguridad Social", las disposiciones transitorias 3ª Leyes 31/1991, de 30 de diciembre, y 39/1992, de 29 de diciembre, ambas de Presupuestos Generales del Estado, autorizaban al Gobierno para proceder "a la integración del colectivo incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local en el Régimen General de la Seguridad Social, en las condiciones, términos y plazos que legalmente se determinen" (parte expositiva del RD 480/1993, de 2 de abril).

El proceso afectó al "personal activo y pasivo que, en 31 de marzo de 1993, estuviese incluido en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local". De este modo, "al personal indicado en el apartado anterior --y a aquél que pudiera incorporarse *a posteriori*-- le será de aplicación la normativa del Régimen General de la Seguridad Social" (art. 1 RD 480/1993).

Sea como fuere, la armonía actual demuestra que esta inclusión expresa serviría como modelo válido para todos aquellos otros funcionarios, civiles y militares, respecto de los cuales su régimen jurídico de Seguridad Social conserva normas e instituciones propias (MUFACE, para los funcionarios civiles del Estado, ISFAS, para los militares, y MUGEJU, para los funcionarios de la Administración de Justicia) [1206].

V.- Conclusiones

Si bien el art. 10.2.g) LGSS contempla la facultad de constituir nuevos Regímenes Especiales "para los demás grupos que determine el Ministerio de Trabajo", en "aquellas actividades profesionales en las que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar y la índole de sus procesos productivos, se hiciere preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social"

HERNÁNDEZ DE MARCO, S.: *Personal al servicio de la Administración local*, 2ª ed., Pamplona (DAPP), 2009, págs. 663 y ss.

[1205] RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: "Protección del personal laboral al servicio de la Administración Local", en AA.VV. (CARDENAL CARRO, M., Dir.): *El personal laboral al servicio de las corporaciones locales*, Madrid (La Ley), 2010, pág. 1224.

[1206] BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J.: *Curso de Seguridad Social*, cit., pág. 66.

(art. 10.1 LGSS), "en realidad, la creación de Regímenes Especiales ha sido sustituida por la asimilación como vía de ingreso para colectivos excluidos del Sistema"[1207].

De este modo, el Régimen General "sirve de paradigma [...], es visto como el marco modélico unificador de organización de la protección de todos los trabajadores, desde luego de los trabajadores por cuenta ajena, pero también de los empleados públicos e incluso, aunque más matizadamente, de los autónomos"[1208].

A pesar de todo, la pretendida homogeneización no tiene que pasar necesariamente por una inclusión más o menos forzada dentro de aquél. Aun cuando el ejemplo de los funcionarios al servicio de la Administración local se antoja como una guía válida para otros colectivos --algunos realmente próximos--, la realidad también demuestra que, en ocasiones, este modo de proceder quizás no represente la mejor de las alternativas.

El caso de los profesionales taurinos ilustra perfectamente la anterior cautela. Sin lugar a dudas, constituye uno de esos supuestos en los cuales la enorme cantidad de peculiaridades concurrentes bien podrían servir para reconsiderar su situación. Y es que la anhelada garantía de uniformidad en la tutela para todos los individuos admite otras opciones de articulación mucho más ajustadas a las especialidades en presencia.

Por otro lado, y sobre sobre la base de esa legítima aspiración que actúa como motor en el proceso de simplificación y acercamiento, conviene revisar en paralelo la idoneidad y legitimidad de determinados tratamientos diferenciados, ciertamente difíciles de cohonestar en la práctica. Así ocurre, *verbi gratia*, respecto de los deportistas profesionales y de alto nivel, separados entre sí por una enorme distancia sin que exista una sólida razón para ello.

VI.- Bibliografía

AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Trabajo y libertades públicas*, Madrid (La Ley), 1999.

AA.VV. (MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., Dirs. y Coords.): *Tratado práctico de Derecho de la Seguridad Social (Tomo I)*, Cizur Menor (Thomson/Aranzadi), 2008.

[1207] Es más, el "Pacto de Toledo ya había anunciado la pretensión de configurar un Sistema de Seguridad Social con dos grandes Regímenes, uno para trabajadores por cuenta ajena y otro para trabajadores por cuenta propia, lo que requerirá un período de transición para no violentar situaciones jurídicas creadas con amparo en el ordenamiento vigente". Señalándolo, RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La dimensión histórica del campo de aplicación de la Seguridad Social*, Madrid (MTAS), 2007, págs. 108 y 109. Incidiendo también en el hecho de que tanto el Pacto de Toledo de 1995, como los Acuerdos de Pensiones de 1996 y 2001 "se plantean como objetivo de futuro reducir los Regímenes Especiales a los dos más importantes: trabajadores por cuenta ajena [...] y trabajadores autónomos", BLASCO LAHOZ, J.F. y LÓPEZ GANDÍA, J.: *Curso de Seguridad Social*, cit., pág. 66.

[1208] No obstante, "no es tan evidente, en cambio, que la regulación normativa del ámbito subjetivo del Régimen General cumpla el papel de Derecho supletorio respecto de los Regímenes Especiales, esto es: que en caso de duda en la integración de una persona el Régimen General sirva de criterio residual y general de acogida (como debería serlo)". Reflexionando sobre este particular, VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, cit., pág. 87.

AA.VV. (PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R., Dirs.): *El deporte en la jurisprudencia*, Cizur Menor (Thomson/Reuters), 2009.

AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y CARDENAL CARRO, M., Dirs.): *Los deportistas profesionales. Estudio de su régimen jurídico laboral y de Seguridad Social*, Granada (Comares), 2010.

AA.VV. (CARDENAL CARRO, M., Dir.): *El personal laboral al servicio de las corporaciones locales*, Madrid (La Ley), 2010.

ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: "El fin de una polémica: la inclusión de todos los deportistas profesionales en el Régimen General de la Seguridad Social", *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 10, 2003.

BLASCO LAHOZ, J.F. y LÓPEZ GANDÍA, J.: *Curso de Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2009.

CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: "Sobre la problemática derivada de los criterios para la inclusión de los deportistas profesionales en la Seguridad Social", en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Trabajo y libertades públicas*, Madrid (La Ley), 1999.

CORRAL VILLALBA, J.: *Manual de gestión del personal de la Administración local*, 2ª ed., Cizur Menor (Thomson/Civitas), 2004.

D'ANJOU GONZÁLEZ, J. y D'ANJOU DE ANDRÉS, G.: *Régimen jurídico y gestión del personal al servicio de la Administración local (teoría y práctica del personal local)*, Madrid (La Ley), 2004.

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "Peculiaridades en materia de Seguridad Social de los deportistas", *RMTIN*, núm. 69, 2007.

GARCÍA MURCIA, J.: "El deporte como trabajo: la relación laboral especial de los deportistas profesionales", *AS*, núm. 1, 2010.

HERNÁNDEZ DE MARCO, S.: *Personal al servicio de la Administración local*, 2ª ed., Pamplona (DAPP), 2009.

LÓPEZ ANIORTE, M.C.: *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Pamplona (Aranzadi), 1996.

MANRIQUE LÓPEZ, V.F.: "La Seguridad Social de los deportistas profesionales", *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento*, núm. 19, 2007.

MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: "La protección social pactada colectivamente en los Convenios del deporte profesional", *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento*, núm. 19, 2007.

MERCADER UGUINA, J R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: "Régimen de los deportistas profesionales", en AA.VV. (PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R., Dirs.): *El deporte en la jurisprudencia*, Cizur Menor (Thomson/Reuters), 2009.

RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: *La dimensión histórica del campo de aplicación de la Seguridad Social*, Madrid (MTAS), 2007.

--"Protección del personal laboral al servicio de la Administración Local", en AA.VV. (CARDENAL CARRO, M., Dir.): *El personal laboral al servicio de las corporaciones locales*, Madrid (La Ley), 2010.

ROQUETA BUJ, R.: *El trabajo de los deportistas profesionales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1996.

RUBIO SÁNCHEZ, F.: *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*, Madrid (Dykinson), 2002.

VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, 5ª ed., Madrid (Tecnos), 2009.

CAPÍTULO XI.- TRABAJADORES FERROVIARIOS, REPRESENTANTES DE COMERCIO Y ARTISTAS EN ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

María Purificación García Miguélez
Profesora Colaboradora Fija de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

SUMARIO: I.- Introducción o planteamiento general. II.- Particularidades del Sistema Especial de Seguridad Social de los trabajadores ferroviarios integrados en el Régimen General de Seguridad Social. III.- Particularidades del Sistema Especial de Seguridad Social de los representantes de comercio integrados en el Régimen General de Seguridad Social. 1.- Inscripción en el Sistema protector de la Seguridad Social de empresas con representantes de comercio en su plantilla. 2.- Afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los representantes de comercio. 3.- La cotización de los representantes de comercio. IV.- Particularidades del Sistema Especial de Seguridad Social de los artistas en espectáculos públicos integrados en el Régimen General de Seguridad Social. V.- Posibilidades de integración absoluta de los colectivos existentes. Ventajas, inconvenientes y dificultades para un proceso integral de inclusión. VI.- Bibliografía.

I.- Introducción o planteamiento general

Tratando de analizar el marco de actuación de la Seguridad Social en su nivel contributivo, puede observarse que la estructura de su sistema protector muestra cómo el propio art. 9 LGSS establece una estratificación en dos grandes bloques, el Régimen General y los Regímenes Especiales, cuyo detalle aparece a su vez regulado en el art. 10 de esta misma norma. Siendo lo realmente transcendente determinar qué grupo o grupos de población incluye cada uno de dichos bloques, esto es, quiénes son los sujetos protegidos en uno y otro, la pauta de ubicación debe necesariamente responder a la obediencia de una serie de criterios legalmente establecidos. En particular, las características o peculiaridades de las distintas actividades profesionales, en virtud de las cuales podrán presentar determinadas dificultades para una adecuada aplicación de los beneficios del Sistema (art. 10.1 LGSS).

A partir de dicho planteamiento, precisamente al objeto de evitar posibles disfunciones, y presidiendo su actuación un claro propósito homogeneizador, de racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social, el legislador ha previsto la posibilidad de integrar Regímenes Especiales en el General en aquellos casos en que “así lo aconsejen las características de ambos Regímenes y se logre con ello una mayor homogeneidad con el Régimen General” (art. 10.5 LGSS).

Como consecuencia de lo anterior, en la década de los 80 se dio inicio al correspondiente proceso de integración por medio de la disposición adicional de la Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y la Acción Protectora de la Seguridad Social. Fruto de la implementación de este precepto se ha planteado la integración de distintos colectivos, entre otros, trabajadores ferroviarios, representantes de comercio y artistas en espectáculos públicos, a los cuales se hará referencia a lo largo de las siguientes páginas.

No obstante lo anterior, y antes de profundizar en el subsiguiente análisis, conviene puntualizar que la integración de tales colectivos no ha sido absoluta, sino que conservan alguna que otra peculiaridad en términos de encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación, altas y bajas de los trabajadores y acción protectora (art. 11 LGSS) [1209].

En otras palabras, y sintéticamente, se trata de especialidades que afectan a aspectos meramente formales[1210], pasando a denominarse Sistemas Especiales integrados en el General[1211]. La esencia de tal singularidad radica, en términos generales y por citar algún elemento concreto, en aspectos como la dificultad que puede plantearse al empresario a la hora de proceder al correcto encuadramiento de sus trabajadores en uno u otro Régimen y, de ahí, en términos de cotización, la imposibilidad que en ocasiones pudiera asimismo plantearse de cara a la aplicación de las normas comunes en la materia. Cabe, por tanto, deducir el objetivo de proceder a adaptar y solventar eventuales problemas técnicos de aplicación de la norma, derivados de las peculiaridades que caracterizan a determinados procesos productivos.

II.- Particularidades del Sistema Especial de Seguridad Social de los trabajadores ferroviarios integrados en el Régimen General de Seguridad Social

El Sistema Especial del colectivo de trabajadores ferroviarios, una vez integrados en el Régimen General conforme a lo indicado en el art. 3 RD 2621/1986, de 24 de diciembre (cuyo desarrollo fue realizado de acuerdo a lo establecido en la posterior Orden de 30 de noviembre de 1987), se adhiere casi en su totalidad a las normas establecidas para el Régimen común. En tal sentido, y a modo de ejemplo fehaciente y de fácil apreciación, han pasado incluso a utilizarse los mismos modelos de impresos de cotización[1212], quedando únicamente como peculiaridad a reseñar en materia de acción protectora la reducción de la edad de jubilación en determinadas circunstancias.

Así las cosas, y según establece el art. 3.1 RD 2621/1986, aquellos ferroviarios que hayan estado incluidos en grupos y actividades profesionales de naturaleza especialmente peligrosa o penosa pueden jubilarse anticipadamente, si bien con un carácter plenamente facultativo, esto es, dejando la decisión a criterio y elección de cada trabajador[1213].

A quienes deseen acogerse a tal posibilidad les será de aplicación un coeficiente sobre el período de tiempo de trabajo efectivo en tareas encuadradas en tales grupos o actividades, siempre atendiendo a la escala establecida al respecto. De este modo, y sin especificar una edad concreta de prejubilación, lo que realmente plantea la norma es la minoración de la edad de jubilación por debajo de los 65 años contemplados en el art.

[1209] MIJARES GARCÍA-PELAYO, M.F.: "Las modificaciones en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social", *RMTAS*, núm. 79, 2009, págs. 105-117.
[1210] RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.; GORELLI HÉRNANDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS M.: *Sistema de Seguridad Social*, 11ª ed., Madrid (Tecnos), 2009, pág. 67.
[1211] SEMPERE NAVARRO, A. y CARDENAL CARRO, M.: "Las relaciones laborales especiales: una visión panorámica práctica", *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 141, 2007, págs. 19 y ss.
[1212] BENAVIDES VICO, A.: *Análisis práctico de la cotización a la Seguridad Social*, Valladolid (Lex Nova), 2009, pág. 178.
[1213] BLASCO LAHOZ, J.F.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, M.A.: *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, 10ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2009, pág. 340.

161 LGSS para los trabajadores del Régimen General, en el período que resulte de la aplicación del mencionado coeficiente al cómputo de años trabajados y los períodos equiparados como cotizados, todo ello con el fin de llegar finalmente a establecer el porcentaje aplicable sobre la base reguladora del trabajador para el cálculo de la pensión generada (art. 3.3 RD 2621/1986; y art. 1.2 Orden de 30 de noviembre de 1987).

Los coeficientes a los que acaba de hacerse referencia son del 0,15%[1214] y del 0,10%[1215], uno u otro de acuerdo con la actividad efectiva y real que el trabajador ha venido desarrollando. Por otro lado, dichos coeficientes no son necesariamente fijos, pudiendo ser revisados mediante Real Decreto una vez realizados los oportunos estudios técnicos que así lo aconsejen (art. 3.4 RD 2621/1986). En virtud de esta posibilidad puede verse, por ejemplo, cómo el RD 863/1990, de 6 de julio, sobre Revalorización de Pensiones del Sistema de Seguridad Social, y de otras prestaciones de protección social pública para 1990, hace mención a los mismos, consistiendo la novedad introducida en una reestructuración del catálogo de actividades penosas y peligrosas, adaptándolo a la realidad del momento mediante una enumeración más exhaustiva a la vez que con alguna nueva inclusión y, a su vez, manteniendo la aplicación a aquellas categorías extinguidas que, ya sea con distinta denominación y/o con idénticas funciones, han precedido a las actualmente vigentes (disposición adicional 9ª RD 863/1990, que modifica el art. 3.1 RD 2621/1986).

Con respecto al cálculo del tiempo de trabajo a computar para generar el derecho a pensión de jubilación es preciso seguir una serie de especificaciones. En primer término, computarán como una anualidad trabajada las fracciones de año superiores a los seis meses, y las inferiores no computarán nada; y de igual forma aquellas fracciones de año pertenecientes a escalas de coeficientes distintos en virtud de las actividades peligrosas o penosas desempeñadas únicamente van a considerarse cuando la suma de todas ellas supere el semestre, equiparándose a un año, en la escala de la actividad en que se acredite, la fracción de tiempo más prolongada (art. 3.2 RD 2621/1986).

Como complemento a las anteriores especificaciones, el art. 1.1 Orden de 30 de noviembre de 1987, para la aplicación y desarrollo en materia de acción protectora del RD 2621/1986, establece otros parámetros a tener en cuenta para el establecimiento del período de tiempo efectivamente trabajado y, por tanto, para el cálculo de la cuantía de la pensión de jubilación, con carácter restrictivo, esto es, penalizando como descuentos en los días trabajados todas las faltas al trabajo que hayan podido producirse, con dos únicas excepciones: las bajas médicas, con independencia de cuál hubiese sido la causa

---

[1214] Para el colectivo integrado por los jefes de maquinistas, maquinistas de locomotora de vapor, ayudantes de maquinista de locomotora de vapor y oficiales caldereros chapistas en depósito.

[1215] Para un colectivo mucho más amplio, en el cual están incluidos los capataces de maniobras, especialistas de estaciones, agentes de tren, auxiliares de tren, maquinistas principales, maquinistas de tracción eléctrica, maquinistas de tracción diesel, ayudantes de maquinista de tracción eléctrica, ayudantes de maquinista autorizados de tracción eléctrica, ayudantes de maquinista de tracción diesel, ayudantes de maquinista autorizados de tracción diesel, visitadores de entrada, visitadores de segunda, visitadores de primera, visitadores principales, operadores principales de maquinaria de vía, operadores de maquinaria de vía, ayudantes de maquinaria de vía, ayudantes de maquinaria de vía autorizados, jefes de equipo calderero chapista, oficiales de oficio calderero chapista, oficiales de oficio de entrada calderero chapista, jefes de equipo forjador, oficiales de oficio forjador, oficiales de oficio de entrada forjador, jefes de equipo fundidor, oficiales de oficio fundidor, oficiales de oficio de entrada fundidor, jefes de equipo ajustador-montador, oficiales de oficio ajustador-montador y oficiales de oficio de entrada ajustador-montador.

motivadora, y las faltas de asistencia autorizadas con derecho a retribución en virtud de la norma vigente en cada momento.

En este mismo orden de cosas, otra peculiaridad a destacar es la posibilidad de jubilarse anticipadamente aun estando, en el momento del hecho causante, cotizando en el Régimen General o en cualquier otro y desempeñando actividades completamente diferentes, esto es, habiendo dejado de desempeñar en el momento de la solicitud aquellas actividades ferroviarias clasificadas como especialmente peligrosas y penosas en virtud de cuya circunstancia se generó el derecho a la prejubilación, siempre y cuando quede acreditado el desempeño de estas últimas durante el tiempo requerido, tal y como se desprende de la redacción del art. 1.3 Orden de 30 de noviembre de 1987.

La norma contempla, asimismo, la eventualidad de que un trabajador ferroviario se encuentre en situación de pluriempleo, esto es, desempeñando de manera simultánea actividades catalogadas como especialmente peligrosas y penosas, y otras carentes de dicho carácter, con independencia del Régimen de la Seguridad Social en el cual estén ubicadas. En este caso, tal y como es lógico suponer a estas alturas de la exposición, y conforme al art. 1.4 Orden de 30 de noviembre de 1987, sólo opera la reducción de la edad de jubilación respecto de las primeras y durante el tiempo de desempeño correspondiente.

Por otra parte, y en relación a aquellos trabajadores que pudieran haber satisfecho cotizaciones en Regímenes extinguidos (ferroviarios, en el caso que ocupa este análisis), se entenderán como efectuadas en el Régimen de su respectiva integración (en esta ocasión, en el General) teniendo en su caso plena validez, ya sea para perfeccionar el derecho, o bien para la determinación de la cuantía de la prestación de que se trate (disposición transitoria 1ª Orden de 30 de noviembre de 1987).

Asimismo y con un carácter meramente transitorio, es contemplada la posibilidad de anticipar la edad de jubilación a los 60 años para los trabajadores ingresados en RENFE con anterioridad al 14 de julio de 1967 y los pertenecientes a FEVE cuyo ingreso se hubiera producido antes del 19 de diciembre de 1969, reduciéndose en tal caso el porcentaje de la pensión que pudiese corresponder al beneficiario en un 8% por cada uno de los años que le falten para cumplir los 65 (disposición transitoria 2ª Orden de 30 de noviembre de 1987).

Paralelamente, cuando algún integrante de uno u otro de los colectivos de trabajadores de RENFE y FEVE mencionados se halle en situación de alta a la hora de producirse el hecho causante, esto es, en el momento de solicitar la correspondiente pensión de jubilación, y siempre y cuando cumpla el requisito de contar con 55 años de edad y 25 años de servicios cotizados en el momento de la entrada en vigor del RD 2621/1986, puede realizar su solicitud conforme a las reglas específicamente establecidas al respecto, cuales son la penalización con un coeficiente reductor aplicable al porcentaje de pensión a percibir por cada año de anticipación de la edad de jubilación con respecto de la edad mínima establecida en el Régimen General de la Seguridad Social, esto es, la de 65 años.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que esta última posibilidad tiene un carácter transitorio, abarcando los 6 años posteriores a la entrada en vigor de la norma de integración, es decir, se trata de un supuesto cuya extensión llegó hasta el año 1992,

y a cuyos efectos las fracciones de año inferiores a un semestre no eran computadas como períodos trabajados, en tanto que las iguales o superiores al semestre eran consideradas cual si hubiese sido trabajado un año completo. Los coeficientes reductores aplicados en cada caso son los siguientes:

Años posteriores a la entrada en vigor del RD 2621/1986, de 24 de diciembre	Coeficiente reductor de la base reguladora por cada año que falte hasta alcanzar los 65 años
Primer año (1987)	2%
Segundo año (1988)	2%
Tercer año (1989)	3,5%
Cuarto año (1990)	5%
Quinto año (1991)	6,5%
Sexto año (1992)	8%

De este modo, como cabe apreciar, la diferencia existente entre las dos modalidades de jubilación anticipada, a los 60 y a los 55 años respectivamente, estriba en que, de producirse un aumento del coste de la segunda de las opciones (a los 55 años, y hasta 1992), éste deberá ser financiado por la empresa en la que el trabajador venía prestando sus servicios.

Como última previsión destacable debe mencionarse el propósito del legislador de poner fin a un privilegio del cual venían disfrutando los trabajadores ferroviarios frente a los integrados en otros Regímenes de la Seguridad Social, consistente en poder seguir trabajando en otra actividad de las incluidas en cualquiera de estos últimos, generando derecho a una segunda pensión. En tal sentido, el punto 4 de la disposición transitoria 2ª Orden de 30 de noviembre de 1987 suprime tal compatibilidad, estableciendo que "la pensión de jubilación será incompatible con el trabajo por cuenta ajena o propia".

Dicha situación de incompatibilidad sobrevenida no ha estado exenta de polémica, dando lugar a una abundante jurisprudencia, tanto positiva como negativa[1216]. En unos casos, las sentencias se han mostrado favorables al reconocimiento de la compatibilidad de dos pensiones de jubilación u otras pensiones del Sistema (invalidez, orfandad) derivadas de dos Regímenes distintos de Seguridad Social[1217], mientras que en otras ocasiones los pronunciamientos han girado hacia la incompatibilidad de dicha percepción[1218], dependiendo en cada caso del período transitorio, del momento de la solicitud y del nivel de cumplimiento por el solicitante de los requisitos exigidos.

En otro orden de cosas, el anterior sistema de prejubilaciones ha venido siendo complementando durante el período temporal comprendido entre 2006 y 2010 con el

[1216] DESDENTADO BONETE, A.: "Igualdad en la aplicación de la Ley y límite máximo de la base reguladora de las pensiones en el extinguido régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores ferroviarios", *REDT*, núm. 48, 1991, págs. 625-640.

[1217] Entre otras, reconociendo la compatibilidad de más de una pensión de jubilación para los trabajadores ferroviarios, SSTS 24 julio 1992 (RJ 1992, 5658) y 23 septiembre 1992 (RJ 1992, 6806).

[1218] En tal sentido, denegando la duplicidad de pensiones pertenecientes a más de un Régimen de la Seguridad Social, y entre otras, SSTSJ Andalucía, Sevilla 16 abril 1998 (AS 1998, 2187) y 11 julio 2002 (AS 2002, 4013), Castilla y León , Valladolid 9 mayo 1995 (AS 1995, 2047) y 30 octubre 1998 (AS 1998, 4804) y Galicia 24 noviembre 1989 (AS 1989, 1775).

denominado Plan Estratégico del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, también conocido como Plan Social ADIF 2006-2010, en vigor hasta el 31 de diciembre de 2010, el cual contempla la formalización de una serie de acuerdos para realizar los oportunos ajustes cuantitativos y cualitativos de los recursos humanos de la empresa. En particular, dentro del mismo es articulado un "Plan de Prejubilaciones y Bajas Incentivadas", siendo un máximo de 2.500 trabajadores quienes podrán acogerse al mismo, como consecuencia de un expediente de regulación de empleo en la entidad pública empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF).

En caso de querer acogerse a este programa, los ferroviarios deberán cumplir necesariamente dos requisitos: en primer lugar, tener cumplidos más de 58 y menos de 64 años de edad en el momento de formular la correspondiente solicitud; y en segundo término, acreditar reunir los requisitos exigidos en la legislación vigente en materia de Seguridad Social para acceder a la jubilación, una vez finalizado el período de desempleo.

Dicho Plan de Prejubilaciones y Bajas Incentivadas se encuentra estructurado en dos fases o etapas. Inicialmente, los trabajadores acogidos estarán durante un período máximo de dos años en situación de desempleo y, agotado este tiempo, les será complementada la pensión reglamentaria de jubilación con una indemnización vitalicia[1219] equivalente a la paga percibida 14 veces al año, prorrateada en 12 mensualidades, totalizando de este modo el nivel de renta garantizado, cuyo importe asciende al 95% del denominado "salario regulador"[1220].

A diferencia del sistema general establecido para las jubilaciones anticipadas del colectivo ferroviario, la renta garantizada es la obtenida a partir de la base reguladora estimada a la fecha prevista, corregida en función de la edad teórica de jubilación, hasta alcanzar los porcentajes de la base reguladora establecida a la sazón, teniendo en cuenta el momento en el que el trabajador extinga su contrato respecto del primer mes en el cual reunió las condiciones exigidas para optar a este tipo de anticipación de la edad de jubilación (art. 1.2.2 del Plan de Prejubilaciones y Bajas Incentivadas del Plan Social ADIF 2006-2010). En concreto, los porcentajes garantizados son los reflejados en el cuadro siguiente:

[1219] Cuya cuantía y modalidades de abono son establecidas en el art. 1.3 del Plan de Prejubilaciones y Bajas Incentivadas, dentro del Plan Social ADIF 2006-2010. Es contemplada la posibilidad de percibirla como renta de carácter mensual o por una sola vez (paga única), siendo equivalente al capital coste-renta sustitutivo de las indemnizaciones a cargo de la empresa establecidas en las etapas de desempleo y jubilación previstas.

[1220] Cuyo cálculo aparece detallado en el art. 1.2 del Plan de Prejubilaciones y Bajas Incentivadas, del Plan Social ADIF 2006-2010. Para ello son, además, tomadas en consideración medidas especiales para colectivos específicos.

Edad teórica del trabajador	Porcentaje garantizado sobre B.R.J. en supuesto 1(*)	Porcentaje garantizado sobre B.R.J. en supuesto 2(**)
60 años	93	-
61 años	95,5	-
62 años	98	96,5
63 o más(***)	100	98

(*) Cuando se extinga el contrato dentro de los 25 primeros meses desde que cumple las condiciones.
(**) Cuando se extinga el contrato transcurridos más de 25 meses desde que cumple las condiciones.
(***) Debiendo tener menos de 64 años como límite establecido para poder optar a este sistema de prejubilación.

III.- Particularidades del Sistema Especial de Seguridad Social de los representantes de comercio integrados en el Régimen General de Seguridad Social

Bajo la denominación o terminología genérica de representantes de comercio viene realizándose alusión a un colectivo muy amplio de trabajadores cuya relación de servicio ya es considerada de carácter especial en el art. 2.1.f) ET, dadas las características y peculiaridades concurrentes en el desempeño de su actividad[1221].

Las anteriores circunstancias, unidas a la evolución acaecida en cuanto a su situación laboral y económica, determinaron la existencia de una regulación singular para este colectivo, primero por medio del RD 2033/1981, de 4 de septiembre, y después a través del RD 1195/1982, de 14 de mayo. Uno y otro han convergido, refundiéndose con posterioridad, en la normativa actualmente en vigor, esto es, el RD 1438/1985, de 1 de agosto[1222].

Siguiendo los contenidos de este último en su art. 1.1, y conforme a lo establecido estatutariamente a este respecto, son considerados representantes de comercio a los efectos de lo tratado en el presente Capítulo (esto es, en cuanto pertenecientes a un colectivo a quienes les resulta de aplicación un Sistema Especial integrado en el Régimen General de la Seguridad Social, asimilándose a los trabajadores por cuenta ajena conforme a la normativa laboral), los trabajadores personas naturales que intervengan en actividades comerciales como representantes, mediadores o bajo cualquiera otra de las modalidades contempladas en el ámbito laboral[1223], obligándose con uno o más empresarios a prestar servicios a cambio de una retribución, ya sea promoviendo o concertando personalmente operaciones mercantiles por cuenta de aquéllos, y sin asumir el riesgo y ventura de las operaciones realizadas (actividad principal que puede ir acompañada o no de la distribución de los bienes objeto de la

[1221] Véase a este respecto, en particular, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: "La relación laboral de carácter especial de los viajantes de comercio", *Diario la Ley*, núm. monográfico, 1985, págs. 145-180.
[1222] CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Altos cargos y representantes de comercio: ámbito de aplicación de los Reales Decretos 1832/1985 y 1438/1985 a la luz de la reciente jurisprudencia", *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 141, 2007, págs. 191 y ss.
[1223] Véase la perspectiva del concepto de representante de comercio anterior a la integración en el Régimen General de la Seguridad Social, y posterior a la entrada en vigor del RD 1438/1985, de 1 de agosto. En relación a la primera, CAMPS RUIZ, L.M.: "La noción de trabajador representante de comercio", *AL*, núm. 6, 1984. págs. 313 y ss.; y respecto a la segunda, del mismo autor, "La nueva regulación de la relación laboral de los representantes de comercio", *AL*, núm. 48, 1985, págs. 2385 y ss.

operación)[1224]; quedan necesariamente excluidos aquellos agentes de comercio vinculados a un empresario mediante un contrato mercantil[1225].

La característica diferenciadora de las actividades de este colectivo radica, pues, en el hecho de "asumir o no el riesgo y ventura de la operación", al tiempo que son establecidas determinadas exclusiones concretas del ámbito de aplicación del término en los puntos a), b) y c) del propio art. 1.1 RD 1438/1985[1226].

No obstante, pese a las particularidades mencionadas, y tal y como ya fue apuntado al principio del Capítulo, el Régimen Especial de este colectivo de trabajadores también ha sido objeto de integración en el General, si bien no exento de alguna que otra diferencia en cuanto a tratamiento: por un lado, en lo concerniente a la inscripción del empresario contratante; por otro lado, en lo relativo a los actos de encuadramiento[1227], afiliación, altas y bajas del representante de comercio; en fin, en lo referente a la cotización que atañe a ambas partes de la relación laboral. Unos y otros aspectos serán seguidamente objeto de consideración.

1.- Inscripción en el Sistema protector de la Seguridad Social de empresas con representantes de comercio en su plantilla

Aun cuando en la relación laboral con representantes de comercio tanto empresario como trabajador quedan obligados por un contrato de trabajo, éstos están sometidos a la regulación particular sobre la materia contenida en los arts. 2 y 3 RD 1438/1985, de 1 de agosto, así como a lo establecido en cuanto al sistema de

---

[1224] Si bien en los últimos años han venido proliferando toda una gama de formas "atípicas" de contratos y de ahí han surgido nuevas necesidades de protección social. Véase en este sentido, BARREIRO GONZÁLEZ, G. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "La expansión de las formas atípicas de trabajo y su necesaria protección social. Especial referencia a la franquicia y al contrato de agencia", *La Ley*, núm. 4, 2006, págs. 1832 y ss.

[1225] BORRAJO DACRUZ, E.: "Agentes de comercio laborales y mercantiles", *AL*, núm. 13, 1991, pp. 165 y ss.

[1226] En concreto, dichas exclusiones hacen referencia a los supuestos de:

a) Trabajadores de la empresa que aun dedicándose a promover o concertar operaciones mercantiles para la misma lo hagan en sus locales o teniendo en ellos su puesto de trabajo y sujetos al horario laboral de la misma.

b) Quienes se dediquen a promover o concertar operaciones mercantiles de forma continuada por cuenta de uno o más empresarios, como titulares de una organización empresarial autónoma, entendiendo por tal aquélla que cuenta con instalaciones y personal propios, y presumiéndose a estos efectos la no existencia de dicha organización empresarial autónoma cuando quienes se dediquen a promover o concertar operaciones mercantiles actúen conforme a las instrucciones de su empresario con respecto a materias tales como horarios de trabajo, itinerario, criterios de distribución, precios o forma de realizar los pedidos y contratos.

c) Personas naturales incluidas en el ámbito de la normativa específica sobre producción de seguros y corresponsales no banqueros, siempre que, de acuerdo con dicha normativa, se configuren como sujetos de una relación mercantil.

[1227] Pues en relación con el colectivo de representantes de comercio los perfiles de trabajadores asalariados pueden presentarse en ocasiones ciertamente difusos, tal y como han venido expresando algunos sectores de la doctrina. Entre otros, SALA FRANCO, T. y LÓPEZ MORA, F.: "Contrato de trabajo", en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid (Edersa), 1985, pág. 16. Con posterioridad, también OJEDA AVILÉS, A., "Encuadramiento profesional y ámbito del Derecho del Trabajo", *RL*, núm. 3, 1998, pág. 12.

retribuciones (generalmente por comisión) en el art. 8 de la misma norma[1228], el cual difiere del genérico para los trabajadores asalariados. Asimismo, el hecho no poco frecuente de prestar un mismo mediador servicios para más de un empresario a la vez conlleva, a pesar de su integración a través del RD 2621/1986, la necesidad de otorgar un tratamiento diferente a determinados aspectos en relación con este colectivo, tal y como sin duda es el correspondiente al momento de la inscripción en el sistema de Seguridad Social del empresario que cuenta en su plantilla con representantes de comercio.

Dicha especialidad queda reflejada en el art. 3 Orden de 20 de julio de 1987, por la que se desarrolla el RD 2621/1986, y en virtud del cual el empresario que cuente con trabajadores representantes de comercio tiene como requisito indispensable, antes del inicio de la actividad laboral, que proceder a inscribir su empresa en el Régimen General de la Seguridad Social ya sea ante la TGSS o de la Administración Territorial de la misma dentro de la provincia en la que se ubique la entidad productiva, haciendo constar tal extremo, y con independencia de otra posible inscripción de la misma para la protección de otros colectivos de trabajadores. En otras palabras, cabe interpretar el tenor de la norma como obligatoriedad de una doble inscripción de la empresa cuando tenga lugar tal circunstancia.

A mayores de tal singularidad, cabe asimismo destacar las especificidades en cuanto a los criterios a seguir para la elección de la Entidad Gestora o colaboradora que haya de asumir la protección de estos trabajadores, dependiendo en gran medida de si el representante de comercio presta servicios para un empresario o más.

En este sentido, y bajo el primero de los supuestos (esto es, prestar servicios a un solo empresario), la norma establece el deber de optar necesariamente por aquella Entidad Gestora o colaboradora con la que el empleador tuviera ya realizado concierto antes de la incorporación de los representantes de comercio a su plantilla, o con la que tuviera formalizado el concierto cuando se trate de una empresa de nueva creación. De dicha elección debe dejar constancia en el momento de su afiliación o, en su caso, cuando proceda a comunicar el alta (art. 3.2 Orden de 20 de julio de 1987).

En caso de producirse la segunda de las situaciones planteadas, es decir, que los representantes de comercio presten servicios para más de un empresario, la elección viene marcada por dos aspectos: la obligación de elegir una única Entidad Gestora o colaboradora, puesto que ésta ha de ser la misma en las diferentes empresas; y una elección que asimismo deberá recaer preferentemente en una de las Entidades Gestoras o colaboradoras con las que tales empresarios tengan ya concertada la cobertura de las contingencias profesionales, lo cual supone que, de haber coincidencia, la elección estaría predeterminada y, de no ser así, deberá optarse por la entidad de aquella empresa para la que el representante de comercio viniese prestando servicios en primer lugar.

En relación con lo indicado en el párrafo anterior, el principal problema que puede plantearse tendrá lugar en el supuesto de sujetos contratados por más de una empresa en idéntico momento temporal, si éstas tienen Entidades Gestoras o colaboradoras distintas. En cualquier caso, e independientemente de la mayor o menor

[1228] Para algunos autores más cercano al Régimen de Autónomos que al General. Entre otros, BLASCO LAHOZ, J.F.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, Mª A.: *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, cit., pág. 341.

problemática inherente, debe tenerse en cuenta que el representante de comercio está obligado a notificar al empresario cuál es la Entidad Gestora o colaboradora elegida, a cuyos efectos aportará como justificante el correspondiente documento de solicitud de alta en el Régimen.

La nota común en ambas situaciones es el hecho de que, sea cual sea la elección realizada, ésta surtirá efectos a partir de ese momento y durante todo el tiempo en que el trabajador continúe prestando sus servicios a la empresa, y ello aun cuando con posterioridad pudiese causar nuevas altas como consecuencia de prestar simultáneamente servicios en calidad de representante de comercio para otros.

Como criterio homogenizador y unificador debe ponerse de manifiesto el número de inscripción asignado por la TGSS al empresario contratante de representantes de comercio, el cual es único para todos aquéllos que presten servicios en esa empresa, con independencia de cuáles puedan ser la provincia o provincias en las que desarrollen su actividad profesional (art. 3.2 Orden de 20 de julio de 1987).

Finalmente, y como última peculiaridad, en cuanto al proceso de inscripción es necesario hacer alusión al deber que recae sobre el empresario de comunicar a la Tesorería, o a la Administración Territorial a la que pertenezca, el cese de la entidad productiva en su actividad cuando causen baja todos los representantes de comercio empleados en la misma (art. 3.4 Orden de 20 de julio de 1987). No obstante, y en este mismo orden de cosas, cabe asimismo señalar cómo no está especificado qué ocurre en el caso de que dicha empresa vuelva nuevamente a tener representantes de comercio en su plantilla, siendo una posible opción lógica que se le vuelva a asignar el mismo número de inscripción, siguiendo el criterio de homogeneidad planteado por la norma.

2.- Afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los representantes de comercio

A diferencia de cuanto sucede con el resto de trabajadores por cuenta ajena integrados en el Régimen General de la Seguridad Social, a los representantes de comercio les es de aplicación la peculiaridad de recaer directamente sobre ellos mismos (art. 4.1 Orden de 20 de julio de 1987) la obligación de realizar los trámites de afiliación, alta, baja y variación de datos una vez iniciada la relación laboral (art. 5 RD 2621/1986)[1229].

Esta obligación incluye el deber de remitir al empresario o empresarios para quienes presten sus servicios una copia o duplicado debidamente diligenciado de la solicitud de la afiliación, del alta o la baja, así como de cada una de las variaciones en las que se vea inmerso, todo ello dentro del plazo de los 5 días siguientes al de la presentación de la incidencia de que se trate ante la TGSS, o bien ante la Administración de la misma que proceda en cada caso (art. 2.2 Orden de 20 de julio de 1987)[1230].

[1229] En definitiva, no viene a ser sino una inversión de la obligación respecto de la regla tipo de aplicación en el Régimen General, según la cual es el empresario el responsable de dar de alta a sus trabajadores, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: *Relaciones laborales especiales «nominadas» y Seguridad Social*, Sevilla (Consejo Andaluz de Relaciones Laborales), 2006, pág. 98.

[1230] Cuestión no exenta de inconvenientes, por cuanto en ocasiones da lugar a retrasos en los trámites de presentación de los partes de baja. Aun siendo el empresario responsable subsidiario, no siempre está al

En relación con los trámites a seguir por el representante de comercio, y como mecanismo probatorio, éste debe acompañar a la solicitud correspondiente (de alta, baja o variación) una copia de los contratos justificativos de la relación laboral existente con las empresas para las que presta sus servicios, siendo alternativamente válidos otros medios de prueba acreditativos de la presencia de dicho vínculo de trabajo, conforme especifica el art. 4.1 Orden de 20 de julio de 1987. Junto a la anterior documentación, debe aportar el correspondiente justificante de haber notificado a su empresario o empresarios cuál va a ser la Entidad Gestora o colaboradora de su elección, de acuerdo con los criterios anteriormente reseñados.

Además de los datos que con carácter general deben quedar reflejados para los trabajadores por cuenta ajena (art. 30.2.1 RD 84/1996, de 26 de enero), el documento de solicitud ha de dejar constancia tanto del nombre o razón social del empresario o empresarios para los que el representante de comercio presta servicios, como del de la Entidad Gestora o colaboradora encargada de cubrir las contingencias de accidente de trabajo, enfermedad profesional y, en su caso, prestación por incapacidad temporal derivada de riesgos comunes [art. 43.1.1.a) RD 84/1996]. A tales efectos, el trabajador deberá comunicar su situación ante la Dirección Provincial de la TGSS o de la Administración de la misma de la provincia en la cual realiza su actividad profesional y, en aquellos supuestos en los que sea prestada en más de una, habrá de hacerlo en aquélla donde esté ubicado su domicilio [art. 43.1.1ª.a) RD 84/1996; y art. 4.1 Orden de 20 de julio de 1987].

Una vez realizados los oportunos trámites ante la TGSS, el representante de comercio está obligado a comunicar su situación al empresario o empresarios para los que presta servicios profesionales, haciéndoles llegar para ello una copia o duplicado de dichos trámites dentro del plazo ya señalado de 5 días. Caso de no realizarse la oportuna comunicación, y transcurridos 20 días desde el inicio de la relación laboral, el empresario pasará a ser responsable subsidiario, debiendo cumplir él mismo las obligaciones de colaboración establecidas para su subordinado. A tal fin dispondrá de un nuevo plazo de 10 días (los siguientes a la finalización del previamente transcurrido de 20), en el cual deberá proceder tanto a la elección de la Entidad Gestora o colaboradora que haga frente a las contingencias mencionadas, como llevar a cabo los trámites asociados a las situaciones de afiliación, alta, baja y demás variaciones susceptibles de producirse (art. 4.3 Orden de 20 de julio de 1987 y art. 2 RD 2621/1986).

3.- La cotización de los representantes de comercio

En términos de cotización existen asimismo ciertas peculiaridades para el colectivo de representantes de comercio, particularmente en cuanto a la separación

---

tanto de realizar dicha presentación en tiempo y forma, y el hecho de producirse fuera de plazo genera un vacío de cotización y la posterior reclamación por la TGSS. Todo ello, salvo caso de poder demostrar la realidad de lo sucedido mediante algún mecanismo legal al efecto, no procediendo entonces el abono, ya sea por haber cambiado de puesto de trabajo dentro de la misma empresa para la cual prestaba servicios el trabajador, pasando a encuadrarse en el Régimen General "común"; o bien porque en realidad debería haber sido encuadrado en el Régimen de Autónomos. En este sentido, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: *Relaciones laborales especiales «nominadas» y Seguridad Social*, cit., pág. 99 y SOTES GIL, F.J.: "Integración de regímenes especiales en el Régimen General. El colectivo de representantes de comercio. Particularidades y características de su integración", *TS*, núm. 8/9, 1991, pág. 23.

establecida en torno a la obligación, subdividida, por una parte, en la obligación de cotizar propiamente dicha y, por otra, en la de liquidar las cuotas. El régimen jurídico aplicable, plantea diversas cuestiones de interés:

1.- La obligación de cotizar propiamente dicha se rige por lo establecido para el conjunto de los trabajadores por cuenta ajena en los arts. 22.2.2.3 y 31.1 RD 2064/1995, de 22 de diciembre, y en el art. 5.3 Orden de 20 de julio de 1987, no siendo necesario profundizar más sobre el particular. Cosa bien distinta es lo que ocurre al respecto de la segunda faceta de la cotización, esto es, la liquidación de las cuotas correspondientes, por cuanto en este caso es el propio representante de comercio el sujeto responsable de su ingreso, por la cuantía total, tanto la parte correspondiente al trabajador, como la correspondiente al empresario o empresarios, si mantiene relación laboral con más de uno (art. 31 RD 2064/1995); en otras palabras, está haciéndose referencia al mecanismo de recaudación conjunta establecido en el art. 18 RD 2064/1995, el cual hace referencia a la forma, lugar y plazo de las autoliquidaciones de cuotas, recargos y conceptos para este tipo de recaudación[1231].

Como contrapartida a lo anterior, y a efectos de la viabilidad de la obligación del trabajador sin menoscabo económico para el mismo, el empresario o empresarios quedan obligados a entregar al representante de comercio la parte o partes de cuota correspondientes a la aportación empresarial en el mismo momento del abono de la retribución (art. 31 RD 2064/1995; y art. 5.3 Orden de 20 de julio de 1987). Con todo, el incumplimiento de esta última exigencia (es decir, en el supuesto de que el empresario o empresarios --o alguno de ellos-- no hiciesen efectivo el preceptivo abono de su aportación) no exime al representante de comercio de su deber de proceder en tiempo y forma al abono de las cuotas, siendo así que deberá ingresar a su cargo la totalidad de las mismas, sin perjuicio del derecho que le asista al posterior reintegro de la parte que proceda (art. 3 Orden de 20 de julio de 1987). De hecho, al objeto de hacer efectiva la posibilidad de ejercicio de dicho derecho, ha sido establecido un mecanismo de protección de acuerdo con el cual es la propia TGSS la responsable de reintegrar al representante de comercio, dentro del plazo y conforme a los requisitos que se establezcan al respecto, el importe de la aportación impagada por el empresario o empresarios, a la vez que da inicio al correspondiente procedimiento recaudatorio frente a éste o éstos (art. 31.1 RD 2064/1995).

No obstante, y a pesar de las anteriores previsiones, pudiera darse la circunstancia de que el representante de comercio no estuviese al corriente de pago de las cuotas debidas en un momento o lapso de tiempo en el cual se generase un derecho al abono de algún tipo de prestación por parte del Sistema. En este caso, si se trata de una contingencia o situación determinante de la prestación para la cual no sea requerido un período de cotización previo o para la que ya estuviera cubierto el período exigible, una vez que el representante de comercio solicita el reconocimiento del derecho será el INSS el obligado a advertir al beneficiario (en este caso el representante de comercio) de la necesidad inexcusable de tener que ponerse al corriente en el pago de la cuotas adeudadas y pendientes, pues el abono de la prestación solicitada queda en todo caso condicionado al ingreso de aquéllas (art. 2 Orden de 30 de noviembre de 1987).

[1231] Viniendo la jurisprudencia a justificar esta obligación de ingreso de las cuotas en su totalidad por el representante de comercio, en base a la frecuente circunstancia para estos trabajadores de estar prestando servicios para más de un empresario. Véase, en este sentido, STS 1 septiembre 1999 (RJ 1999, 7345).

2.- La liquidación o abono material de las cuotas comenzó siendo por trimestres vencidos y dentro del mes siguiente a cada trimestre natural (arts. 5.4 y 14 Orden de 20 de julio de 1987), si bien dicha previsión fue modificada con posterioridad, procediéndose así a la homogeneización con el procedimiento que viene siendo habitual en el Régimen General. De este modo, las liquidaciones de cuotas para el colectivo de representantes de comercio han pasado a tener carácter mensual o, lo que es lo mismo, a estar referidas a la mensualidad natural en la cual sean devengadas, procediéndose a efectuar su presentación y pago dentro del mes siguientes al que corresponde su devengo (art. 31.5 RGCL). El pertinente ingreso habrá de ser realizado a través de una entidad financiera autorizada para actuar como oficina recaudadora ubicada en la provincia en la que el representante de comercio figure de alta (arts. 5.4 y 14 Orden de 20 de julio de 1987).

Debe asimismo tenerse en cuenta que los representantes de comercio no pueden proceder a deducir el importe de las prestaciones que en el Régimen General son abonadas por el sistema de pago delegado por el empresario en los correspondientes documentos de cotización.

Por cuanto al monto de la cotización hace, si bien *a priori* y con carácter general la norma, en este caso el art. 31.2 RD 2064/1995, apunta a que a la base de cotización del colectivo de representantes de comercio para todas las contingencias y situaciones protegidas por la acción protectora del Régimen General --incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional y las demás aportaciones que se recauden conjuntamente-- le son de aplicación las reglas establecidas en los arts. 23 y 24 del propio Reglamento, que son las que operan en el Régimen General para los trabajadores por cuenta ajena, lo cierto es que no ocurre así en la realidad. En tal sentido, dicho art. 31 determina cómo, al tratarse de un Sistema Especial, han de tenerse en cuenta una serie de particularidades, conforme a lo indicado a continuación.

En primer lugar, y con respecto a la base de cotización por contingencias comunes, ésta viene sujeta a límites mínimos y máximos, equiparando a este colectivo de trabajadores al grupo 5º de la escala de grupos de cotización por categorías profesionales (arts. 26 y 31 RD 2064/1995), cuya cuantía establecida para el año 2010 es de 738,90 euros como base mínima y de 3.198,00 euros como base máxima, una y otra de acuerdo con lo consignado al respecto en la Ley 2/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, desarrollada por Orden TIN/25/2010, de 12 de enero.

A este último respecto cabe, no obstante, puntualizar una salvedad, conforme a la disposición transitoria 1ª RD 2064/1995, apartado 2, en relación con aquellos representantes de comercio que viniesen cotizando a efectos de contingencias comunes por una base superior a la máxima establecida. Para este colectivo particular, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año se contempla la posibilidad de optar por mantener la cuantía por la que venían cotizando, o incluso incrementarla en el mismo porcentaje en que lo sean para cada ejercicio económico las bases máximas de cotización en el Régimen General. Dicha elección queda condicionada, no obstante, a que dicho exceso sea exclusivamente a cargo del propio interesado, esto es, que no afecte a su empresario o empresarios.

En segundo lugar, y con respecto a la base por contingencias profesionales, ésta no podrá ser ni inferior ni superior a las cuantías de los topes máximos y mínimos conforme establecen los arts. 9.1 y 2 RD 2064/1995, quedando sujeta en todo caso a lo fijado para cada ejercicio económico en la Ley de Presupuestos. El tipo aplicable viene establecido en el Cuadro II de la disposición adicional 4ª de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, según la redacción dada por la disposición final 8ª de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, siendo el importe a aplicar para el año 2010 de un 1,00% tanto para la contingencia de incapacidad temporal como para la de incapacidad permanente, muerte y supervivencia[1232]. No obstante lo anterior, en relación a los tipos de cotización, y cuando el representante de comercio preste servicios como tal para más de una empresa, le será de aplicación el tipo de cotización por desempleo correspondiente a cada contratación (art. 31.2.1.7 Orden TIN/25/2010, de 12 enero), cuestión ésta a tener en cuenta en el momento de generarse el derecho a la prestación por desempleo.

Dichos importes a ingresar quedan reflejados en los correspondientes documentos de cotización. En el caso de los representantes de comercio, los modelos a utilizar son el TC-1/3 "Boletín de Cotización al Régimen General de la Seguridad Social. Colectivo de Representantes de Comercio", y el TC-2/10 "Boletín de Cotización a la Seguridad Social. Régimen General. Colectivo de Representantes de Comercio. Relación de Empresas", tal y como es indicado en la Resolución de 17 de noviembre de 2005, de la TGSS, sobre modelos de documentos de cotización vigentes para la liquidación e ingreso de cuotas de la Seguridad Social.

En el supuesto de que el empresario prevea la imposibilidad de ingresar dentro del plazo reglamentariamente establecido la cuantía completa de las cuotas debidas a la Seguridad Social, éste estará en todo caso sometido a la obligación de presentar los documentos de cotización dentro de dicho plazo, siendo así que tal presentación no tendrá efectos para los representantes de comercio. Específicamente, y conforme a lo dispuesto en el art. 14 Orden de 20 de julio de 1987, el importe de las prestaciones a las que éstos tengan derecho, aunque concurran los requisitos y condiciones establecidos en el art. 60 RD 1415/2004, de 11 de junio y en la propia Orden de 20 de julio de 1987, al satisfacerse tales prestaciones directamente a los beneficiarios por la Entidad Gestora o colaboradora de la Seguridad Social responsable de las mismas, no podrá ser compensado en los documentos de cotización (art. 36 Orden TAS 1562/2005, de 25 de mayo, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por RD 1415/2004, de 11 de junio).

3.- En cuanto atañe a la acción protectora, la situación de los representantes de comercio también presenta alguna singularidad, y más particularmente respecto a la percepción de la prestación por desempleo. Si bien *a priori* y con carácter general les es reconocida esta protección en los mismos términos que al resto de los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General, esto puede verse matizado a consecuencia de dos factores a considerar: por un lado, el hecho reiteradamente mencionado de poder prestar servicios para más de un empresario a un mismo tiempo;

[1232] A aquellos trabajadores que tuvieran suscritos convenios especiales en el antiguo Régimen Especial de Representantes de Comercio les serán de aplicación los correspondientes coeficientes a efectos de determinar la cotización, dependiendo de si fueron suscritos con anterioridad o no al 1 de enero de 1998, momento de inclusión de la contingencia de asistencia sanitaria. Con anterioridad a esta fecha el coeficiente aplicables es del 0,77%, y si es posterior es del 0,94%.

por otro, el carácter total o parcial de la situación de paro, que somete el derecho a ciertos condicionantes.

En primer lugar, y fruto de la forma de cotizar por esta contingencia, cuando el desempleo es parcial, esto es, cuando el representante de comercio cese en su actividad con alguno de los empresarios para con quienes venía prestando servicios, condicionado a que dicha prestación hubiese tenido lugar de forma ininterrumpida durante al menos 180 días y la pérdida de retribuciones suponga al menos una tercera parte de todas las devengadas en los 6 meses precedentes al momento del cese, a cuyos efectos serán tenidos en cuenta los correspondientes documentos oficiales de cotización [art. 1.b) RD 2622/1986, de 24 de diciembre], le será de aplicación el tipo de cotización por desempleo que corresponda a cada contratación (art. 31.2.1.7 Orden TIN/25/2010, de 12 enero). En tal supuesto, la cuantía de la prestación, así como los topes máximos y mínimos, serán determinados de acuerdo con las normas generales y en proporción a la ya referida pérdida de retribución (art. 2 RD 2622/1986).

Por su parte, la situación de desempleo será considerada total cuando el representante de comercio cese por completo en las actividades con la totalidad de los empresarios con quienes mantenía relación laboral como tal, viéndose por consiguiente privado de todas sus retribuciones por este concepto [art. 2.1.b) RD 2622/1986]. Al respecto, y en ausencia de precisión alguna por parte de la norma, habrá de entenderse la validez de la misma exigencia cual si se tratara de desempleo parcial (haber prestado servicios durante al menos 180 días ininterrumpidos).

Finalmente, y según exige la lógica, la norma impide a los representantes de comercio que incumplan sus obligaciones de afiliación, alta y cotización, el acceso a percibir la prestación por desempleo (art. 1.3 RD 2622/1986).

IV.- Particularidades del Sistema Especial de Seguridad Social de los artistas en espectáculos públicos integrados en el Régimen General de Seguridad Social

El colectivo de profesionales incluidos bajo la denominación de artistas en espectáculos públicos fue regulado en origen a través del RD 2133/1975, de 24 de julio[1233], y, con posterioridad, por RD 1435/1985, de 1 de agosto[1234]. Pertenecen al ámbito de aplicación de la citada norma las relaciones laborales establecidas entre un organizador de espectáculos públicos o empresario y quienes se dediquen voluntariamente a la prestación de una actividad artística por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de aquéllos, a cambio de una retribución (art. 1.2 RD 1435/1985)[1235], debiendo incluirse aquí no sólo las realizadas directamente ante el público, sino también las destinadas a la grabación de cualquier tipo de material para su

[1233] Art. 1 RD 2064/1986, de 24 de diciembre. Llama la atención el hecho de mencionarse en este Real Decreto, cuando ya existía otro previo, el RD 1435/1985, de 1 de agosto, regulador del Régimen Especial de los Artistas.

[1234] En virtud de lo establecido en la disposición adicional 1ª Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores. Véase DURÁN LÓPEZ, F.: "La relación laboral especial de los artistas", *RL*, núm. 3, 1986, pp. 225 y ss.

[1235] Aunque en realidad no obedece al patrón típico de cuanto viene siendo considerado trabajo subordinado por cuenta ajena, según especifica GARRIDO PÉREZ, E.: "Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras de Derecho del Trabajo", en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Coord.): *Estudios en homenaje al profesor Cabrera Bazán*, Madrid (Tecnos), 1999, pág. 335.

difusión en medios como teatro, cine, radiodifusión, televisión, plazas de toros, instalaciones deportivas, circo, salas de fiestas, discotecas, y, en general, cualquier local destinado habitual o accidentalmente a espectáculos públicos, o a actuaciones de tipo artístico o de exhibición (art. 1.3 RD 1435/1985)[1236]. La regulación no se detiene, en cambio, a especificar qué condiciones o exigencias deben cumplir ambas partes e la relación laboral[1237].

En base a tal definición, mediante el RD 2621/1986 procedió a integrarse en el Régimen General a un variopinto grupo de trabajadores, prestadores de servicios dentro del territorio español en teatros, circos, variedades o folklore, ya sea directamente al público o por medio de cualquier grabación o retransmisión, englobando --tal y como habrá ocasión de comprobar-- a un elevado número de categorías profesionales[1238]; asimismo al personal técnico y auxiliar[1239], y a los profesionales residentes en territorio español que realicen funciones como tales fuera de él, por cuenta de un empresario, ya sea éste español o extranjero, con residencia o domicilio en España, con la única salvedad de que por exigencias legislativas del país donde se prestan los servicios el artista deba someterse necesariamente a la normativa del mismo[1240].

Tales especificaciones dan una idea de la "complejidad" inherente al adecuado encuadramiento de estos trabajadores[1241], pudiendo hablar, en concreto y como peculiaridades destacables, de los trámites de afiliación y alta en el Sistema de la Seguridad Social, los aspectos de cotización y los relativos a la acción protectora.

En primer lugar, y en cuanto concierne a la afiliación y alta, varios son los requisitos previstos legalmente como indispensables para ambas partes implicadas. Así, los empresarios[1242] de cuyas plantillas formen parte artistas en espectáculos públicos retribuidos por número de actuaciones, programas o campañas, con una duración

---

[1236] Quedando excluidas de ser consideradas relaciones especiales de trabajo como artistas --y por tanto de la aplicación del RD 1435/1985, de 1 de agosto-- las actuaciones artísticas en un ámbito privado (tales como viviendas o locales particulares, celebraciones familiares, etc.), sin perjuicio del carácter laboral que pueda corresponder a la contratación y a la competencia, en su caso, del orden jurisdiccional Social para conocer de los conflictos que surjan en relación con la misma (art. 1.4. RD 1435/1985). Abundando en esta consideración, DURÁN LÓPEZ, F.: "La relación laboral especial de los artistas", cit., pág. 228; y, en el mismo sentido, ALZAGA RUIZ, I.: *La relación laboral de los artistas*, Madrid (CES), 2001, pág. 140.

[1237] LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: "Relaciones especiales de trabajo de los artistas en espectáculos públicos", en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid (Edersa), 1985, pág. 188.

[1238] Produciéndose, no obstante, numerosas exclusiones como consecuencia de la compleja casuística derivada de los pronunciamientos jurisprudenciales. Puede verse, en este sentido y entre otros, ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: *Relaciones laborales especiales «nominadas» y Seguridad Social*, cit., págs. 113-114. También, ROQUETA BUJ, R.: *El trabajo de los artistas*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1995, págs. 22-26.

[1239] Categorías inicialmente excluidas en el art. 1.5 RD 1435/1985, de 1 de agosto, y objeto de posterior inclusión por disposición adicional 3ª RD 397/1996, de 1 de marzo (modificación incorporada en la nueva redacción del art. 32.1 RD 2064/1995).

[1240] Véase, en tal sentido, BLASCO LAHOZ, J.F.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, M.A.: *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, 11ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2010, pág. 329.

[1241] PERÉZ AGUILAR, S.: "Especialidades del régimen jurídico de los artistas en espectáculos públicos", *AS*, núm. 12, 2009, págs. 49-58.

[1242] Entendiéndose a estos efectos como "empresario" a quien contrata directamente al artista, y no quedando afectados como tales los empresarios dueños de los establecimientos públicos donde son llevadas a cabo, y quienes subcontratan las funciones de los artistas, al no ser ellos en definitiva los encargados de organizar el espectáculo. En tal sentido, y por ejemplo, SSTSJ Cataluña 12 febrero 1990 (AS 1990, 3973), 20 diciembre 1991 (AS 1991, 6785) o 15 febrero 1994 (AS 1994, 169).

inferior a 30 días, deben solicitar su inscripción en el Régimen General ante la TGSS en la provincia de domicilio de la empresa con carácter previo al inicio de la prestación de servicios, y con independencia de aquellas otras inscripciones a solicitar por contar además con otros trabajadores, ya estén encuadrados en dicho Régimen o en alguno de los Especiales, cuya retribución atienda a otros parámetros (art. 7.1 Orden de 20 de julio de 1987).

En paralelo, los artistas contratados en tales condiciones --por menos de 30 días-- también deberán solicitar su afiliación y alta (o, en su caso, la baja o variación de datos, según corresponda) ante la TGSS en la provincia donde esté inscrita la empresa o, en su defecto, en la de la provincia donde tenga lugar la actuación, de acuerdo con las disposiciones vigentes en el Régimen General, con carácter previo al inicio de la prestación del servicio remunerado (art. 8.1 y 2 Orden de 20 de julio de 1987), si bien sometida a las siguientes singularidades:

1.- En el momento de gestionar la solicitud de afiliación o alta por los interesados, la TGSS encargada del trámite expedirá un talonario de "justificantes de actuaciones"[1243] a nombre del artista, quedando éste obligado a conservarlo durante el tiempo que preste servicios como tal, y a devolverlo a la misma Entidad que lo expidió cuando cause baja definitiva en la actividad en la que se encuentra adscrito (art. 8.3 Orden de 20 de julio de 1987).

2.- Por su parte, el empresario, en el momento de abonar las retribuciones al profesional, o de no ser en dicho momento necesariamente al final de la prestación de servicios, está obligado a requerir al artista dos ejemplares del talonario de justificantes para proceder a su cumplimentación haciendo constar datos tales como la identificación de la empresa y el número de registro a ella asignado en la TGSS, y otro tanto de la Entidad Gestora o colaboradora con la cual tiene concertada la protección de las contingencias profesionales. Habrán de ser además consignados en dichos ejemplares otros datos relativos al trabajador (como categoría, fecha de alta, remuneraciones abonadas, base de cotización, etc.), precisándose la TGSS donde fue efectuado o va a llevarse a cabo el abono correspondiente y a través de qué entidad financiera colaboradora para el ingreso de las cuotas (art. 8.3 párrafo segundo Orden de 20 de julio de 1987). De los dos ejemplares cumplimentados, uno quedará en poder del empresario, quien deberá presentarlo acompañando a la relación nominal de trabajadores en la liquidación mensual de cuotas (debiendo conservar la matriz del mismo), en tanto el otro le será facilitado al artista para que éste, a su vez, realice los trámites exigidos en la norma de aplicación, consistentes en su envío a la Tesorería en la que el trabajador se halle inscrito (conservando la matriz correspondiente), dentro de los 15 primeros días del mes de enero del año siguiente a aquél en que tuvieran lugar las actuaciones o, en su caso, una vez producido el hecho causante de la prestación vitalicia a la que pueda tener derecho el artista (art. 8.4 Orden de 20 de julio de 1987). Lo anterior será acompañado por una declaración en la cual, y conforme a los justificantes de actuaciones que habrán de ser remitidos con esa misma fecha, se reagrupen todas las actuaciones del artista en el ejercicio económico o período al que se refiera la pertinente regularización, debiendo incorporarse asimismo la totalidad de las retribuciones y bases liquidadas en el transcurso de dicho lapso temporal (art. 9.6 Orden de 20 de julio de 1987).

[1243] Compuesto de una matriz y un justificante a nombre del trabajador afiliado (art. 8.3 Orden de 20 de julio de 1987).

3.- Para completar las exigencias derivadas de los actos de encuadramiento, el artista debe realizar una declaración anual de las actuaciones o espectáculos realizados durante el año anterior, antes del último día del mes de febrero de cada año, formalizada en el modelo TC-4/6 (de declaración anual de actividades. Régimen General. Colectivo de Artistas y Profesionales Taurinos)[1244]. La remisión del documento justificativo por parte de dichos profesionales ha de hacerse igualmente en caso de producirse el hecho causante generador del derecho a una prestación del Sistema, por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, descanso por maternidad y desempleo (Resolución 17 noviembre 2005, de la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre modelos de documentos de cotización vigentes para la liquidación e ingreso de cuotas de la Seguridad Social).

En este orden de cosas cabe plantear la cuestión acerca de qué sucede cuando no es contratado sólo un artista de forma individual, sino un grupo en su conjunto. Tal circunstancia no debería en principio plantear ninguna problemática, siendo de aplicación para cada uno de los integrantes lo indicado en el párrafo anterior. El problema surge de existir un "jefe del grupo" encargado de su funcionamiento, el cual asume riesgos económicos y, como contrapartida, percibe más ingresos[1245]. En este caso no se trataría en realidad de un miembro más, sino de alguien que estaría asumiendo el papel de empresario[1246] y, de ser así, sujeto forzado a inscribirse en el Sistema de Seguridad Social. En este sentido, el Tribunal Supremo hace recaer sobre el empleador tal deber, en tanto la decisión última de quién va a dar de alta o de baja le corresponde, pues es él quien determina su propia composición[1247].

En lo relativo a la obligación de cotizar del colectivo de artistas, y lejos de simplificarse, podría decirse que la cuestión resulta aún más complicada en virtud del entramado de particularidades que la acompañan[1248]. Por un lado, la base de cotización de cada profesional viene determinada por el tipo de trabajo y categoría profesional que desempeñe, de acuerdo con la asimilación de categorías legalmente establecidas (art. 32.1 y 2 RD 2064/1995), distribuyéndose en dos apartados: el grupo I, que engloba los trabajos de teatro, circo, música, variedades y folklore, incluyendo los realizados para radio, televisión o mediante grabaciones, y siendo contemplados hasta 7 grupos distintos de cotización; y el grupo II, integrado por quienes realicen trabajos de producción, doblaje o sincronización de películas, ya sean estas largometrajes,

---

[1244] Disposición transitoria 4ª Orden TAS/368/2004, de 12 febrero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 61/2003, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2004.

[1245] La jurisprudencia posterior a la entrada en vigor del RD 2621/1986, de 24 de diciembre (es decir, a raíz de la integración del Régimen Especial de Artistas en el Régimen General), viene admitiendo la condición de empresario a un cantante respecto de los artistas que le acompañan en sus espectáculos, cuando es él quien los contrata directamente, organiza las actuaciones, corre el riesgo económico y se beneficia con mayores ingresos. Así STS 4 mayo 1988 (RJ 1988, 3552), SSTSJ Galicia 14 mayo 1993 (AS 1993, 2399) y Madrid 11 marzo 1996 (AS 1996, 538).

[1246] STCT 16 enero 1978 (RTCT 1978, 140).

[1247] STS 3 octubre 1997 (RJ 1997, 7207), estableciendo la responsabilidad subsidiaria de la empresa que contrató al grupo.

[1248] Y ello derivado quizá de dos motivos fundamentales: las bruscas variaciones en el nivel de ingresos entre diferentes artistas, e incluso para un mismo artista en diferentes períodos; y la dificultad de acotar períodos para la cotización, pues la prestación de servicios con frecuencia presenta un carácter intermitente. ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: *Relaciones laborales especiales «nominadas» y Seguridad Social*, cit., pág. 119.

cortometrajes o destinadas a la publicidad o para televisión, observándose otros 7 grupos diferentes de profesionales, con categorías en algunos casos coincidentes (art. 32.3 RD 2064/1995). Cuando un artista esté incluido en un mismo mes en más de un grupo de cotización diferente, le será de aplicación la base de mayor cuantía.

Las bases de cotización por contingencias comunes están sujetas a lo establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada ejercicio económico (arts. 9.3, 26.1 y 32.2 RD 2064/1995), estableciéndose en la misma las bases máximas y mínimas, así como los topes máximos y mínimos cuando se trata de contingencias profesionales. Para el año 2010, son las establecidas en el art. 10 Orden TIN/25/2010, de 12 de enero, concretándose según es indicado a continuación.

De este modo, con carácter general y en relación a la base máxima de cotización por contingencias comunes para todas las categorías profesionales de los artistas a que se refiere el art. 32.3 RD 2064/1995, a partir del 1 de enero de 2010 será de 3.198 euros mensuales (art. 10.1 Orden TIN/25/2010). A los efectos de establecer el tope máximo de las bases de cotización en razón de las actividades realizadas por un artista, cuando éste ha prestado servicios para más de una empresa, tendrá carácter anual y será determinado por la elevación a cómputo anual de la base mensual máxima antes referida (art. 10.1 Orden TIN/25/2010 y art. 32.4 RD 2064/1995).

El cálculo del montante de las cuotas queda sujeto a las siguientes reglas:

1.- La empresa está obligada a su declaración mensual en los correspondientes boletines de cotización (modelo TC-1/19), acompañada de la relación nominal de trabajadores (modelo TC-2/19)[1249], haciendo constar los salarios efectivamente abonados a cada artista durante cada mes natural al cual está referida la cotización y debiendo incluir en todo caso el importe total de los mismos aun cuando éstos sobrepasen el importe de la base mensual máxima correspondiente a su categoría profesional y el artista haya prestado servicios para más de un empresario (pluriempleo), pero respetando la aplicación del tope máximo mensual de cotización, tanto para las contingencias comunes como para las profesionales [art. 32.5.a) y b) RD 2064/1995].

Como medida correctora, deben además cotizar a través de liquidaciones provisionales para contingencias comunes y desempleo, en concepto de cantidad a cuenta, según unas bases fijas legalmente establecidas por tramos para cada ejercicio económico. Son las llamadas “retribuciones íntegras” por cada día de actividad, condicionadas a que la base de cotización a cuenta diaria coincida con la de las retribuciones íntegras diarias antes aludidas, y sin exceder el límite máximo establecido para cada tramo de retribuciones, ni ser inferior al importe diario de la base mínima del grupo de cotización al cual pertenezca el artista [art. 32.5 b) RD 2064/1995].

En tal sentido, la cuantía de las bases de cotización a cuenta para determinar la antedicha cotización de los artistas, vigente a partir del 1 de enero de 2010 y para todos los grupos de cotización, es la regulada en el art. 10.2 Orden TIN /25/2010, de 12 de enero.

[1249] En el caso de los trabajadores, el modelo TC-1/11 Boletín de Cotización al Régimen General de la Seguridad Social. Colectivo de Artistas y Profesionales Taurinos. Trabajadores.

Retribuciones íntegras / día	Euros / día
Hasta 362 euros	213
Entre 362,01 y 651 euros	268
Entre 651,01 y 1.089 euros	320
Mayores de 1.089,01 euros	426

2.- En lo relativo a las contingencias de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, así como al resto de conceptos de recaudación conjunta, la base de cotización no podrá ser inferior a los topes mínimos absolutos vigentes para cada ejercicio económico [art. 32.5.b) RD 2064/1995, en consonancia con el art. 9.2 de esta misma norma], es decir, lo establecido en la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010.

Dada la imprecisión del modelo de cotización descrito (por su provisionalidad), al finalizar cada ejercicio económico, y conforme indica el art. 32.5.c) RD 2064/1995 (modificado por el art. 1.6 RD 335/2004, de 27 de febrero), la Tesorería debe efectuar una liquidación definitiva por contingencias comunes y desempleo, aplicando el tipo general establecido para ese período tanto para empresarios como para artistas, y tomando en consideración a tal fin las retribuciones declaradas en los documentos de cotización mensuales y las bases cotizadas[1250]. Si a partir de dicha regularización se detecta una cotización inferior al importe debido, la Entidad Gestora habrá de proceder a la reclamación de la diferencia de cuotas, debiendo ésta ser ingresada dentro del plazo reglamentario del mes siguiente a su notificación[1251]. Si, por el contrario, durante el ejercicio económico hubiese tenido lugar un exceso en la liquidación de cuotas a favor del artista o del empresario, habrá de procederse, por indebidas, a su devolución, ya sea de oficio por parte de la TGSS o a instancia de parte[1252].

Una vez recibida la liquidación definitiva por el trabajador, le asiste la posibilidad de optar, dentro del mes siguiente a la correspondiente notificación, por abonar su importe o proceder a la regularización en función de las bases efectivamente cotizadas. De no producirse comunicación alguna por parte del artista a la TGSS, ésta interpretará la opción de aquél por la segunda de tales posibilidades, procediendo entonces a efectuar la nueva regularización, dejando sin efecto la primera [art. 32.5.c) RD 2064/1995].

Finalmente, dentro de los aspectos concernientes a la cotización, aún persiste una peculiaridad para los artistas contratados con una duración inferior a 30 días, generalmente bolos, fiestas mayores o similares. En estos casos, las cuotas correspondientes a las actuaciones deben ingresarse con anterioridad al visado del contrato y siempre antes del inicio de las correspondientes actuaciones, siendo la única excepción a este respecto el supuesto de las actividades en empresas dedicadas al

[1250] Aspecto éste considerado como necesario, dada la posible disparidad de ingresos entre los diferentes meses del año. Véase TEJERINA ALONSO, J.L.: "La racionalización de la estructura de la Seguridad Social: la integración de los regímenes especiales de trabajadores ferroviarios, de artistas, de toreros, de representantes de comercio, de escritores de libros y futbolistas", *RSS*, núm. 31, 1986, pág. 80.
[1251] Cabe, no obstante, una posibilidad de aplazamiento de hasta en 6 meses, previa solicitud por el artista y consecuente autorización de la TGSS, estableciendo al efecto los correspondientes plazos reglamentarios de pago [art. 32.5.c) RD 2064/1995].
[1252] Conforme a lo establecido en el art. 23 LGSS y en el art. 44 RD 1415/2004, de 11 de junio, así como en las demás disposiciones complementarias.

doblaje de películas, cuyas cuotas serán ingresadas dentro del mes siguiente a su devengo (arts. 70.5.3 y 74 Orden de 23 octubre de 1986).

Sea como fuere, no han de olvidarse los inconvenientes técnicos surgidos a la hora de cuantificar las cotizaciones, pues es frecuente que estos trabajadores reciban abono de cantidades en concepto de desplazamientos y compensaciones de gastos por la ejecución de la actividad artística, los cuales vienen siendo excluidos de las bases de cotización, así como la realización de actuaciones esporádicas que son reflejadas como gratuitas cuando en realidad no lo son, eludiendo de esa manera tanto las obligaciones fiscales como de la Seguridad Social[1253]. También resulta problemático el cómputo de las horas extraordinarias para este colectivo, o las prestaciones extrasalariales, ya sea en concepto de indemnizaciones o suplidos, por conceptos tales como dietas o cantidades entregadas para adquirir el vestuario para la función.

En otro orden de cosas, y en cuanto a la acción protectora, ésta también va acompañada de particularidades, tanto en el sistema de cálculo de los períodos de carencia como en relación a prestaciones concretas, cual es la incapacidad temporal y la jubilación. En tal sentido, con independencia de las situaciones de asimilación al alta que, para las distintas contingencias y situaciones, están previstas en el Régimen General para el colectivo de artistas, serán consideradas como situaciones asimiladas al alta los días que resulten cotizados por aplicación de dos reglas específicas, y ello aunque no se correspondan con los de prestación real de servicios (art. 9.2 RD 2620/1986, de 24 de diciembre).

Así y en primer lugar, a efectos del cálculo del período de carencia para generar derecho a una prestación de la Seguridad Social, el procedimiento es conforme a las reglas establecidas en el art. 9.1 RD 2621/1986[1254], procediendo a realizar el cociente entre las cotizaciones realizadas y los días del año. De ahí son obtenidos días-cuota, los cuales van a servir de unidad de cómputo, tanto a efectos de período de carencia como de días de alta, para causar derecho a prestaciones o para completar los períodos de carencia exigibles de las mismas, y para la determinación del importe de la base reguladora y del porcentaje de la prestación generada (jubilación, incapacidad temporal, etc.).

Ahora bien, en aquellos supuestos en los cuales el artista resulte deudor de cuotas o no estuviera al corriente en las mismas en el momento de sobrevenir una contingencia para la que no sea requerido un período de cotización previo o, si lo fuese, estuviera cubierto, el INSS advertirá al interesado de la necesidad de ponerse al

---

[1253] MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *Las percepciones extrasalariales. Estudio del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicada*, Madrid (McGraw-Hill y Universidad Pontificia de Comillas), 1999, págs. 50 y ss.

[1254] Para acreditar las cotizaciones realizadas en cada año natural se aplicarán las siguientes reglas (art. 9.1 RD 2621/1986, de 24 de diciembre y art. 10 Orden de 20 de julio de 1987):

1. Será dividida por 365 la suma de las bases por las que se haya cotizado, las cuales, en ningún caso, podrán superar el tope anual de cotización correspondiente a cada categoría profesional. Si el cociente resultante es superior a la base mínima diaria aplicable a la respectiva categoría profesional, serán considerados como cotizados todos los días del año natural, siendo la base de cotización diaria que surtirá efectos en orden a las prestaciones el cociente señalado.

2. En el supuesto de ser el cociente al cual se refiere la regla anterior inferior a la base mínima diaria aplicable a cada categoría profesional, habrá de procederse a dividir la suma de las bases de cotización por la cifra correspondiente a dicha base mínima, siendo el resultado el número de días considerados como cotizados.

corriente en el pago, sin perjuicio del reconocimiento provisional de las prestaciones a que tuviera derecho, cuyo abono quedaría condicionado al cumplimiento de la obligación de abono pendiente (arts. 4 y 2 Orden de 30 de noviembre de 1987).

La exigencia para el reconocimiento de la prestación de maternidad[1255], regulada inicialmente en el art. 10.1 RD 2621/1986, fue posteriormente derogada por RD 1251/2001, de 16 de noviembre, y de nuevo contemplada en el RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, asimilándose en su totalidad a las del Régimen General de la Seguridad Social.

En lo concerniente al cálculo de la base reguladora de las prestaciones económicas de incapacidad temporal y subsidio de recuperación, sea cual sea la contingencia de la que deriven, le serán de aplicación las normas propias del Régimen General pero sometidas a dos particularidades, como son, en primer lugar, la relativa al cálculo de la base reguladora, que será la correspondiente al promedio diario resultante de dividir entre 365 días la suma de las bases de cotización de los 12 meses anteriores al hecho causante, o del promedio diario del período de cotización acreditado si éste es inferior a un año; en segundo lugar, el hecho de que en ningún caso el promedio diario resultante del cálculo podrá ser inferior, en computo mensual, a la base mínima de cotización correspondiente cada momento a la categoría profesional del artista (art. 5.1 Orden de 30 de noviembre de 1987 y art. 12.2 RD 2621/1986).

La última de las peculiaridades en materia de acción protectora para el colectivo analizado tiene que ver con la posibilidad de jubilación anticipada y las reducciones en la edad mínima de jubilación[1256]. En tal sentido, requisito indispensable para poder acceder a la jubilación es hallarse de alta o en situación asimilada a la de alta, pudiendo distinguir dos supuestos: los artistas encuadrados en las categorías de cantantes, bailarines y trapecistas[1257] podrán jubilarse a partir de los 60 años de edad sin ser penalizados por ningún coeficiente reductor, siempre y cuando cumplan el requisito de haber trabajado en alguna de estas especialidades durante un mínimo de 8 años durante los 21 anteriores a la fecha del acto causante (art. 11.2 RD 2621/1986). Para el resto de categorías se contempla igualmente la posibilidad de optar por la jubilación anticipada, siempre y cuando reúnan los requisitos establecidos en el art. 161bis.2.a), b) y c) LGSS en cuanto a edad, acreditación de período mínimo de cotización, etc., comunes al Régimen General. La cuantía de la pensión correspondiente será calculada aplicando un coeficiente reductor en función de cada año o fracción que falten al trabajador para

[1255] Consistente en la necesidad de afiliación a la Seguridad Social por lo menos 9 meses antes de dar a luz, así como haber cotizado al menos durante un período de 90 días, además de las condiciones reglamentariamente exigidas en el Régimen General de la Seguridad Social.

[1256] Si bien el hecho de establecerse la reducción de edad de jubilación en tales supuestos no debiera suponer necesariamente la jubilación en todos los casos, pues en gran medida el factor determinante es el nivel de deterioro de las condiciones artísticas, éste no se da por igual ni en todos los profesionales ni en todas las profesiones artísticas que la contemplan. Así en TOROLLO GONZÁLEZ, F:J.: "Las relaciones especiales de los espectáculos públicos", *REDT*, núm. 100, 2000, pág. 203.

[1257] Existiendo la posibilidad tanto de reducir la edad de jubilación de estas categorías como de ampliar dicha reducción en la edad de jubilación a otras categorías profesionales del colectivo de artistas en espectáculos públicos, todo ello conforme lo establecido en el art. 154.2 LGSS, a petición de las organizaciones sindicales más representativas y previos los informes técnicos oportunos (art. 11.4 RD 2621/1986, de 24 de diciembre).

cumplir los 65 en el momento del hecho causante[1258]; dicho coeficiente es del 7'5% cuando se acreditan entre 30 y 31 años trabajados, del 7% si son entre 35 y 37, del 6'5% si la franja se sitúa entre 38 y 39 y del 6% si alcanza a 40 o más años cotizados [art. 161.bis2.d) LGSS].

El requisito indispensable y común en ambos supuestos para poder acceder a la jubilación es hallarse de alta o en situación asimilada al alta. El art. 11.3 RD 2621/1986 plantea, como una única salvedad, la establecida en el art. 1 Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y de la Acción Protectora de la Seguridad Social, según el cual el artista de espectáculos públicos puede solicitar la pensión de jubilación a los 65 años, sin cumplir el requisito de alta, siempre que cumpla, además de los requisitos generales exigidos, el de reunir un período mínimo de cotización de 15 años, de los cuales al menos 2 deberán estar comprendidos dentro de los 8 inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho (art. 2.1 Ley 26/1985, de 31 de julio).

La prestación por desempleo de los artistas en espectáculos públicos, en fin, tampoco está exenta de particularidades, siendo reconocida en virtud de los días cotizados en los 4 años anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento de cese de la obligación de cotizar, computándose a tales efectos, según establecen los arts. 9 y 15 RD 2621/1986, los períodos de cotización ficticia para determinar la duración de la misma (art. 3.1 RD 2622/1986). Establecida la duración, resta determinar cuál va a ser la base reguladora de aplicación para el cálculo de la prestación, siendo ésta la resultante del cociente entre las bases de cotización por esta contingencia en los 180 días anteriores a la situación legal de desempleo y el número de días considerados como cotizados en dicho período, según dispone el art. 3.2 RD 2622/1986.

El acceso a la prestación por desempleo para el colectivo de artistas reviste gran transcendencia, dada la temporalidad a que, en términos generales, se ven sometidos, pues la relación laboral depende en gran medida de la duración de la actividad artística en el espectáculo y ésta, a su vez, de la aceptación del público hacia el mismo, además de otros posibles condicionantes, tales como el nivel de accesibilidad económica para poder asistir (o el potencial de espectadores), todo lo cual viene a condicionar la duración de los contratos[1259].

Una vez obtenida la prestación, cuando ésta se suspende, no procede reanudar el derecho hasta que transcurran los días considerados cotizados, previa solicitud en tiempo y forma y siempre que no medie otra colocación[1260]. Igualmente, cuando un artista está percibiendo prestación por desempleo y la interrumpe para realizar un nuevo trabajo con una duración inferior a 12 meses, habrá de reducirse el tiempo de prestación tanto por los días realmente trabajados como por los días asimilados[1261].

[1258] Por cuanto para el cómputo del monto de la pensión se tomarán años de cotización completos, sin que sea posible equiparar a un año las fracciones inferiores al mismo.

[1259] En este sentido se pronuncia STS 23 febrero 1991 (RJ 1991, 866).

[1260] Según STSJ Galicia 4 junio 2002 (JUR 2002, 240591), en la cual queda reflejado cómo, de no cumplirse la mencionada exigencia, sería desestimada la reanudación de la prestación al solicitante de la misma.

[1261] Dada la inexistencia de una regulación específica para los artistas en cuanto a la dinámica del derecho de prestación por desempleo durante los períodos de suspensión de ésta, debiéndose acudir a lo previsto en el Régimen General (arts. 212 y 213 LGSS), si bien teniendo en cuenta las peculiaridades para el cómputo de días cotizados a efectos de generar el derecho. Así, y entre otras, SSTSJ Madrid 5 febrero

V.- Posibilidades de integración absoluta de los colectivos existentes. Ventajas, inconvenientes y dificultades para un proceso integral de inclusión

Resulta evidente la importante transformación y ampliación llevada a cabo en el campo subjetivo de aplicación del Régimen General (acompañada de un importante avance en términos de homogeneización del mismo), si bien aún resta mucho por hacer hasta llegar a la pretendida universalidad proclamada por el art. 41 CE. En tal sentido, no es preciso reiterar, por sabidas --aunque no esté de más recordarlas-- las enormes dificultades que ha de afrontar el Sistema protector de la Seguridad Social en cuanto a su viabilidad financiera, derivadas de muchos y muy variados motivos, algunos previsibles (como podría ser el aumento de la esperanza de vida en general) y otros sobrevenidos (cual sería el caso de la actual situación de crisis económica experimentada en todos los países a escala global y, por supuesto, en España). Todo ello proporciona una clara idea de la innegable y urgente necesidad de proceder a una mayor racionalización del Sistema, acercando posturas a fin de alcanzar un equilibrio sostenible entre las aportaciones al mismo y las prestaciones generadas.

A la vista de las peculiaridades descritas en apartados precedentes, en primer lugar y en cuanto se refiere a los trabajadores ferroviarios antes considerados como integrantes de un Régimen Especial y ahora incluidos en uno de los Sistemas Especiales del General, éstos se ven sometidos en algunos aspectos a un tratamiento diferente en relación con otros colectivos, siendo posible apuntar la necesidad o, cuando menos, el interés de proceder a la inminente realización del correspondiente análisis por parte de expertos en la materia a fin de verificar si el nivel o grado de penosidad y peligrosidad en el desempeño del catálogo de actividades contempladas en el art. 3.1 RD 2621/1986, sigue siendo el mismo que aquél existente en el momento en el cual fue llevada a cabo la regulación de la integración en el Régimen General, a la vista de los notorios avances tecnológicos acaecidos en todos los ámbitos productivos de actividad en general, y en el sector del transporte en particular, durante estos últimos años.

Consecuencia de lo anterior, y de llegar al resultado previsible de poder constatar la realización de mejoras en las condiciones de desempeño en términos de seguridad y salud laboral, con la subsecuente reducción de los antedichos niveles de penosidad y riesgo, sería necesaria una nueva aproximación en aras a una mayor convergencia, acortando la anticipación en la edad de jubilación de los trabajadores ferroviarios, y procediendo a una nueva reestructuración y homogeneización del Sistema Especial aplicable, dadas las circunstancias de la nueva coyuntura y realidad económica en general, y de este Sistema de la Seguridad Social en particular.

En cuanto concierne al régimen jurídico aplicable a los representantes de comercio, la evidencia apunta claramente a una situación en la cual la normativa de aplicación está excesivamente estratificada, a la vez que dispersa o difuminada en el

---

1996 (AS 1996, 303) y 5 junio 1997 (AS 1997, 2120), conforme a las cuales, al igual que "la cotización ficticia ha servido para calcular el período de la prestación reconocida y su base reguladora", deberá también "influir después de manera equitativa en el período temporal en el que deba entenderse suspendida la prestación". *A sensu* contrario, STSJ Galicia 4 junio 2002 (JUR 2002, 240591), en este caso reconociendo el derecho a reanudarse la prestación por desempleo en virtud de las cotizaciones ficticias, por cuanto considera días de ocupación cotizados un intervalo de 46 jornadas durante las que no hubo actividad profesional efectiva.

contenido de diferentes Órdenes y Reales Decretos, lo cual viene a dificultar tanto la propia materialización de un adecuado nivel de cumplimiento por parte de los afectados como su posterior verificación o la capacidad fiscalizadora por parte de la Administración.

En este mismo sentido, cabría incluso hablar de una auténtica maraña jurídica, debiéndose abogar por la reunificación, tratando de simplificar trámites, a fin de que la integración sea más eficaz. Las particularidades del Sistema Especial de este colectivo permiten asimilar en gran medida su situación a la de los trabajadores autónomos, siendo por ello plausible su inclusión en el Régimen de estos últimos. Ello permitiría reducir la problemática generada cuando en el momento de proceder a la afiliación del representante de comercio éste precisa de un documento justificativo o de prueba -- contrato de trabajo-- que le ha de facilitar el empresario, y que puede aparecer enmascarado bajo la forma de un contrato mercantil. Tal situación trae consigo, además, otro problema, pues si el documento aportado por el representante de comercio no satisface a la Tesorería, es posible que en vía judicial se declare incorrecto el encuadramiento y la procedencia de su inclusión en el RETA, con el correspondiente trasvase de cuotas. *A sensu* contrario, cuando es el representante de comercio el que no realiza la afiliación y alta en tiempo y forma, a diferencia de lo que ocurre en el Régimen General, en este colectivo no opera el alta presunta[1262], resultando así inaplicable la previsión establecida para el conjunto de los trabajadores por cuenta ajena.

En relación al colectivo de artistas en espectáculos públicos, puede apreciarse cómo el Sistema en el cual están encuadrados aún plantea considerables particularidades, alejándoles de una integración en términos reales de equiparación con el resto de los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General.

En particular, dicho Sistema Especial conserva procedimientos susceptibles de ser calificados como excesivamente enrevesados, dando lugar a un continuo trasiego de documentos entre empresario, trabajador y Tesorería. Sirva de ejemplo a este respecto el documento justificativo de actuaciones, produciéndose en realidad una doble inscripción; otro tanto sucede con el cálculo de las bases de cotización y de las cuotas a liquidar, por lo cual cabe apostar por una simplificación o unificación de los trámites. En términos de prestaciones los avances han sido mayores, llegándose a la equiparación de algunas de aquéllas, pero lo cierto es que aún persisten también muchas especialidades en la acción protectora que habría que tratar de homogeneizar, pues de lo contrario la integración es a todas luces inoperante.

Los tres Sistemas Especiales analizados en las páginas precedentes presentan una característica común en materia de acción protectora, consistente en la posibilidad de anticipar la edad de jubilación, lo cual viene a sobrecargar en exceso el ya de por sí débil sistema de financiación de la Seguridad Social. En tal sentido, la cuestión a plantear es obvia, pues posiblemente antes de proceder al retraso con carácter general de la edad de jubilación del conjunto de trabajadores del Sistema, lo que de verdad debiera hacerse es racionalizar convenientemente la cantidad de excepciones existentes tanto en

[1262] Postura ya defendida por TEJERINA ALONSO J.L.: "La racionalización de la estructura de la Seguridad Social: la integración de los regímenes especiales de trabajadores ferroviarios, de artistas, de toreros, de representantes de comercio, de escritores de libros y futbolistas", cit., pág. 76.

los aquí tratados, como en otros colectivos de trabajadores, así como evitar la posibilidad de duplicidad de prestaciones convergentes en un solo beneficiario.

En este último sentido, uno de los avances más destacados es la eliminación del privilegio de los trabajadores ferroviarios en cuanto a la percepción de una doble pensión, siempre sin menoscabar los derechos de los sujetos protegidos (pues así lo contempla el art. 9.2 LGSS), estableciéndose al efecto disposiciones reglamentarias relativas al tiempo, alcance y condiciones de los derechos en curso de adquisición, con carácter transitorio, y procediéndose a unificar la edad de jubilación sin tantas excepciones; es decir, realizar una integración absoluta en todas aquellas facetas que sea posible, tratando de encontrar mecanismos adecuados no sólo para la jubilación, sino también para el cálculo de la bases de cotización y las cuotas a ingresar, actuaciones todas ellas conducentes a un Sistema de Seguridad Social integral, homogéneo y saneado.

Siendo evidente que las especialidades generan dispersión y merman efectividad, entre las ventajas de una total integración (de ser ésta posible) cabe mencionar la simplificación normativa, es decir, la unificación de normas reguladoras, facilitando las labores de tramitación e interpretación tanto para empresarios como para trabajadores, así como la labor fiscalizadora del Sistema, resultado del proceso de acercamiento.

Salvo en situaciones muy concretas y justificadas, las especialidades o particularidades no van a generar a la postre sino discriminaciones, ya sean positivas o negativas, para el colectivo afectado con respecto al resto de trabajadores, dando lugar a la desestabilización y quiebra del principio de homogeneidad y racionalidad de la estructura del Sistema de Seguridad Social, y debiendo por ello ser evitadas en la medida de lo posible.

Como inconveniente, cabe hacer referencia también, además de a las dificultades técnicas, a la presión añadida de las opiniones que pudieran surgir contrarias a la unificación, si bien en cierta medida solventables mediante la instrumentación de períodos transitorios de adaptación a la norma única o a través del reconocimiento de los oportunos matices. Lo que sí es cierto y a nadie debe escapar es que la unificación no es tarea fácil, por cuanto deberá hacerse siempre sin menoscabo de los derechos adquiridos por los trabajadores afectados.

VI.- Bibliografía

ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: *Relaciones laborales especiales «nominadas» y Seguridad Social*, Sevilla (Consejo Andaluz de Relaciones Laborales), 2006.

ALZAGA RUIZ, I.: *La relación laboral de los artistas*, Madrid (CES), 2001.

BARREIRO GONZÁLEZ, G. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "La expansión de las formas atípicas de trabajo y su necesaria protección social. Especial referencia a la franquicia y al contrato de agencia", *La Ley*, núm. 4, 2006.

BENAVIDES VICO, A.: *Análisis práctico de la cotización a la Seguridad Social*, Valladolid (Lex Nova), 2009.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: “La relación laboral de carácter especial de los viajantes de comercio”, *Diario la Ley*, núm. monográfico, 1985.

BLASCO LAHOZ, J.F.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARLER CARRASCO, M.A.: *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, 10ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2009.

-- *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, 11ª ed., Valencia (Tirant lo Blanch), 2010.

BORRAJO DACRUZ, E.: “Agentes de comercio laborales y mercantiles”, *AL*, núm. 13, 1991.

CAMPS RUIZ, L.M.: “La noción de trabajador representante de comercio”, *AL*, núm. 6, 1984.

-- “La nueva regulación de la relación laboral de los representantes de comercio”, *AL*, núm. 48, 1985.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Altos cargos y representantes de comercio: ámbito de aplicación de los Reales Decretos 1832/1985 y 1438/1985 a la luz de la reciente jurisprudencia”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 141, 2007.

DESDENTADO BONETE, A.: “Igualdad en la aplicación de la Ley y límite máximo de la base reguladora de las pensiones en el extinguido régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores ferroviarios”, *REDT*, núm. 48, 1991.

DURÁN LÓPEZ, F.: “La relación laboral especial de los artistas”, *RL*, núm. 3, 1986.

GARRIDO PÉREZ, E.: “Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras de Derecho del Trabajo”, en AA.VV. (CRUZ VILLALÓN, J., Coord.): *Estudios en homenaje al profesor Cabrera Bazán*, Madrid (Tecnos), 1999.

LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F.: “Relaciones especiales de trabajo de los artistas en espectáculos públicos”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid (Edersa), 1985.

MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A.: *Las percepciones extrasalariales. Estudio del régimen laboral, fiscal y de Seguridad Social aplicada*, Madrid (McGraw-Hill y Universidad Pontificia de Comillas), 1999.

MIJARES GARCÍA-PELAYO, M.F.: “Las modificaciones en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social”, *RMTAS*, núm. 79, 2009.

OJEDA AVILÉS, A., “Encuadramiento profesional y ámbito del Derecho del Trabajo”, *RL*, núm. 3, 1998.

PERÉZ AGUILAR, S.: “Especialidades del régimen jurídico de los artistas en espectáculos públicos”, *AS*, núm. 12, 2009.

RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.; GORELLI HÉRNANDEZ, J. y VÍLCHEZ PORRAS M.: *Sistema de Seguridad Social*, 11ª ed., Madrid (Tecnos), 2009.

ROQUETA BUJ, R.: *El trabajo de los artistas*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1995.

SALA FRANCO, T. y LÓPEZ MORA, F.: "Contrato de trabajo", en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid (Edersa), 1985.

SEMPERE NAVARRO, A. y CARDENAL CARRO, M.: "Las relaciones laborales especiales: una visión panorámica práctica", *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 141, 2007.

SOTES GIL, F.J.: "Integración de regímenes especiales en el Régimen General. El colectivo de representantes de comercio. Particularidades y características de su integración", *TS*, núms. 8/9, 1991.

TEJERINA ALONSO, J.L.: "La racionalización de la estructura de la Seguridad Social: la integración de de los regímenes especiales de trabajadores ferroviarios, de artistas, de toreros, de representantes de comercio, de escritores de libros y futbolistas", *RSS*, núm. 31, 1986.

TOROLLO GONZÁLEZ, F:J.: "Las relaciones especiales de los espectáculos públicos", *REDT*, núm. 100, 2000.