

LECCIÓN 1 CONCEPTO FORMACIÓN Y FUENTES

1. LOS RIESGOS SOCIALES
2. TÉCNICAS DE PROTECCIÓN
3. EL TRÁMITE A LA SEGURIDAD SOCIAL
4. ANTECEDENTES Y FORMACIÓN DEL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL
5. FUENTES
6. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS CCAA
7. EL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO

LECCIÓN 2 ÁMBITO SUBJETIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. SUJETOS PROTEGIDOS
2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN GENERAL

LECCIÓN 3 GESTIÓN

1. ENTIDADES GESTORAS
 - 1.1 INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL
 - 1.2 INSTITUTO NACIONAL DE GESTIÓN SANITARIA
 - 1.3 INSTITUTO DE MAYORES Y SERVICIOS SOCIALES
2. SERVICIOS COMUNES
 - 2.1 LA TESORERÍA GENERAL DEL ESTADO
3. ORGANISMOS AUTÓNOMOS
 - 3.1 SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL
4. ENTIDADES COLABORADORAS
 - 4.1 MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES
 - 4.2 EMPRESAS

LECCIÓN 4 ACTOS DE ASEGURAMIENTO

1. ACTOS DE ASEGURAMIENTO
2. LA INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS
3. AFILIACIÓN
4. ALTA
5. ALTA DE PLENO DERECHO
6. SITUACIONES ASIMILADAS AL ALTA
7. BAJA

LECCIÓN 5 EL SISTEMA FINANCIERO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. SISTEMAS DE FINANCIACIÓN
2. EL SISTEMA DE FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA
3. EL PACTO DE TOLEDO Y LA NUEVA REDACCIÓN DEL ART 86 TRLGSS

LECCIÓN 6 COTIZACIÓN

1. SUJETOS OBLIGADOS A COTIZAR
2. SUJETOS RESPONSABLES DEL INGRESO DE LA CUOTA
 - 2.1 CASOS DE RESPONSABLES CONEXOS SOLIDARIOS
CONTRATAS Y SUBCONTRATAS DE LA PROPIA ACTIVIDAD
CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES
SUCESIÓN DE EMPRESAS
GRUPOS DE EMPRESA
 - 2.2 CASOS DE RESPONSABLES CONEXOS SUBSIDIARIOS
CONTRATAS Y SUBCONTRATAS DE DISTINTA ACTIVIDAD
CONTRATAS Y SUBCONTRATAS DE LA PROPIA ACTIVIDAD CON
EXONERACIÓN PREVIA
CESIÓN LEGAL DE TRABAJADORES
3. BASES DE COTIZACIÓN

LECCIÓN 7 RECAUDACIÓN

1. NORMAS GENERALES
2. RECAUDACIÓN POR VÍA VOLUNTARIA
3. RECAUDACIÓN POR VÍA EJECUTIVA

LECCIÓN 8 LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. LOS RIESGOS PROFESIONALES Y LOS RIESGOS COMUNES
2. EL ACCIDENTE DE TRABAJO
3. LA ENFERMEDAD PROFESIONAL (116 TRLGSS)

LECCIÓN 9 PRESTACIONES

1. CONCEPTO Y CLASES
2. PRINCIPIOS INFORMADORES
3. GARANTÍAS DE LAS PRESTACIONES
4. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN LA EFECTIVIDAD DE LAS PRESTACIONES
5. AUTOMATICIDAD DE LAS PRESTACIONES
6. RECARGO DE LAS PRESTACIONES
7. REINTEGRO DE LAS PRESTACIONES

LECCIÓN 10 INCAPACIDAD TEMPORAL (arts 128 a 133 TRLGSS)

1. CONCEPTO
2. REQUISITOS
3. PRESTACIONES
4. EL NACIMIENTO DE LA PRESTACIÓN
5. LA DURACIÓN
6. RECAIDAS
7. EXTINCIÓN
8. GESTIÓN DEL SUBSIDIO
9. LA PRÓRROGA EXTRAORDINARIA DEL SUBSIDIO DE IT

LECCIÓN 11 LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD

1. DESCANSO POR MATERNIDAD
2. PRESTACIONES
3. REQUISITOS
4. NACIMIENTO DE LA PRESTACIÓN
5. DURACIÓN
6. LA SUSPENSIÓN
7. EXTINCIÓN
8. ENCADENAMIENTO CON OTRAS PRESTACIONES DEL SISTEMA
9. LA PRESTACIÓN DE RIESGOS DURANTE EL EMBARAZO

LECCIÓN 12 INCAPACIDAD PERMANENTE

1. CONCEPTO Y GRADOS
2. REQUISITOS
3. PRESTACIONES
4. LA REVISIÓN
5. LESIONES PERMANENTES NO INVALIDANTES

LECCIÓN 14 MUERTE Y SUPERVIVENCIA

1. PENSIÓN DE VIUDEDAD (174 TRLGSS)
2. PENSIÓN DE ORFANDAD (175 TRLGSS)
3. PRESTACIONES A FAVOR DE FAMILIARES (176 TRLGSS)
4. INDEMNIZACIONES ESPECIALES A TANTO ALZADO (177 TRLGSS)

LECCIÓN 13 JUBILACIÓN

1. CONCEPTO Y REGULACIÓN
2. LOS REQUISITOS PARA ACCEDER A LA PROTECCIÓN POR JUBILACIÓN
3. TIPOS DE JUBILACIÓN ATENDIENDO A LA EDAD
4. LA PRESTACIÓN: PENSIÓN DE JUBILACIÓN

LECCIÓN 17 DESEMPLEO

1. LA PROTECCIÓN DEL DESEMPLEADO
2. LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DEL NIVEL CONTRIBUTIVO
3. LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DEL NIVEL ASISTENCIAL

LECCIÓN 1. CONCEPTO FORMACIÓN Y FUENTES

1. LOS RIESGOS SOCIALES

El término Seguridad Social tiene su origen en el término anglosajón “Social Security” materializado por primera vez en la “Social Security Act” estadounidense de 1935. En Europa no aparecen leyes con este carácter hasta la II Guerra Mundial, es en 1942 cuando el estado británico adquiere conciencia de la necesidad de establecer un sistema de Seguridad Social y en 1944 aparece la primera definición de Seguridad Social, entendida como: “conjunto de medidas adoptadas por el Estado para proteger a los ciudadanos contra ciertos riesgos, cuya concreción individual no desaparecerá nunca por muy óptima que sea la situación del país”.

Vemos, por tanto, que la finalidad de la Seguridad Social es evitar la concreción de ciertos riesgos y reparar los efectos del siniestro cuando se produjera mediante prestaciones. Aparecen así tres expresiones que serán de uso reiterado en materia de Seguridad Social:

-riesgo: posibilidad de la materialización de un hecho futuro, incierto y grave

-siniestro: concreción de ese riesgo

-estado de necesidad: efectos penosos del siniestro.

Al decir que la Seguridad Social nos protege de ciertos riesgos cabe pensar que los riesgos existentes en un momento dado en la sociedad son muchos, por tanto habrá que ver de cuales nos protege la Seguridad Social, pues bien, la SS nos protege de los riesgos sociales y dada la imposibilidad de enumerarlos, lo que si se tiene lugar es enumerar cuales son los rasgos que identifican a estos riesgos:

-es un riesgo individual, se protege a la persona de un riesgo que la afecta como individuo y no como parte de la sociedad

-es un riesgo cuya concreción afectaría a la integridad física o psíquica de la persona y con carácter secundario a la económica

-es un riesgo que tiene trascendencia en su patrimonio, impidiéndole conservar su status.

La protección de este riesgo es, por tanto, el ideal de cobertura de todos los sistemas de SS de los países industrializados desde el último 4º del s.XX, aunque lo que varía la protección. Este ideal de cobertura comprende:

-el accidente de trabajo y la enfermedad profesional, y el accidente no laboral y la enfermedad común

-la vejez

-la muerte

-las cargas familiares

-y el desempleo involuntario.

2. TÉCNICAS DE PROTECCIÓN

La implantación de un sistema de seguridad social no es un hecho automático, los individuos primero y después los Estados se fueron concienciando de la necesidad de protección frente a los riesgos sociales y las técnicas de protección fueron evolucionando.

Estas técnicas que no son propiamente de Seguridad Social son variadas y de distinto signo, unas son individuales y otras colectivas; unas son previsoras y otras asistenciales, son las siguientes:

-la beneficencia o asistencia pública: esta técnica de protección a cargo de las instituciones públicas no tenía como finalidad socorrer ante una situación de necesidad,

sino que se trataba de resolver un problema de orden público, como fue el caso de las Leyes de Pobres en el Reino Unido

-el ahorro individual: consistía en una decisión personal de separar una parte del salario y dedicarlo a crear un fondo al que recurrir en caso de necesidad, pero adoptar esta técnica de previsión estaba limitada por el poder adquisitivo

-seguro privado: esta técnica de carácter previsor consistía en celebrar un contrato por el cual se trasladaba a una compañía aseguradora la cobertura de uno o varios riesgos a cambio de pagar una cantidad denominada prima, los principales inconvenientes de esta técnica eran que había que celebrar tantos contratos como riesgos se quería asegurar y que las compañías aseguradoras tienen ánimo de lucro

-la mutualidad: es una técnica previsor de carácter colectivo por la cual un grupo de trabajadores de la misma profesión decidían protegerse a sí mismos y por extensión a sus familias, mediante la creación de un fondo común al que todos hacían aportaciones dinerarias; los riesgos a cubrir se fijaban de antemano y la gestión del fondo era colectiva

-los seguros sociales: con la Rev Industrial aumenta el número de accidentes y enfermedades derivadas del ejercicio de la actividad profesional y es entonces cuando los Estados comienzan a darse cuenta de la desprotección de los trabajadores y la necesidad de implantar un sistema de protección social. Es entonces cuando aparecen los seguros sociales cuya implantación se debe al canciller alemán Bismarck, esta técnica de carácter previsor y obligatorio se trataba de una obligación del empresario de asegurar a los trabajadores frente a ciertos riesgos inherentes a la empresa. Las características de estos seguros eran:

-guarda cierta similitud con el seguro privado ya que el funcionamiento era el mismo, consistía en el pago de una prima para cubrir un riesgo, de forma que había que celebrar tantos contratos como riesgos se deseara asegurar

-tb comparte una característica con las mutualidades, ya que cubría a un colectivo de trabajadores

-en un principio la gestión de estos seguros se concedió a compañías privadas, pero el ánimo de lucro de estas provocó que su gestión terminase en manos del Estado

-inicialmente se dirigía a los trabajadores por cuenta ajena del sector industrial, pero terminó ampliándose a los trabajadores de todos los sectores, al igual que se ampliaron las coberturas, ht incluirse tb la protección de la enfermedad y el accidente común

-a la par de la ampliación de las coberturas se produjo un cambio en el sistema de pago de la prima, que al principio corría a cargo del empresario, para terminar el trabajador haciéndose cargo de una parte de la prima.

3. EL TRÁNSITO A LA SEGURIDAD SOCIAL

El paso de un sistema de protección social con múltiples seguros sociales a un sistema de Seguridad Social requiere la concurrencia de tres elementos:

-universalidad: el seguro social inicialmente se dirigía a los trabajadores por cuenta ajena de la industria, para terminar abarcando a los sectores agrario y servicio y a los autónomos, incluso en los últimos tiempos a ciudadanos que no han trabajado nunca o no lo suficiente para alcanzar las prestaciones del nivel contributivo, esto gracias a la existencia de un nivel no contributivo

-uniformidad: en un principio los seguros sociales tenían como finalidad asegurar uno o varios riesgos consecuentes del ejercicio de una actividad profesional, con lo cual el grado de especialización de las protecciones llegó a ser muy alto; algo contrario al principio de uniformidad en la protección que caracteriza a un sistema de Seguridad Social

-gestión pública: aunque en un principio la gestión de los seguros sociales corrió a cuenta de compañías mercantiles es el ánimo de lucro de estas lo que hace que sea el Estado quien deba hacerse cargo de la gestión de los recursos y prestaciones de la Seguridad Social

4. ANTECEDENTES Y FORMACIÓN DEL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL

En España, la formación de un sistema de Seguridad Social viene precedida de un período de implantación de los seguros sociales que se divide en tres etapas:

-de 1900 a 1922: esta etapa se caracteriza por la implantación de los seguros sociales con carácter no obligatorio. A partir de la Ley de accidentes de trabajo de 1900 surge el primer seguro social con carácter no obligatorio, a pesar de lo cual su suscripción fue masiva probablemente debido a que, a partir de una sentencia del TS de 1898, los empresarios pasaron a tener responsabilidad objetiva en caso de accidente de trabajo. Por lo que se refiere a la enfermedad profesional, inicialmente no era abarcada por estos seguros, pero al comprobar esto el TS concluyó que si sería abarcada su protección por estos seguros. Para su gestión, se creó el INP, que se mantuvo en funcionamiento hasta 1978

-de 1922 a 1939: esta etapa se caracteriza por la implantación del seguro social obligatorio, el primero fue el de accidentes del mar de 1922 y, la II República continuó con el avance de la protección social iniciado por el Reinado de Alfonso XIII, reconociéndose en la Constitución el derecho de los trabajadores a percibir seguros sociales y, en especial el de enfermedad. Durante este período se creó el seguro maternidad y la caja nacional de paro forzoso, y se iniciaron numerosos proyectos que no llegaron a materializarse por la brevedad del régimen

-de 1939 a 1963: esta etapa se caracteriza por el mantenimiento del carácter obligatorio de los seguros sociales, a la par que se crea un sistema complementario de protección: el mutualismo laboral. El Régimen de Franco continuó con la actividad de la II República en materia de protección social, perpetuándose la idea de que los riesgos profesionales y los comunes debían ser tratados por separado, y, al tiempo, la coexistencia de estos dos sistemas: protección obligatoria y complementaria, resultó caótica debido por una parte al gran número de seguros sociales existentes, y por otra a las diferencias en las condiciones necesarias para acceder a las prestaciones.

El verdadero paso hacia el establecimiento de un sistema de Seguridad Social fue la Ley de bases de 1963 que acordaba:

- el establecimiento un único acto de aseguramiento: alta o afiliación
- evitar la fragmentación de la protección en sistemas diversos
- ofrecer idéntica protección a los riesgos laborales y comunes
- e incrementar la gestión pública.

La primera ley que confortó un sistema de seguridad social “universal”, uniforme y gestionado por el Estado fue la Ley de la Seguridad Social de 1964, que por su escasa técnica se vio colmada de reformas que concluyeron con la Ley General de la Seguridad Social de 1974, que a su vez es la base del texto vigente en la actualidad: el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que contiene un Real Decreto Legislativo de 1994.

5. FUENTES

El derecho de la Seguridad Social se caracteriza por tener fuentes diversa procedencia: del ordenamiento jurídico interno y del derecho público internacional.

En el ordenamiento jurídico interno la fuente por excelencia es la ley.

En sentido formal tenemos dos tipos de leyes, la orgánica y la ordinaria. La orgánica se encarga de regular aspectos referidos a derechos fundamentales y libertades públicas; y exige en el Parlamento mayorías cualificadas, aunque no son fuente habitual en Derecho de la Seguridad Social (la protección social no se configura como derecho fundamental), con una única excepción, La Ley Orgánica General Penitenciaria, que afecta al derecho de la Seguridad Social en tanto que regula la protección social de los penados.

Pero también son fuente, las leyes en sentido material, emanadas del poder ejecutivo, siendo este el caso de:

- los Reales Decretos, que contienen reglamentos generales específicos
- los Reales Decretos Leyes que son emitidos por el gobierno en caso de necesidad y urgencia, y precisan convalidación por parte del Congreso
- y los Reales Decretos Legislativos, que contienen textos refundidos o articulados y cuya manifestación principal en derecho de la Seguridad Social es el RD Legislativo 1/1994 que contiene el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

En cuanto al derecho internacional público la fuente principal la constituyen los tratados internacionales ratificados por España, que una tras su íntegra publicación en el BOE adquieren rango de ley. Entre ellos destacan los convenios multilaterales de la OIT y los tratados bilaterales celebrados por España con países receptores de mano de obra española o países de los que España recibe mano de obra.

Especial detenimiento merece la norma superior del ordenamiento jurídico español: la CE. Esta dedica el art 41 a regular expresamente la Seguridad Social, estableciendo que: “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.”

En este artículo, la CE sanciona tres niveles:

- nivel no contributivo: este art hace referencia a un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, con lo cual no se limita a los trabajadores, es necesaria una protección que vaya más allá de los trabajadores y cuando la CE hace referencia a “asistencia”, “situación de necesidad” o “régimen público” se esta refiriendo a este nivel no contributivo o asistencial
- nivel contributivo: no existe en el precepto una mención expresa a este nivel, pero se deduce de la expresión “prestaciones suficientes”, ya que este nivel no persigue asistir en caso de necesidad sino compensar la pérdida de rentas, de tal forma que “lo suficiente” estará relacionado con el esfuerzo de cotización y el salario del trabajador
- nivel complementario: a este nivel se refiere la última frase del precepto al hablar de asistencia y prestaciones complementarias, ya que este nivel es una forma privada de completar y mejorar la protección que ofrece el nivel contributivo.

6. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS CCAA

De la distribución de las competencias en materia de seguridad social entre CCAA y Estado aparece en los arts 148 y 149 de la CE.

De entrada, cabe mencionar cuáles son con carácter general, las posibles competencias sobre una materia que Estado o CCAA pueden ostentar:

- competencia legislativa: elaborar leyes
- competencia de desarrollo: desarrollar las leyes
- competencia reglamentaria: elaborar reglamentos
- competencia de ejecución o gestión

Así, en función de la materia de la que se trate nos encontraremos ante materias cuyas competencias son exclusivas del Estado, materias cuyas competencias se encuentran repartidas y materias cuyas competencias son exclusivas de las CCAA.

Pues bien, en materia de Seguridad Social, el citado art 149 CE establece que será competencia exclusiva del Estado la legislación básica de Seguridad Social, así como el régimen económico de Seguridad Social.

De esta forma en primer lugar nos encontramos con la duda de qué es legislación básica y el Tribunal Constitucional se ha pronunciado diciendo que los dos términos han de interpretarse por separado: legislación como toda ley, tanto en sentido formal como material; y básica, en sentido amplio, como todo lo esencial. Por lo tanto, en materia de legislación básica de la Seguridad Social, la única competencia que tienen las CCAA es la de ejecución.

En segundo lugar, respecto al régimen económico de la SS, la competencia es exclusiva del Estado, que actúa a través de un órgano estatal.

Y por último, aquellas materias de empleo que no encajan en Derecho de la Seguridad Social ni del trabajo, las CCAA han asumido competencias en la política de acceso al empleo, pero en ningún caso en las condiciones ni prestaciones fruto de la salida del mercado de trabajo, ya que eso corresponde al Estado por tratarse de materia correspondiente al régimen económico.

7. EL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO

Las fuentes de derecho social comunitario se pueden clasificar en dos:

-Derecho comunitario originario: son los tratados fundacionales de la CEE, CEEA y CECA, los tratados generales de Niza y Maastrich y los tratados de adhesión de los respectivos países.

-Derecho comunitario derivado: se trata de reglamentos y directivas, principalmente, aunque también hay decisiones.

Los reglamentos se caracterizan porque obligan en el resultado y los medios a todos los Estados miembros, siendo su aplicación inmediata, como si se tratase de una ley.

Las directivas se caracterizan porque son vinculantes en cuanto al resultado, y lo son para todos los Estados miembros, pero no son de aplicación directa, es necesario transponerlos a la normativa interna.

LECCIÓN 2. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. SUJETOS PROTEGIDOS

El antecedente más inmediato de la Seguridad Social: los seguros sociales, se idearon originalmente para obreros asalariados con escasos recursos, pero el paso a un sistema de Seguridad Social supuso la ampliación de la protección social a trabajadores por cuenta ajena de otras profesiones, trabajadores por cuenta propia, e incluso personas que no realizan una actividad remunerada, sólo se encuentran en situación de necesidad. Así, la protección ofrecida por la Seguridad Social en la actualidad se articula en dos niveles:

-el nivel contributivo: según el art 7.1 del TRLGSS pertenecen a este nivel los españoles y los extranjeros que residan legalmente en España, en ambos casos, siempre que realicen una actividad remunerada en territorio nacional, que encaje en alguna de las categorías que enumera este mismo art:

- a) todos los trabajadores por cuenta ajena, por tanto, todos los titulares de una relación laboral sean cuales sean las características de la misma; con lo cual, quedan incluidos los titulares de relaciones laborales de carácter especial
- b) todos los trabajadores que presten servicios por cuenta propia, es decir, autónomos
- c) los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado
- d) los estudiantes
- e) los funcionarios civiles y militares.

De esta forma vemos que (salvando el resquicio de un viejo seguro social, que supone la inclusión de los estudiantes en este nivel), la regla general es que este nivel se caracteriza por el criterio de la profesionalidad: todos sus integrantes desempeñan una actividad remunerada, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia.

Vista la variedad de sujetos que integran este nivel es lógico que su protección se articule en un Régimen General y los Regímenes Especiales.

-el nivel no contributivo: según el art 7.3 del TRLGSS están comprendidos en esta modalidad los españoles residentes en territorio nacional, con lo cual el criterio clave es la territorialidad, pero este apartado no dice nada de si los extranjeros pueden acceder a la protección de este nivel. La respuesta es que si pueden, y las condiciones dependerán del “tipo” de extranjero de que se trate:

- a) los inmigrantes procedentes de países con vínculos históricos con España (hispanoamericanos, portugueses...) serán equiparados a los españoles a efectos de lo dispuesto en el art 7.3 TRLGSS con el simple hecho de residir legalmente en España
- b) los súbditos de países de la UE están protegidos por el principio de libre circulación de personas en el territorio comunitario
- c) y para los nacionales de otros países que no encajen en los apartados anteriores, el trato dependerá de los tratados bilaterales que España tenga con sus países de origen, y en último termino, si no existiese ningún tratado se aplicara el principio de reciprocidad del derecho internacional público.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN GENERAL

Se ubican en el Régimen General de la SS todos los trabajadores por cuenta ajena como son definidos por el art 1.1 ET, es decir, “todos los trabajadores que presten sus servicios voluntariamente y retribuidos por cuenta ajena, dentro del ámbito de organización y dirección de una persona física o jurídica, denominada empresario o empleador”. Y a estos se suman, en virtud del art 97.1 del TRLGSS, los asimilados, es

decir, los titulares de algunas (no todas) de las relaciones laborales de carácter especial del art 2 del ET. Además, el art 97.2, incluye tb una serie de supuestos que no encajan en la definición que el ET da de trabajador por cuenta ajena, ni en las relaciones de carácter especial, destacan:

- a) los trabajadores por cuenta ajena o los socios trabajadores de sociedades mercantiles, incluso en el caso de ser miembros del órgano de dirección, siempre que sus funciones en ese órgano no impliquen la realización de funciones de gerencia o dirección, ni posean el control accionarial. Entendiéndose por control accionarial: estar unido por un vínculo conyugal o parentesco de hasta segundo grado con la persona que posee más de la mitad del capital social, participar en un tercio o más del capital social o realizar funciones de dirección poseyendo al menos $\frac{1}{4}$ del capital social.
- b) Los conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares, que no se incluyen en el régimen especial de servidores del hogar porque la mayor parte del trabajo la realizan fuera del hogar familiar y poseen conocimientos de mecánica.
- c) Los laicos y seglares que presten servicios retribuidos en entidades eclesiásticas.
- d) Las personas contratadas por entidades benéfico-sociales.
- e) El personal contratado por notarias o registros de la propiedad.
- f) Los funcionarios en prácticas, los funcionarios de las CCAA y entidades locales, los funcionarios en el extranjero y el personal contratado por la Administración Pública en el extranjero.

Además, este art 92.2 del TRLGSS deja abierta la vía de la asimilación para incluir en el ámbito del Régimen General de la SS nuevas relaciones a través de Real Decreto, y por esta vía se ha incluido: a los reclusos que realicen trabajos penitenciarios retribuidos, a los clérigos de la iglesia católica y los ministros de culto de otras confesiones, a las personas que realicen prestaciones personales obligatorias a efectos de accidente o enfermedad, a los ciclistas y profesionales del fútbol, a los socios de las cooperativas de trabajo asociado de forma opcional y a otros colectivos.

Por contraposición, los artículos 7 y 98 del TRLGSS se encargan de excluir del Reg Gen de la SS a otros colectivos que pudieran dar lugar a confusión.

Por su parte, el art 7 excluye:

-al cónyuge o pariente de hasta segundo grado que conviva con su empresario y a su cargo, siempre con la presunción iuris tantum de que no realiza un trabajo retribuido objeto de un contrato de trabajo, presunción que se rompe si se demuestra que existe retribución, pasando a incluirse en el Reg Gen de la SS

-aquellas personas que desempeñan actividades retribuidas que por la jornada o el salario se puedan considerar marginales.

Y en el art 98 se excluye:

-a las personas que realicen trabajos benévolos, amistosos o de buena vecindad

-a los trabajadores por cuenta ajena que se puedan incluir en un régimen especial.

LECCIÓN 3. GESTIÓN

1. ENTIDADES GESTORAS

A. INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Es una entidad con personalidad jurídica propia sujeta a la tutela del Ministerio de Trabajo, a la cual le corresponde:

- conceder y gestionar todas las prestaciones económicas del Sistema de SS, excepto las de desempleo, que no las concede ni las gestiona, y las no contributivas, que si las concede pero no las gestiona, salvo la prestación no contributiva por cargas familiares que además de concederla, la gestiona
- conceder las prestaciones sanitarias

B. INSTITUTO NACIONAL DE GESTIÓN SANITARIA

Inicialmente, su función era gestionar las prestaciones sanitarias concedidas por el INSS, pero desde el año 2002, esa labor se ha transferido a organismos autonómicos como es el caso del SERGAS en Galicia; por tanto, en la actualidad su función es:

- gestionar las prestaciones sanitarias en las Ciudades de Ceuta y Melilla
- coordinar los diferentes Servicios Autonómicos de Salud.

C. INSTITUTO DE MAYORES Y SERVICIOS SOCIALES

Inicialmente, el INSERSO, Instituto Nacional de Servicios Sociales, tenía como función principal la de gestionar las prestaciones no contributivas de jubilación e invalidez, pero a lo largo de la década de los 90, esta competencia fue transmitida a las CCAA.

Este organismo se encontró con una transformación en el año 1997 y pasó a ser el IMSERSO (Instituto de Migraciones y Servicios Sociales), encargado de las políticas de atención y control de los movimientos migratorios, así como de la prestación de servicios sociales.

Finalmente, en el año 2004, las políticas de migraciones pasaron a ser competencia de otro organismo, dando lugar a una reorientación del IMSERSO, que pasó a ser el Instituto de Mayores y Servicios Sociales, encargado en la actualidad de:

- gestionar las prestaciones no contributivas de jubilación e invalidez en Ceuta y Melilla
- y prestar Servicios Sociales.

2. SERVICIOS COMUNES

A. LA TESORERIA GENERAL DEL ESTADO

Este es un organismo, común para todos los Regímenes de la SS, excepto el del mar. Sus funciones son de vital importancia y, en términos vulgares se le puede considerar el “banco de la SS”, entre ellas destacan:

- controlar todos los actos de aseguramiento: afiliaciones, altas y bajas
- gestionar y controlar la obligación de cotizar, la recaudación de cuotas y los demás recursos financieros de la SS

-es el titular de todo el patrimonio de la SS.

Su existencia responde a los principios de solidaridad financiera y caja única, lo que significa que en la TGSS se unifican todos los recursos financieros.

3. ORGANISMOS AUTÓNOMOS

A. SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL

Desde el año 2003, el antiguo INEM ha pasado a convertirse en el actual SPEE, a pesar de este cambio en la denominación, la materia a la que se dedica este organismo es la misma que la del antiguo INEM: el empleo. Es un organismo monográfico dedicado únicamente a esta materia.

No obstante, esta dedicación a la materia de empleo exclusiva no significa que el SPEE tenga exclusividad en ella. Podemos diferenciar dos vertientes en este terreno: el acceso al empleo y la pérdida del empleo.

Con respecto al acceso al empleo, el SPEE comparte competencias con entidades privadas y servicios autonómicos de colocación desde que en 1994 el INEM perdió su exclusividad en este campo.

Sin embargo en lo que respecta a la pérdida del empleo este tema es competencia exclusiva del SPEE, que es el encargado de controlar y gestionar las prestaciones por desempleo.

4. ENTIDADES COLABORADORAS

A. MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

Estos organismos colaboradores son asociaciones de empresarios legalmente constituidas, sin ánimo de lucro y con responsabilidad mancomunada de sus miembros que colaboran con la SS en la gestión de ciertas prestaciones. Esas prestaciones son, fundamentalmente:

- prestaciones económicas y asistencia sanitaria en caso de accidente de trabajo: prestación por incapacidad temporal, prestación por incapacidad permanente y prestaciones sanitarias
- prestaciones económicas y asistencia sanitaria en caso de incapacidad temporal por enfermedad profesional
- prestación económica (subsidio) en caso de incapacidad temporal por riesgos comunes, pero en este caso, la MATEP no presta la asistencia sanitaria.

Esta doble prestación supone para el trabajador que se encuentre en situación de incapacidad temporal por riesgos comunes, que será tratado por dos médicos: el médico de la mutua, que confirma los partes de baja a efectos de seguir percibiendo el subsidio; y otro de la Seguridad Social, que los partes de baja a efectos “sanitarios”. Estos partes de confirmación se producen en ambos casos semanalmente desde que se produce la baja hasta que se produce el alta, por un período máximo de 12 meses prorrogable 6 meses más.

Claro está el peligro que esto conlleva, ya que puede darse el caso de que uno de los dos médicos opte por no confirmar la baja (dar el alta), mientras que el otro si la confirme. Para evitar irregularidades, la Ley 30/2005 ha establecido que, una vez alcanzados los 12 meses de baja, serán los médicos del INSS los que decidan si continúa la baja: ni los de la mutua, ni los del organismo encargado de la gestión de las prestaciones sanitarias en la Comunidad Autónoma.

En cuanto al régimen jurídico de las MATEP, cabe hacer unas consideraciones:

- tienen unos requisitos específicos de constitución
- la MATEP tiene que aceptar la propuesta de incorporación de cualquier empresario

- el empresario se asocia a través de un documento que tiene vigencia máxima por un año, y que se entiende tácitamente renovado si no media denuncia del empresario
- los empresarios están obligados a abonar a la MATEP una prima cuyo ingreso se realiza en la TGSS
- la falta de pago de la prima no supone la ruptura del vínculo entre el empresario y la MATEP, que esta igualmente obligada a abonar las prestaciones que los trabajadores causen.

B. EMPRESAS

El art 77 y ss del TRLGSS prevén que las propias empresas también colaboren con la SS y pueden hacerlo con dos modalidades: voluntaria u obligatoria.

La colaboración obligatoria o por delegación consiste en el adelanto por parte de la empresa del pago de ciertas prestaciones a sus trabajadores, para resarcirse luego, descontándolo del importe total de la obligación de cotizar. Las prestaciones objeto de esta colaboración obligatoria son:

- la incapacidad temporal por riesgos profesionales
- la incapacidad temporal por riesgos comunes
- y el desempleo parcial.

Lógicamente se trata de supuestos que no extinguen el contrato de trabajo que vincula al empresario y al trabajador. Entre estas no figuran las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo, aunque podrían ser objeto de la colaboración obligatoria porque no extinguen el contrato, pero el motivo de que no aparezcan es que se ha considerado más “aséptico” que sea el INSS quien se encargue de su concesión y gestión.

Existen una serie de supuestos en los que no procede la colaboración obligatoria:

- en empresas de diez o menos trabajadores si uno de ellos se encuentra en IT, el siguiente que cause baja recibe la prestación directamente del INSS
- empresas que tengan asegurada la cobertura de los riesgos a una MATEP
- en el caso de la incapacidad temporal por riesgos comunes existe una regla especial que busca atajar el alto índice de fraudes: hasta el cuarto día desde la emisión del parte médico de baja, el trabajador no cobra nada, desde el cuarto hasta el decimoquinto el subsidio lo paga el empresario sin posibilidad de resarcirse y será el 60% del salario; y del decimoquinto día en adelante el subsidio lo paga el empresario en régimen de colaboración obligatoria salvo que este asociado a una MATEP, respecto de la cuantía continua siendo el 60% del salario hasta el día vigésimo segundo, en adelante pasa a ser del 75%.

En cuanto a la colaboración voluntaria, a punto de desaparecer en 2004, cabe decir que se encuentra regulada por unas Órdenes Ministeriales de 1966 y 1998 y que consiste en la asunción de forma voluntaria, por parte de las empresas, de la gestión de alguna de las siguientes prestaciones:

- asistencia sanitaria y prestaciones recuperadoras en caso de IT por accidente laboral
- asistencia sanitaria en caso de IT por riesgos comunes
- subsidio en caso de IT por riesgos comunes.

Esta modalidad de colaboración de las empresas supone para aquellas que la adoptasen una serie de beneficios fiscales, tales como deducciones en la declaración del Impuesto de Sociedades; pero, en cualquier caso, se trata de una opción al alcance de pocas empresas ya que deberán tener más de 250 trabajadores y disponer de las instalaciones necesarias para facilitar la asistencia médica.

LECCIÓN 4. ACTOS DE ASEGURAMIENTO

1. ACTOS DE ASEGURAMIENTO

Lo relevante de un sistema de Seguridad Social es el derecho que asiste al beneficiario a recibir las prestaciones previstas para las contingencias que puedan afectarle, si bien, en el nivel contributivo, el ejercicio de este derecho esta sujeto al cumplimiento de unos presupuestos. Estos presupuestos son los actos de aseguramiento, que son la inscripción de empresas, la afiliación, el alta o la baja.

Estos actos son actos administrativos declarativos, ya que su finalidad es informar a la TGSS de que se ha iniciado una relación laboral o afín para que pueda efectuar su labor recaudatoria, pero de su celebración no deriva ningún efecto creador porque la relación laboral o afín ya preexiste a la celebración del acto declarativo.

Estos actos están regulados en los arts. 99 a 102 del TRLGSS, así como en el reglamento general de inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la SS (modificado por RD en 2005).

2. LA INSCRIPCIÓN DE EMPRESAS

La inscripción de empresas es el único acto de aseguramiento referido a la empresa y no al trabajador.

Es el acto mediante el cual todo empresario que inicie una actividad empresarial por primera vez o en un nuevo centro de trabajo notifica a la TGSS el inicio de la misma, y tiene carácter obligatorio para todo empresario que tenga el propósito de contratar a personas posiblemente incluidas en el Régimen General de la SS.

La inscripción se realizará en la Delegación Provincial de la TGSS en cuya delimitación se sitúe la empresa a inscribir y, a estos efectos se consideran empresarios tanto las personas físicas como jurídicas, en este último caso ya sean de Derecho Público o Privado, con o sin ánimo de lucro, y se incluye también a las comunidades de bienes.

Hay que matizar que, en el caso de la relación especial del personal al servicio del hogar familiar, el que contrata los servicios no es empresario, sino empleador (esto es así por las peculiaridades de dicha relación). Para esta relación, la última modificación del reglamento general de inscripción de empresas... ha especificado, que cuando el servicio se preste para un grupo de personas que no constituyan una unidad familiar, pero convivan con carácter familiar en la misma vivienda, se considerará empleador al titular de la vivienda, o en su defecto, a la persona que ostente la titularidad del grupo, que podrá recaer de forma sucesiva en cada uno de sus componentes.

La inobservancia de esta obligación empresarial de realizar la inscripción puede subsanarse cuando este incumplimiento sea detectado por la Inspección de Trabajo o por una Entidad Gestora, que deberán comunicarlo a la TGSS para que esta proceda a realizarla de oficio. No obstante, la responsabilidad del empresario no queda exenta y así aparece tipificada en la LISOS como una infracción grave castigada con una multa. La solicitud de inscripción deberá de realizarse mediante el modelo oficial que debe contener una serie de datos sobre el empresario persona física o jurídica. Entre estos datos es especialmente importante, la opción de aseguramiento, es decir, hacer constar si los riesgos profesionales y la IT por contingencias comunes serán asegurados por una MATEP o por el INSS. En caso de que la opción sea una MATEP, el RD 1041/2005 establece que la opción de cobertura será remitida directamente desde la TGSS a la mutua.

De igual modo se impone la obligación de comunicar a la mutua la variación de datos del empresario, los cambios de entidad gestora de las prestaciones y la existencia de una contrata o subcontrata. Los plazos para notificar la variación de datos son:

-para el cambio de nombre de la empresa o razón social, domicilio, actividad... el plazo abarca los 6 días siguientes a la variación

-para los supuestos de contratación de obras o servicios del art 42 ET también se utilizará este plazo: los 6 días siguientes a la variación

-cuando se trate de un cambio en la entidad gestora de las prestaciones, el plazo abarcará los diez días naturales anteriores a aquel en que se produjo el cambio de entidad gestora

-cuando se produzca la extinción de la empresa o el cese definitivo de la actividad, el plazo también será de diez días naturales antes de que se produzca.

Por último, cabe destacar que la inscripción es única para todo el territorio nacional y para todos los regímenes de la SS a los que se corresponda la actividad empresarial. Por tanto, la empresa tendrá un número principal que funcionará como código cuenta de cotización, independientemente de que tenga centros de trabajo en diferentes provincias y/o dedicados a diferentes actividades. No obstante, a efectos de control y gestión, podrán abrirse cuentas correspondientes a los diversos centros de trabajo dentro o fuera de la provincia.

3. AFILIACIÓN

La afiliación es un acto de aseguramiento por el cual se comunica a la TGSS que el trabajador es por primera vez titular de una relación laboral o afín, y en virtud de esta comunicación, el trabajador será incluido en el sistema de SS. Coincidirá por tanto con la primera alta.

La afiliación se caracteriza por su carácter único, para todos los regímenes, y vitalicio, para toda la vida.

En virtud de la afiliación, al trabajador se le asignará un número de la SS en el cual quedará constancia de todas las cotizaciones que haya causado de cara al acceso a una prestación que requiera de cotización previa.

La solicitud de afiliación se realizará a través de un modelo oficial, acompañado del DNI del trabajador o documento correspondiente, y corresponde realizarla al empresario.

No obstante, el incumplimiento por parte del empresario es subsanable, en tanto que puede solicitarla el trabajador una vez iniciada la relación jurídica o afín y puede realizarla la TGSS de oficio cuando reciba noticias de la falta de afiliación de un trabajador, bien a procedentes de la Inspección de trabajo, o bien, de una entidad gestora.

En cualquier caso, el hecho de que el incumplimiento sea subsanable no hace que deje de tratarse de un incumplimiento, por tanto, el empresario habrá incurrido en una infracción grave tipificada en la LISOS y será responsable de las prestaciones que se hayan causado.

Por último, cabe mencionar que, la afiliación deberá producirse antes del inicio de la prestación de servicios, a lo sumo con 60 días naturales de antelación y, al igual que sucede con el alta, la afiliación no produce efectos retroactivos, salvo que se subsane cumpliendo con la obligación de contribuir o por otras vías que aparecen más abajo (ver alta).

4. ALTA

El alta es un acto de aseguramiento por el cual se comunica a la TGSS que el trabajador inicia una relación laboral o afín, sucede entonces, que la primera alta o alta inicial coincidirá con la afiliación. Pero el alta es más versátil que la afiliación, ya que a continuación, se producirán tantas altas como relaciones laborales o afines inicie el trabajador (altas sucesivas).

Decimos por tanto que el alta se produce siempre que se inicia una relación laboral o afín, aunque también se tendrá que dar el alta cuando se produzca un traslado de un trabajador a un centro de otra provincia.

El alta tiene que solicitarse con anterioridad al inicio de la actividad, pero nunca con más de 60 días de anterioridad. La obligación de dar el alta corresponde al empresario, aunque si este no lo hace, puede solicitarla el trabajador e incluso realizarla la TGSS de oficio en el caso de que la Inspección de Trabajo o una entidad gestora le comunique la irregularidad.

El alta surte efectos desde el momento en que se produce, ya que no puede tener efectos retroactivos, no obstante, si existen unos supuestos extraordinarios en los que el alta produce efectos con un cierto carácter retroactivo:

- cuando el empresario, a pesar de no dar el alta, incluya al trabajador en los documentos de cotización, la TGSS declarará el alta de oficio y retrotraerá sus efectos al inicio del periodo en que el empresario ingresó la primera cuota

- cuando el alta la realice la TGSS de oficio a causa de un acta de infracción de la Inspección de Trabajo, esta retrotraerá sus efectos hasta la fecha de la actuación de la Inspección

- en caso de que igualmente el alta sea realizada por la TGSS de oficio a causa de un acta de la Inspección de Trabajo, pero tratándose de un acta de liquidación y no de infracción, esta retrotraerá sus efectos hasta el inicio del periodo de liquidación

- si lo que sucede es que la TGSS envía a la Inspección como consecuencia de una denuncia de una entidad estora, en este caso los efectos del alta no se producen desde la fecha de actuación de la Inspección, sino desde la entrada de la denuncia en la TGSS; a no ser que la Inspección tenga datos suficientes para emitir un acta de liquidación, caso en el cual los efectos del alta se retrotraen hasta la fecha de inicio del periodo de liquidación.

En cualquier caso, el hecho de que el incumplimiento sea subsanable no hace que deje de tratarse de un incumplimiento, por tanto, el empresario habrá incurrido en una infracción grave tipificada en la LISOS y será responsable de las prestaciones que se hayan causado.

Igual que sucede en la afiliación, existe un modelo oficial que deberá acompañarse del DNI o documento análogo y corresponde al empresario la custodia de los resguardos de aceptación de la TGSS.

5. ALTA DE PLENO DERECHO

El alta de pleno derecho es una ficción jurídica que consiste en considerar que el trabajador ha sido dado de alta aún cuando la misma no se haya producido. Este supuesto actúa en casos en los que el trabajador se encuentra prestando servicios para un empresario que ha incumplido con su obligación de dar el alta y se basa en el principio de automaticidad de las prestaciones, que actúa cuando el trabajador cause unas determinadas prestaciones que son:

- todas las derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional

- la asistencia sanitaria por riesgos comunes y maternidad
- el desempleo.

A estas, el Gobierno podrá añadir las otras nuevas, a propuesta del Ministerio de Trabajo.

En todo caso, el empresario que ha incumplido la obligación de dar el alta puede encontrarse con las siguientes medidas:

- puede ser sancionado por cometer una infracción grave de la LISOS
- puede verse obligado al pago de las prestaciones causadas por el trabajador
- si ha incumplido las medidas de prevención de riesgos, puede tener que abonar entre un 30 y un 50% de las prestaciones en concepto de recargo
- incluso puede ser castigado por un delito tipificado en el Código penal con multa y pena de cárcel.

En cualquier caso, de aplicarse la sanción penal no se aplicará la sanción administrativa, ya que la misma conducta no puede ser sancionada doblemente.

6. SITUACIONES ASIMILADAS AL ALTA

Un requisito esencial para poder afirmar que concurre la situación de alta es el de la efectiva prestación de servicios. Por ello, la inexistencia, suspensión o extinción de la relación laboral debería poner fin a la protección social que del alta se deriva.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico contempla una serie de supuestos en los que, aún no existiendo el requisito principal para considerar que la persona se encuentra en situación de alta, se considera que si concurre. Se trata de las situaciones asimiladas a la de alta, un conjunto variado de situaciones que aparecen contempladas en el art 125 TRLGSS y en el art 36 del Reglamento, y que permiten el acceso a la protección social frente a determinadas contingencias (diferentes para cada una de ellas) que aparecen consignadas reglamentariamente.

a) desempleo total y subsidiado del nivel contributivo para el acceso a: prestaciones por IT, IP jubilación, muerte y supervivencia, cargas familiares y maternidad y asistencia sanitaria

desempleo total y subsidiado del nivel asistencial para el acceso a: prestaciones por cargas familiares, asistencia sanitaria y, en casos extraordinarios, jubilación

desempleo no subsidiado: sólo a efectos de asistencia sanitaria

b) excedencia forzosa por desempeño de cargo público para el acceso a las prestaciones económicas por: IP, muerte y supervivencia, jubilación, nacimiento de hijo y desempleo

c) conflicto colectivo: no abarca IT ni desempleo

d) convenio especial (acuerdo entre un particular o entidad y la Seguridad Social para iniciar o continuar la situación de alta o asimilada que corresponda mediante el pago de una cuota)

e) excedencia por cuidado de hijos (reserva de puesto un año de los tres que dura) o de familiar (dura un año, salvo que el convenio disponga lo contrario): abarca todas las prestaciones excepto IT y maternidad

f) traslado fuera del territorio laboral en misión laboral: permite acceso a todas las prestaciones

g) trabajadores de temporada en el periodo que medie entre las dos temporadas

h) trabajadores que no se encuentren en situación de alta ni asimilada después de prestar servicios en puestos con riesgo de EP: sólo a efectos de la declaración de IP

i) los trabajadores subsidiados por la Ley de Reconversión Industrial de 1984

j) los trabajadores durante el periodo correspondiente al disfrute de las vacaciones retribuidas no disfrutadas antes de la extinción del contrato

k) la IT, maternidad y riesgo durante el embarazo.

7. BAJA

La baja es un acto de aseguramiento por el cual se comunica a la TGSS la extinción de una relación laboral o afín y, como consecuencia, se extingue la obligación del empresario de cotizar.

La solicitud debe ser presentada en los seis días naturales siguientes al cese real de la prestación laboral y deberá ir acompañada de un justificante de cese efectivo, sin el cual no surte efectos.

Aunque el trabajador cese en el ejercicio de la actividad, si el empresario no cumple con su obligación de solicitar la baja se mantendrá la obligación de cotizar, aunque esto se puede subsanar indicándolo en los documentos de cotización correspondientes, según jurisprudencia reiterada.

La obligación de solicitar la baja, como hemos dicho, corresponde al empresario, aunque también la puede solicitar el trabajador y a puede realizar la TGSS de oficio cuando sea informada por la Inspección de Trabajo o por alguna entidad gestora. En estos casos en que el empresario ha incumplido con su obligación habrá cometido una infracción leve recogida en la LISOS.

Por último, cabe mencionar que RD 1041/2005 ha incluido una novedad que consiste en que en el documento de baja ha de incluirse la fecha de finalización de las últimas vacaciones devengadas y no disfrutadas, que se retribuirán al finalizar la relación laboral y constituirán un periodo de cotización en situación asimilada a la de alta.

LECCIÓN 5. EL SISTEMA FINANCIERO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. SISTEMAS DE FINANCIACIÓN

En abstracto, existen dos posibles sistemas de financiación de la Seguridad Social:

-Sistema de reparto: este sistema es un sistema de tipo solidario, cuya cobertura abarca a todas las personas que se encuentren en situación de necesidad. Es un sistema solidario que se financia principalmente a de las aportaciones que hace Estado a través de una partida presupuestaria o mediante la creación de un impuesto de Seguridad Social. En este sistema, las cotizaciones no se limitan a cubrir las contingencias futuras de los cotizantes, sino que sufragan los gastos de aquellos que lo requieren.

-Sistema de capitalización: este es un sistema no solidario, cuya cobertura abarca sólo a las personas cotizantes y, además, en este sistema la cuantía de las prestaciones dependerá de lo aportado. Caben dos modalidades dentro de este sistema, un sistema de capitalización individual en el que lo aportado por cada cotizante va a parar a una cuenta individual, o un sistema de capitalización colectiva, en el cual, los fondos se formarán por las cuotas conjuntas de una generación de asegurados.

2. EL SISTEMA DE FINANCIACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA

En el art 87.1 del TRLGSS se establece que el sistema de financiación de la Seguridad Social española será el reparto, si bien, en el apartado 3º de este mismo artículo se establece que en materia de accidentes de trabajo se empleará el sistema de capitalización.

Vemos, por tanto, que en España nos encontramos ante un sistema de financiación de la Seguridad Social mixto con fuentes de financiación de distinta procedencia.

3. EL PACTO DE TOLEDO Y LA NUEVA REDACCIÓN DEL ART 86 TRLGSS

Fruto de la falta de claridad y transparencia en materia de financiación de la Seguridad Social, se acordó mediante el Pacto de Toledo una nueva redacción del art 86 del TRLGSS que expusiera con claridad las fuentes de la Seguridad Social y su distribución entre los niveles contributivo y no contributivo.

Así, el art 86.1 TRLGSS enumera los recursos, que son:

- las aportaciones de los Presupuestos Generales del Estado
- las cotizaciones de trabajadores y empresarios
- las cantidades obtenidas en concepto de recargas, sanciones o similares
- los frutos del patrimonio de la SS
- cualesquiera otros ingresos obtenidos por la Seguridad Social, excepto los dispuestos en la disposición vigésimo segunda del TRLGSS (ingresos obtenidos por el pago de la asistencia sanitaria prestada en centros del sistema público, ingresos por venta de materiales de deshecho o subproductos y donaciones finalistas).

A continuación, en el apartado 2º, se establece el reparto de estos ingresos entre los dos niveles, así:

-el nivel no contributivo se financia con las aportaciones de los Presupuestos Generales del Estado, siendo esta, por tanto, su financiación ordinaria

-el nivel contributivo, se financia con las cotizaciones, las sanciones y recargas, los frutos del patrimonio de la SS y cualesquiera otros ingresos excepto los de la disposición adicional vigésimo segunda. Y, en caso de que estos ingresos no fueran suficientes para financiar el nivel, se recurrirá a las aportaciones del Estado para la financiación de asistencias específicas, siendo esta, por tanto, una fuente de financiación extraordinaria para este nivel.

Por último, en el apartado 3º, con el fin de clarificar todavía más la financiación del sistema, se especifica cuales son las prestaciones correspondientes a cada nivel, de forma que:

-pertenecen al nivel contributivo todas las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social, excepto las no contributivas de invalidez y jubilación; así como todas las prestaciones (incluida la sanitaria) por riesgos profesionales

-pertenecen al nivel no contributivo: las prestaciones no contributivas de jubilación e invalidez, la asistencia sanitaria salvo que se derive de riesgos profesionales, los complementos a mínimos y las asignes por cargas familiares (contributivas y no contributivas).

De esta forma, en el apartado 31, lo que parecía un sistema claro y correctamente estructurado de financiación se rompe parcialmente, ya que vemos como se introduce en el nivel no contributivo prestaciones que deberían encontrarse en el nivel contributivo, a saber:

-la asistencia sanitaria de los trabajadores por riesgos comunes

-los complementos a mínimos, que complementan una pensión contributiva

-las asignaciones por cargas familiares, cuando fueran contributivas.

LECCIÓN 6. COTIZACIÓN

1. SUJETOS OBLIGADOS A COTIZAR

La obligación de cotizar, corresponde al empresario y al trabajador, las razones son:

- el empresario, es el titular de la empresa, es por ello, el responsable de los riesgos profesionales inherentes a ella, de ahí que sea el único responsable de la parte de la cuota que corresponde a estos riesgos
- el trabajador, como persona, asume unos riesgos ajenos al trabajo, que, sin embargo, repercuten en el desempeño del mismo.

De esta manera, la cuota, se dividirá en dos partes y ese fraccionamiento no puede ser alterado por ningún pacto entre trabajador y empresario. Tales pactos serían nulos.

A pesar de lo dicho, cabe mencionar que, en determinados supuestos excepcionales, la obligación de cotizar corresponde a otros sujetos que no son los descritos hasta ahora.

Por ejemplo, en los supuestos de desempleo subsidiado, ya sea contributivo o asistencial, la obligación de cotizar corresponde al SPEE y al trabajador. Otro ejemplo son algunas modalidades de convenios especiales, donde la obligación de cotizar es del propio suscriptor.

2. SUJETOS RESPONSABLES DEL INGRESO DE LA CUOTA

El TRLGSS establece una distinción entre sujetos obligados a cotizar y sujetos obligados a ingresar la cuota. Esta distinción es útil, ya que, mientras la obligación de cotizar corresponde conjuntamente al trabajador y el empresario, la obligación de ingresar la cuota corresponde sólo al empresario. La dinámica a seguir será la siguiente:

- el empresario deberá descontar al trabajador, con ocasión de pagarle el salario, la parte que a este le corresponde abonar de la cuota
- después la sumará a la suya propia
- y, a continuación, la ingresará en la TGSS.

Esta dinámica no es respetada siempre y, en ocasiones, el no respetarla puede implicar la intervención del Derecho Sancionador. Así:

- en caso de que el empresario no descuente del salario del trabajador la parte de la cuota que le corresponde, quedará obligado al pago íntegro de la cuota
- si el empresario, por falta de liquidez no pudiera hacer frente a su obligación de cotizar, podrá solicitar un aplazamiento del pago a la TGSS; pero deberá ingresar, igualmente, la parte que corresponde al trabajador y su parte correspondiente a riesgos profesionales
- si el empresario, detrayendo o no la parte de la cuota del trabajador, no procede al ingreso de la cotización incurrirá en: una infracción administrativa muy grave castigada con multa de hasta 50 millones de pesetas, imposición de recargos de mora y apremio, y puede incurrir en una responsabilidad penal que, en este caso, absorbería a la administrativa.

Existen unos casos en los que la obligación de ingresar la cuota no se limita al empresario que contrató, sino que se extiende a otros empresarios que tienen relaciones jurídicas con este. Estos son los denominados responsables conexos y su responsabilidad puede ser de dos tipos: solidaria y subsidiaria. En el primer caso, el acreedor puede reclamar al empresario o a ellos indistintamente, mientras que en el segundo, sólo les podrá reclamar si el empresario es insolvente.

3.1 CASOS DE RESPONSABLES CONEXOS SOLIDARIOS

CONTRATAS Y SUBCONTRATAS DE LA PROPIA ACTIVIDAD

El art 42 ET hace referencia a la relación jurídica que vincula a una empresa, llamada principal o comitente, con otra, la contratista, a la que contrata la realización de una obra o servicio de su “propia actividad”.

Las características de este supuesto podemos resumirlas en:

- se trata de una relación jurídica de duración limitada consistente en la realización de una obra o la prestación de un servicio
- la empresa principal puede ser una persona jurídica o un autónomo, pero la contratista, tiene que ser una persona jurídica
- los trabajadores de la empresa contratista no tienen que trabajar en las instalaciones de la empresa principal, pero la última modificación del art 42 ET ha introducido que, de ser así, la empresa principal dispondrá de un libro registro que refleje la información relativa a la contrata y el número de trabajadores ocupados en ella
- respecto de la expresión “propia actividad”, existen dos posiciones jurisprudenciales diferentes: una de ellas entiende el concepto en sentido amplio, incluyendo como propia actividad algunas actividades que aún no constituyendo el ciclo de producción de la empresa, si resultan necesarias para la organización del trabajo; la otra postura, entiende la expresión en sentido estricto, considerando propia actividad exclusivamente aquellas actividades que constituyen el ciclo productivo de la empresa.

Cuando se produzca una relación jurídica de este tipo, el art 42 establece que la empresa principal responderá de forma solidaria de las deudas salariales y de cotización de la empresa contratista. Esta responsabilidad solidaria actúa de la siguiente forma:

- se limita a las deudas salariales y de cotización contraídas durante la contrata
- el plazo durante el cual la empresa principal responderá abarca la duración de la contrata y el año posterior a la fecha de extinción
- abarca las deudas salariales, las deudas de cotización, las diferencias de cotización y las prestaciones que correspondiera pagar a la empresa contratista por incumplimiento de las obligaciones de afiliar, dar el alta o cotizar; con una peculiaridad, las deudas salariales están sometidas a un plazo de prescripción de un año, y las de Seguridad Social a un plazo de prescripción de cuatro
- se trata de una responsabilidad en cadena, es decir, la responsabilidad del empresario principal no se limita a las deudas de la empresa con la que directamente establece la contrata, sino que se extiende a las contratas de esta.

Existe una posibilidad que permite que el empresario se libere de la responsabilidad solidaria de las deudas de cotización, no de las salariales; aunque seguirá siendo responsable subsidiaria.

Esta posibilidad consiste en solicitar a la TGSS un certificado de descubierto, y que esta responda en un plazo de 30 días que la empresa contratista no tiene deudas (certificado negativo) o no responda en dicho plazo (silencio administrativo negativo).

Si, por el contrario la TGSS responde en un plazo de 30 días que la empresa contratista sí tiene deudas, el empresario principal no se liberará de la responsabilidad solidaria.

CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES

El art 43 ET establece que la cesión de trabajadores sólo será posible cuando se realice a través de una ETT y la Ley 14/1994, que regula las ETTs establece determinados

supuestos en los que tampoco podrá producirse cesión a través de ETT. Por tanto existen dos supuestos de cesión ilegal:

- cuando la cesión se produzca entre dos empresas de las cuales ninguna es una ETT
- cuando la cesión, aún produciéndose a través de una ETT, se produzca en uno de los casos en que la Ley 14/1994 lo prohíbe.

En el primer caso, cesión ilegal de trabajadores entre empresas de las cuales ninguna es una ETT, los efectos de la cesión son los siguientes:

- tanto la empresa cedente como la cesionaria responderán solidariamente de las deudas salariales y de Seguridad Social, que abarcan no sólo las deudas de cotización, sino también las diferencias de cotización y las prestaciones cuyo pago corresponde al empresario por incumplir las obligaciones de afiliar, dar el alta o cotizar; sin más límite temporal que la propia prescripción de las deudas: 1 año para las salariales y 4 años para las de cotización
- el trabajador cedido podrá adquirir la condición de fijo en la empresa que elija: cedente o cesionaria, a este respecto, la última modificación del art 43 ET ha introducido que en caso de que el trabajador elija acceder a la condición de fijo en la empresa cesionaria, se le reconocerán los mismos derechos que al resto de la plantilla, salvo la antigüedad, que computa desde el inicio de la cesión ilegal.

En este primer caso pueden surgir dudas a la hora de reconocer si bajo la apariencia de una contrata de obra o servicio, se oculta una cesión ilegal, por ello, algunos órganos jurisdiccionales laborales han establecido que existe verdaderamente una contrata cuando la empresa contratista es una verdadera empresa con organización productiva propia.

El segundo supuesto de cesión de trabajadores ilegal a través de una ETT en los supuestos en que el art 6 de la Ley 14/1994 comprende:

- cesión sustitución de huelguistas
- cesión de trabajadores para realización de trabajos peligrosos o penosos
- cesión a otra ETT
- cesión a una empresa que en los anteriores 12 meses haya amortizado puestos de trabajo por resolución del contrato.

En estos casos, tanto la ETT como la empresa usuaria responden solidariamente de las deudas salariales y de Seguridad Social.

SUCESIÓN DE EMPRESAS

Este supuesto aparece regulado en el art 44 ET como un cambio de la titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma con las siguientes notas:

- cambio del titular por otro que continúa la misma actividad
- efectiva entrega de los elementos productivos del antiguo titular al nuevo
- existencia de una relación jurídica inter vivos (compraventa, arrendamiento, donación...) o mortis causa, entre transmisor y adquirente.

En estos casos, ambos empresarios, transmisor y adquirente responden solidariamente de las deudas salariales y de la Seguridad Social, pero con las siguientes peculiaridades:

1) si la transmisión es inter vivos:

- la responsabilidad solidaria afectará a las deudas nacidas antes de la cesión, salvo que el negocio sea ilegal, que afectará también a las posteriores
- el plazo de prescripción establecido son tres años, que sólo afectan a las deudas salariales, porque para las de Seguridad Social se mantiene el de cuatro años
- cabe eludir la responsabilidad solidaria de las cotizaciones, no de las deudas salariales, solicitando la expedición de un certificado de descubierto.

2) si la transmisión es mortis causa:

- el plazo de prescripción no está establecido, por lo que operan los plazos de 1 año para las deudas salariales y 4 para las de Seguridad Social
- los herederos pueden exonerarse de la responsabilidad solidaria en materia de cotizaciones solicitando un certificado de descubierto y para liberarse de la responsabilidad solidaria de las obligaciones salariales cabe aceptar la herencia a beneficio de inventario.

GRUPOS DE EMPRESA

El grupo de empresas es un ente no regulado por el ET ni por el TRLGSS que puede ser de dos tipos:

- horizontal: cuando existen varias empresas con personalidad jurídica propia que tienen una relación tal que se puede decir que sus patrimonios tienen origen común
- vertical: cuando existe una empresa matriz que controla accionarialmente a las demás. En estos casos, cuando a pesar de tener personalidad jurídica propia, se pueda afirmar que las empresas forman una misma unidad económica porque:
 - unas empresas controlan accionarialmente a otras
 - los miembros de los órganos de gestión de las diferentes empresas son los mismos
 - existe confusión patrimonial
 - las empresas utilizan un logotipo común o se encuentran domiciliadas en el mismo sitio
 - los trabajadores prestan servicios alternativa o sucesivamente en las diferentes empresas del grupo.

La jurisprudencia del TS ha establecido que todas las empresas del grupo actúan como una sola, por tanto, responden solidariamente de las deudas salariales y de Seguridad Social.

3.2 CASOS DE RESPONSABLES CONEXOS SUBSIDIARIOS

CONTRATAS Y SUBCONTRATAS DE DISTINTA ACTIVIDAD

En caso de que la empresa principal realice una contrata para la realización de una obra o servicio y la empresa contratista no pertenezca a su propia actividad, la empresa principal responderá subsidiariamente de las deudas de Seguridad Social de la empresa contratista; sin posibilidad de exoneración.

CONTRATAS Y SUBCONTRATAS DE LA PROPIA ACTIVIDAD CON EXONERACIÓN PREVIA

En los casos en que una empresa principal realice una contrata para la realización de una obra o servicio a una empresa de su propia actividad y se solicite un certificado de descubierto, su responsabilidad en las deudas de Seguridad Social será subsidiaria, sin posibilidad de exoneración.

CESIÓN LEGAL DE TRABAJADORES

Cuando se produzca una cesión legal de trabajadores entre una ETT y una empresa usuaria, respetando lo dispuesto en la Ley 14/1994 de ETT, la empresa usuaria responderá subsidiariamente, es decir, en defecto de la ETT, de las deudas salariales y de Seguridad Social.

3. BASES DE COTIZACIÓN

EL SALARIO

La base de cotización es el salario que el trabajador perciba o que debiera percibir, por tanto, la base de cotización sólo será el salario cuando este sea adecuado a lo que al trabajador le corresponde por su grupo de cotización.

Para poder analizar la estructura de la base de cotización es necesario analizar previamente la estructura del salario, regulado en el art 26 ET.

Según su contenido, el salario puede ser en dinero o en especie, no pudiendo superar la cantidad en especie el 30% del salario en dinero, porcentaje que se eleva al 40% en la relación especial del personal al servicio del hogar.

Y según el modo de retribuir puede ser por tiempo trabajado o por unidad de obra.

En todo caso, el salario estará compuesto por:

- salario base: cantidad fijada en convenio, o en su defecto en el contrato, que remunera el objeto principal de la prestación de servicios según la categoría profesional

- complementos salariales: pueden ser de tres tipos según si remuneran condiciones personales del trabajador (conocimiento de idiomas, cursos formativos...), el modo de prestar el trabajo (peligrosidad, nocturnidad...) o los resultados de la empresa (participación en beneficios, stock options...). En cualquier caso, su determinación concreta queda en manos de la negociación colectiva

- pagas extraordinarias: como regla general, dos por año que se componen del salario base y los complementos salariales.

Cabe delimitar la estructura del salario haciendo alusión a una serie de complementos que el art 109 TRLGSS y el Reglamento General de Cotización modificado en 2005, no consideran salario. Son los siguientes:

- las horas extraordinarias

- las dietas por gastos de viaje

- los gastos de locomoción para desplazamientos fuera del centro de trabajo para realizarlo en lugares distintos

- los pluses de transporte urbano y de distancia

- las indemnizaciones por fallecimiento del trabajador, traslado, suspensión y extinción del contrato de trabajo

- los pluses por quebranto de moneda y las indemnizaciones por desgaste de útiles y adquisición de prendas de trabajo, si tales gastos son suplidos inicialmente por el trabajador

- los productos en especie concedidos voluntariamente por el empresario, siempre que no sean periódicos y no disminuyan la cuantía del salario, porque en ese caso son salario en especie

- las percepciones por matrimonio

- las prestaciones de SS

- las mejoras voluntarias de la SS a cargo de la empresa.

A pesar de lo dicho, la legislación tributaria considera rentas a efectos de la recaudación del IRPF a algunos de estos complementos no salariales si superan determinadas cuantías, por tanto, parece lógico que, sin cambiar su naturaleza jurídica, algunos de estos complementos pasen a formar parte de la correspondiente base de cotización cuando superan tales cuantías. Así sucede con:

- las dietas por gastos de viaje se incorporarán en la correspondiente base de cotización cuando superen: 30 euros/día si incluyen el almuerzo dentro del territorio nacional, 60 euros/día si incluyen el almuerzo fuera del territorio nacional, 60 euros/día si se

pernocta dentro del territorio nacional y 120 euros/día si se pernocta fuera del territorio nacional

-los gastos de locomoción si superan los 0,17 euros por Km

-y otros complementos no salariales en determinadas cuantías.

LAS BASES DE COTIZACIÓN

Hasta ahora hemos dicho que, en abstracto, la base de cotización esta compuesta por el salario y hemos aclarado la estructura del mismo. Pero nuestro ordenamiento jurídico distingue tres bases de cotización diferentes atendiendo al motivo por el que se cotiza, así distinguiremos:

1-Base de cotización por riesgos comunes: compuesta por el salario, los complementos salariales y el prorrateo de las pagas extras

2-Base de cotización por horas extraordinarias: compuesta por el número de horas extras realizadas por el importe al que se retribuye cada hora

-Base de cotización por riesgos profesionales: compuesta por las dos anteriores, es decir, el salario, los complementos salariales, el prorrateo de las pagas extras y el número de horas extraordinarias realizadas por el valor de las mismas.

TOPES DE LAS BASES DE COTIZACIÓN

Como regla general, las bases de cotización han de encajar dentro de unos límites, se trata de los topes absolutos. El tope mínimo absoluto coincide con el SMI y el tope máximo absoluto es fijado anualmente por la Ley de Presupuestos del Estado o sus disposiciones de desarrollo.

Además, las bases de cotización por riesgos comunes han de encajar en unos límites relativos, tales límites son los topes mínimo y máximo relativos que fija el Reglamento General de Cotización para cada grupo de cotización.

LA CUOTA

La cuota es la cantidad líquida a ingresar en la TGSS, cantidad que pagan el trabajador y el empresario conjuntamente aunque el ingreso es efectuado por el empresario.

Esta cuota se compone de diferentes partes, que son el resultado de aplicar un tipo sobre la base de cotización correspondiente, así resulta que la cuota se compone de:

-parte por riesgos comunes: se aplica un porcentaje sobre la base de cotización por riesgos comunes y una parte es abonada por el empresario y otra por el empresario

-parte por Fondo de Garantía Salarial: se aplica un porcentaje sobre la base de cotización por riesgos profesionales y es abonada exclusivamente por el empresario

-parte por formación profesional: se aplica un porcentaje sobre la base de cotización por riesgos profesionales y una parte es abonada por el empresario y otra por el empresario

-parte por desempleo: se aplica un porcentaje sobre la base de cotización por riesgos profesionales y una parte es abonada por el empresario y otra por el empresario

-parte por horas extraordinarias: se aplica un porcentaje, que varía en función de si las horas son voluntarias o no, sobre la base de cotización por horas extraordinarias y una parte la abona el empresario y otra el trabajador

-parte por riesgos profesionales: hasta la entrada en vigor de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el presente año 2007, esta parte se encontraba predeterminada en un RD de 1979 y variaba en función de la peligrosidad, así, este RD establecía la cantidad, denominada prima, cuyo abono corresponde al empresario. Desde la década de los 80 se ha considerado que los importes fijados en este RD eran excesivos y, por tanto, el importe establecido se reducía siempre en un 10%, con la posibilidad de obtener una reducción adicional como compensación para las empresas que cumplieran las medidas de prevención o un incremento como penalización para las empresas que no las cumplieran.

Sin embargo, la reciente ley mencionada ha introducido una novedad que supone la desaparición de las primas, en la actualidad, la parte de la cuota por riesgos profesionales se calcula aplicando un porcentaje establecido en la citada disposición a la base de cotización por riesgos profesionales.

LECCIÓN 7. RECAUDACIÓN

1. NORMAS GENERALES

Partiendo de la base de que la obligación de cotizar corresponde al trabajador y al empresario, pero la obligación de ingresar cuota corresponde al empresario resulta que este deberá efectuar el ingreso en la Dirección Provincial de la TGSS o en la Administración que, en el momento de inscripción de la empresa, se le hubiera asignado. El empresario, deberá entregar en tiempo oportuno los documentos TC1 y TC2 y el pago de la deuda se realizará, como regla general, en dinero de curso legal mediante cheque, transferencia, giro postal o cualquier otra forma aceptada por la TGSS. En caso de ingresar una cuota errónea, y siempre que no hubiera actuado de forma maliciosa, el empresario tendrá derecho a la devolución de la misma, teniendo en cuenta que este derecho prescribe a los 4 años desde el día siguiente al ingreso. Como veremos a continuación, la recaudación puede llevarse a cabo por dos vías: por la vía voluntaria y por la vía ejecutiva o procedimiento forzoso.

2. RECAUDACIÓN POR VÍA VOLUNTARIA

El pago por vía voluntaria se produce cuando los responsables del pago de las deudas de Seguridad Social lo hacen efectivo por iniciativa propia, dentro de los plazos señalados por las normas que regulan el ingreso de las cuotas.

No obstante, el ingreso puede producirse dentro o fuera del plazo reglamentario.

El ingreso dentro del plazo reglamentario se produce cuando, habiendo sido entregados los documentos escritos de cotización, el empresario ingresa el importe de las cuotas en el mes natural siguiente al de su devengo, salvo en supuestos especiales como los salarios con efectos retroactivos o las cotizaciones por vacaciones no disfrutadas.

Pero nada impide que el empresario obligado al pago de la deuda que no haya ingresado su importe en el plazo reglamentario, la abone en un momento posterior acompañada de los recargos que procedan.

Aún en estos casos en que el empresario no abone la deuda en el plazo reglamentario, la presentación de los documentos de cotización actúa implícitamente como un reconocimiento de la misma, por tanto, los recargos a imponer oscilarán entre otros motivos, atendiendo a la entrega de dichos documentos.

Así, tras la reforma del 2003 del art 28 del TRLGSS, se distinguen dos supuestos:

a) si se han entregado los documentos de cotización, los recargos a imponer serán:

-3% si la deuda se abona en el primer mes siguiente al de su vencimiento

-5% si se abona en el segundo mes siguiente al de su vencimiento

-10% si se abona dentro del tercer mes siguiente al de su vencimiento

-20% si se abona a partir del tercer mes siguiente al de su vencimiento

b) si no se han entregado los documentos de cotización, los recargos a imponer serán:

-20 % si la deuda se abona antes del vencimiento del plazo establecido en la reclamación de deuda o acta de liquidación

-35% si la deuda es abonada a partir de la finalización del plazo establecido en la reclamación de deuda o acta de liquidación.

En todo caso, si el origen de la deuda se halla en un error de la Administración no se aplicará recargo alguno.

Por último, existen determinadas circunstancias que pueden permitir obtener un plazo más largo al reglamentario para el ingreso de la deuda sin que se generen recargos sobre

la misma, se trata del aplazamiento que puede revestir dos modalidades: ordinaria y extraordinaria.

El aplazamiento ordinario se concede a los sujetos obligados al pago de la deuda que por falta de liquidez temporal no puedan cumplir con sus obligaciones de cotización en plazo ordinario y para su concesión se requiere que el obligado a cotizar se encuentre al corriente en el pago de las deudas de SS y ofrezca una garantía.

El aplazamiento extraordinario se concede en aquellos casos en que el empresario alegue y pruebe circunstancias excepcionales en el desarrollo de su actividad que le imposibiliten al pago en tiempo ordinario.

Además, existe un tipo de aplazamiento que, además de permitir obtener un plazo más largo para el ingreso de la deuda, permite no amortizarla en un único acto: se trata del fraccionamiento.

En todo caso, el aplazamiento o el fraccionamiento, no podrán comprender la parte de la cuota que corresponde al trabajador ni la parte que corresponde al empresario por riesgos profesionales.

3. RECAUDACIÓN POR VÍA EJECUTIVA

La recaudación por la vía ejecutiva, forzosa o de apremio, tiene como finalidad el cobro forzoso de las deudas de Seguridad Social. Se inicia mediante el procedimiento de apremio, que inicia la TGSS de oficio y los gastos que genere corren a cargo del deudor. El procedimiento se inicia mediante un título ejecutivo que tienen los mismos efectos que una sentencia judicial, y son títulos jurídicos a estos efectos: las reclamaciones oficiales de las deudas de cotización, las actas firmes de liquidación y las resoluciones confirmatorias de actas.

El primer efecto del procedimiento será la providencia de apremio. Se notificará al deudor el importe de la deuda con el correspondiente recargo para que proceda al pago en un plazo de 15 días.

En este plazo, el deudor podrá pagar u oponerse a la providencia alegando diversos motivos como la prescripción de la deuda o un cálculo aritmético en su cálculo.

En caso de que no hiciera ninguna de las dos cosas, se procederá al segundo paso del procedimiento de apremio que es el embargo de los bienes del deudor por parte de la Unidades de Recaudación de la TGSS, así, el procedimiento concluirá:

-con la cobertura de la deuda por embargo, bien quedándose la TGSS con los bienes del deudor o subastándolos

-con la declaración de la insolencia del deudor

-o con la decisión de la TGSS de considerar extinguida la deuda por cualquier otra vía.

LECCIÓN 8. LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. LOS RIESGOS PROFESIONALES Y LOS RIESGOS COMUNES

La distinción entre riesgos profesionales y riesgos comunes es fundamental, ya que aunque la protección de ambos trata de equipararse, continúan existiendo diferencias. Así, el art 117 TRLGSS define los riesgos comunes como aquellos riesgos protegidos por la SS que no son constitutivos de accidente de trabajo o enfermedad profesional, que son los riesgos profesionales.

Una vez establecida la diferencia, veamos algunos aspectos que muestran ese trato diferenciado para los riesgos comunes y profesionales:

-la cuota social esta compuesta de diferentes partes, así, la parte de la cuota por riesgos profesionales, junto con la parte del FOGASA, son las únicas partes cuyo importe abona íntegramente el empresario. Además la tasa que se aplica a la base de cotización por riesgos profesionales para calcular la parte de la cuota por riesgos profesionales, no es fijada de forma anual como sucede con el resto, sino que esta establecida en el RD 2930/1979. Por otra parte, la base de cotización que se utiliza para calcular la parte de la cuota incluye las horas extraordinarias y no esta sujeta a límites relativos. En definitiva, se trata de un modelo de cotización más beneficioso que el previsto para los riesgos comunes

-existen determinadas prestaciones que sólo se conceden cuando el riesgo que ha sobrevenido ha sido profesional, como sucede en las prestaciones de muerte y supervivencia con las indemnizaciones a tanto alzado a favor del cónyuge o huérfanos, o con las prestaciones por lesiones permanentes no invalidantes

-para acceder a las prestaciones, la protección de los riesgos profesionales no requiere de período de carencia y, además, el único requisito: el alta, se ha suavizado (alta de pleno derecho).

2. EL ACCIDENTE DE TRABAJO

CONCEPTO DEL ART 115.1

El art 115.1 TRLGSS define el accidente de trabajo como toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o como consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena.

A partir de esta definición podemos extraer los requisitos necesarios para sufrir un accidente de trabajo:

-1- la condición de trabajador por parte del interesado: a estos efectos se considerará trabajador a la persona que realice un trabajo por cuenta ajena bajo el ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empresario o empleador; tomando, por tanto, la definición de trabajador del art 1.1 ET. Por ampliación, se considerarán trabajadores también a los titulares de las relaciones laborales de carácter especial del art 2 ET (con excepción de los empleados del hogar) y a los colectivos incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social por el art 97 TRLGSS.

-2- la existencia de una lesión corporal, entendiendo la expresión en sentido amplio, es decir, no sólo como lesión física, sino también como lesión psicológica o fisiológica. Ello se debe a que la fuerza lesiva puede ser de dos tipos: súbita y repentina, ocasionando un accidente de trabajo propiamente, o lenta y morbosa, ocasionando una enfermedad causada por el trabajo.

En este punto es fundamental establecer la diferencia entre una enfermedad profesional y una enfermedad causada por el trabajo. La cuestión es que, dado que en nuestro país la enfermedad profesional se rige por un sistema de lista de forma que existe un RD del año 1978 que ha de contener la actividad profesional, la enfermedad y la sustancia que la origina, para que la enfermedad adquiera la calificación de profesional; es necesario poder incluir la enfermedad causada por el trabajo pero no profesional en otro riesgo profesional, así, se incluye, como hemos dicho, dentro del accidente de trabajo.

Además, entran en el concepto de accidente de trabajo otros dos tipos de enfermedad: las intercurrentes (originadas en el proceso de recuperación del accidente de trabajo) y las latentes (patologías que el trabajador ya padecía y se ven agravadas por el trabajo).

-3- la existencia de un nexo causal entre el trabajo y el accidente de trabajo: en este sentido el precepto dice textualmente: con ocasión o como consecuencia, por tanto, entenderemos con ocasión como un nexo más suave: el trabajo es una entre otras causas que originan el accidente, y entenderemos como consecuencia como un nexo más fuerte: el trabajo es la única causa del accidente.

Pero esta dualidad se da sólo para el accidente de trabajo, ya que, para que una enfermedad sea considerada causada por el trabajo, este ha de ser la única causa de la misma: la enfermedad profesional se da como consecuencia del trabajo, algo que contradice la inclusión de las enfermedades latentes en el concepto de accidente de trabajo.

LA PRESUNCIÓN IURIS TANTUM DEL ART 115.3

El art 115.3 TRLGSS establece que tendrá la consideración de accidente de trabajo, toda lesión sobrevenida durante el tiempo y en el lugar de trabajo. A este respecto cabe hacer los siguientes matices:

- se aplica tanto al accidente como a la enfermedad causada por el trabajo
- el tiempo de trabajo incluye la jornada y unos tiempos prudenciales previos y posteriores a la misma, así como los descansos, aún cuando no se este trabajando
- no incluye tiempos fuera de la jornada o períodos vacacionales aunque el trabajador estuviera en el lugar de trabajo
- esta es una presunción iuris tantum, por tanto admite prueba en contrario; aunque puede convertirse en iuris et de iure en casos excepcionales, como en el caso de muerte de un trabajador que fue pensionista por incapacidad permanente absoluta o gran inválido por riesgos profesionales.

EL ACCIDENTE IN ITINERE DEL ART 115.2ª

El art 115.2a del TRLGSS establece que se considerará accidente de trabajo el sufrido por el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo.

A partir de este precepto ha sido la jurisprudencia la que ha ido estableciendo algunos de los puntos clave de este supuesto:

- el punto de partida es el domicilio del trabajador y el de llegada el lugar de trabajo habitual o aquel al que tenga que trasladarse para la prestación de servicios
- el medio ha de ser el idóneo para el trayecto, como regla general el terrestre, en caso de que la empresa haya puesto un autobús para los empleados y el trabajador que sufre el accidente no lo utilizara tendría que haberlo hecho con el consentimiento previo de la empresa para que el accidente se considere de trabajo, y en caso de que la empresa prohibiera el uso de un determinado medio de transporte, el accidente sufrido por un trabajador usándolo no tendrá la consideración de accidente de trabajo
- el trayecto ha de ser como regla general el más seguro y el más corto
- las condiciones del conductos como haber consumido alcohol o drogas, o conducir de forma temeraria, también producirían la ruptura del vínculo entre el accidente y el trabajo

-por último, si bien se aceptan paradas o pequeñas desviaciones en el camino de vuelta a casa, una duración excesiva de las mismas, también rompería el vínculo.

Cabe distinguir el accidente in itinere, al que hemos estado haciendo referencia, del accidente en misión de trabajo, que tiene lugar cuando el trabajador se desplaza como consecuencia de su trabajo y este, es propiamente accidente de trabajo sin necesidad de recurrir a la construcción jurídica del accidente in itinere.

LA ENFERMEDAD EN EL TRAYECTO AL TRABAJO

La enfermedad que se manifieste en el trayecto de ida o vuelta del trabajo entrará dentro del concepto de accidente de trabajo, pero incluirla por la vía del art 115.2a (accidente in itinere) implicaría tener que demostrar la relación entre la enfermedad y el trabajo, sin embargo, la doctrina del Supremo ha resuelto que este supuesto se incluye en el accidente de trabajo por la vía del art 115.3 TRLGSS, es decir, al considerar que los trayectos de ida o vuelta al trabajo se incluyen en el tiempo de trabajo, se presumirá iuris tantum que la enfermedad es causada por el trabajo.

OTRAS AMPLIACIONES DEL NEXO CAUSAL

-115.2c TRLGSS: el accidente durante la realización de tareas de distinta categoría profesional en cumplimiento de órdenes del empresario o por decisión propia para asegurar el buen funcionamiento de la empresa, aunque nunca cuando se realizarán por curiosidad

-115.2d TRLGSS: el accidente en la realización de acciones de salvamento o de naturaleza análoga que tengan conexión con el trabajo

-115.2b TRLGSS: el accidente sufrido en el desempeño de tareas inherentes a los cargos electivos de carácter sindical, así como en los trayectos de ida o vuelta al lugar donde estas se desarrollen

-115.5a TRLGSS: el accidente sufrido por imprudencia profesional, es decir, debido al ejercicio habitual de un trabajo y la confianza que este inspira; sin embargo, no será accidente de trabajo el que se produzca por una imprudencia temeraria, es decir, cuando el trabajador actúe con displicencia de las normas más básicas de protección

-115.5b TRLGSS: cualquier lesión derivada de actos del empresario, los compañeros o terceras personas siempre que guarde relación con el trabajo.

EL MOBING

Sobre esta cuestión, el TRLGSS no hace mención expresa y tampoco el ET.

El mobing es una presión ejercida sobre el trabajador que provoca un efecto devaluador, de forma que la persona que lo padece sufrirá estrés o ansiedad, subvaloración de sí mismo e incluso fobias. En general, puede ser de dos tipos: horizontal, cuando lo ejercen los compañeros, o vertical, cuando lo ejerce un superior, pero en los últimos tiempos, se han dado también casos de mobing en sentido inverso.

Este fenómeno se incluye en el concepto de accidente de trabajo, como enfermedad causada por el trabajo por vía del artículo 115.1 TRLGSS al tratarse de una fuerza lenta y morbosa que provoca lesiones psíquicas en el trabajador que lo padece.

EXCLUSIONES LEGALES DEL CONCEPTO DE ACCIDENTE DE TRABAJO

-115.4a TRLGSS: en virtud de este precepto no tendrán consideración de accidente de trabajo aquellos accidentes provocados por una fuerza mayor extraña al trabajo, aunque el precepto también establece que la insolación, el rayo u otros fenómenos de análoga naturaleza no romperán el nexo causal

-115.4b TRLGSS: este precepto establece otra causa de ruptura del nexo causal entre el trabajo y el accidente: se trata de la imprudencia temeraria (el trabajador actúa con displicencia de las normas de protección más básicas) y el dolo (además de ser displicente con esas normas, el trabajador busca el resultado).

3. LA ENFERMEDAD PROFESIONAL (116 TRLGSS)

La enfermedad profesional es aquella contraída por el trabajador que ejecute su actividad por cuenta ajena en las actividades en las actividades y provocada por las sustancias que indique el cuadro contenido en el RD 1995/1978 que desarrolla el art 116 TRLGSS.

Esto quiere decir, que en nuestro país, las enfermedades profesionales se rigen por un sistema de lista, con lo cual, para que una enfermedad adquiera tal consideración tendrá que aparecer en el cuadro contenido en el RD1995/1981 tres elementos: la enfermedad, la actividad que realiza el trabajador y la sustancia nociva a la que el trabajador está expuesto.

Este sistema supone una serie de ventajas en el tratamiento de la enfermedad profesional:

-en los casos en que concurran los tres elementos de la citada lista, la enfermedad se presume iuris et iuri profesional, sin necesidad de demostrar la conexión entre el trabajo y la enfermedad y sin admitir prueba en contrario; por otra parte, en los casos en que no concurran los tres elementos en la lista, se puede recurrir al accidente profesional, adquiriendo la enfermedad la consideración de enfermedad causada por el trabajo si se demuestra la conexión entre el trabajo y la enfermedad contraída

-si bien la vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes al trabajo es una obligación del empresario, esta obligación se refuerza en las empresas en que haya que cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedad profesional tal y como establecen los arts 196 y 197 TRLGSS

-el padecimiento de una enfermedad profesional implica la posibilidad de trasladar al trabajador a otro trabajador exento de esos riesgos, esta es la primera medida, pero de no ser posible, se le dará de baja y se le inscribirá en el INEM, percibiendo a cargo de la empresa un subsidio equivalente al salario íntegro durante doce meses prorrogables por seis más. Además, la desaparición de los síntomas al cesar la exposición al riesgo no significa que no sea definitiva, sólo que esta condicionada a la misma, y de no encontrar un puesto de trabajo adecuado, se tratará de una enfermedad profesional en grado de incapacidad permanente total.

A pesar de todas estas ventajas, el sistema también tiene inconvenientes, el principal es el desfase de la lista, ya que, se ha quedado incompleta con el transcurso del tiempo. Así, por ejemplo, no aparecen en la lista enfermedades relacionadas con las nuevas tecnologías. De todas formas este inconveniente podría salvarse haciendo uso de la habilitación que el propio RD 1995/1981 dispone para modificar el cuadro de enfermedades profesionales, aunque apenas se ha hecho uso de esta posibilidad.

En cualquier caso, este sistema de lista empleado en nuestro país no es el único, así, en los países con tradición anglosajona se emplea para las enfermedades profesionales un sistema abierto basado en la determinación judicial, lo cual crea una alta inseguridad jurídica porque nada asegura que un mismo caso considerado por dos órganos jurisdiccionales distintos tuviera idéntica solución.

Otra posibilidad es la adoptada por el ordenamiento alemán, que utiliza un sistema mixto para la determinación de la enfermedad profesional, es decir, en este sistema, existe una lista que se actualiza con las patologías declaradas enfermedades profesionales por los tribunales.

LECCIÓN 9. PRESTACIONES

1. CONCEPTO Y CLASES

No existe ningún precepto legal que fije un concepto de prestación, lo que hace el art 38 TRLGSS es enumerar taxativamente las prestaciones del sistema de Seguridad Social, son las siguientes:

- asistencia sanitaria en caso de maternidad, enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo
- prestaciones económicas en caso de incapacidad temporal, maternidad y riesgos durante el embarazo, incapacidad permanente contributiva o no contributiva, jubilación contributiva o no contributiva y muerte y supervivencia
- prestaciones de recuperación profesional
- prestaciones por hijo a cargo
- prestaciones de los servicios sociales en materia de reeducación y rehabilitación de inválidos.

Ante esta variedad de prestaciones es necesario establecer una clasificación de las mismas, así, en primer lugar podemos distinguir las prestaciones en especie, es decir, la asistencia y los servicios sociales, y las prestaciones económicas, es decir, en dinero.

A su vez, las prestaciones económicas se clasifican en dos grupos:

- las de tracto único (liquidables en un único acto), que son la indemnización (cantidad a tanto alzado liquidable en un único acto) y la asignación (parte del total de una prestación a tanto alzado)
- las de tracto sucesivo (liquidables en varios actos), que son el subsidio (pago dinerario, periódico y temporal) y la pensión (pago dinerario, periódico y permanente).

2. PRINCIPIOS INFORMADORES

LA REVALORIZACIÓN DE LAS PRESTACIONES

Los arts 41 y 50 CE fijan los criterios de revalorización en tanto que se habla del poder adquisitivo suficiente de las pensiones y de pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas.

Pero los sistemas de revalorización de las prestaciones los fija la Ley 26/1985, de forma que:

- para todas las pensiones contributivas concedidas a partir de la entrada en vigor de esta ley, la revalorización es automática: se revalorizan cada año conforme al IPC de forma automática
- para todas las pensiones contributivas anteriores a esta ley, así como para el resto de prestaciones económicas del Sistema, la revalorización es discrecional: cada año, el Gobierno decide si se revalorizan o no, teniendo en cuenta datos como el IPC, la evolución de los precios...

INCOMPATIBILIDAD DE LAS PRESTACIONES

El art 122.1 TRLGSS establece que las pensiones del Régimen General de Seguridad Social son incompatibles entre sí cuando coinciden en un mismo beneficiario. Con ello, el precepto da a entender que sólo se puede percibir una pensión, pero esta afirmación no es cierta por lo siguiente:

- sólo se refiere a las pensiones, de forma que una persona puede estar percibiendo una pensión y a la vez un subsidio
- sólo se refiere a las pensiones del Régimen General, de modo que una persona puede dos o más pensiones procedentes de distintos regímenes

-la incompatibilidad sólo se produce cuando las pensiones se deben al mismo hecho causante, de forma que una persona puede percibir a la vez la pensión de jubilación y la de viudedad

-por último, como el propio precepto aclara, la concurrencia ha de producirse en un mismo beneficiario.

3. GARANTÍAS DE LAS PRESTACIONES

PERCEPCIÓN ÍNTEGRA DE LAS PRESTACIONES

El art 40.1 TRLGSS parece garantizar la percepción íntegra de las prestaciones de Seguridad Social, pero este mismo artículo desmonta esta afirmación como vemos a continuación.

Por una parte en el mismo párrafo 1º aparecen unos supuestos de reducción del importe de la prestación, se trata de las obligaciones alimenticias con los hijos y las deudas contraídas por el beneficiario con la Seguridad Social.

Por otra parte, en el párrafo 2º, se contempla la sujeción de las prestaciones a tributación, con la única excepción de las prestaciones por incapacidad permanente que, aún teniendo la consideración de rentas se encuentran exentas de tributación.

A esto, se suma que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sobre todo desde 1998, ha sostenido la embargabilidad de las pensiones que superen el SMI.

Lo que si es cierto es que las prestaciones no se venden, se alquilan ni se donan a través de cualquier negocio inter vivos o mortis causa, algo que impide que si un beneficiario obtiene el reconocimiento de una prestación y fallece antes de percibirla, sus herederos puedan cobrarla.

PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

Lo plazos de prescripción y caducidad extinguen derechos, la diferencia radica en que cuando el plazo es de prescripción, si este se interrumpe, el cómputo se reinicia; sin embargo, si el plazo es de caducidad, tras una interrupción, el plazo seguirá contando desde a partir de lo que ya había transcurrido en el momento en que fue interrumpido.

El art 43 TRLGSS establece que el reclamo a la concesión de las prestaciones esta sometido a un plazo de prescripción de 5 años, a contar desde que se produjo el hecho causante. Sin embargo, esta prescripción no opera para las pensiones de jubilación ni para las de muerte y supervivencia que, dada su consideración de imprescindibles, son imprescriptibles. De esta forma pueden solicitarse sin importar el plazo transcurrido desde que tuvo lugar el hecho causante, retrotrayendo sus efectos a los tres meses anteriores de la solicitud.

Por otra parte, el art 44 TRLGSS establece que, una vez concedidas, el reclamo al percibo de las prestaciones esta sometido a un plazo de caducidad de 1 año. En el caso de las prestaciones a tanto alzado liquidables en un único acto, comienza a contar desde el día siguiente de ser notificada debidamente la concesión, y, en el caso de las prestaciones periódicas, el derecho al percibo de cada mensualidad caduca al año de su respectivo vencimiento.

No obstante, existe un supuesto especial de caducidad, se trata de las prestaciones por desempleo, que caducan día a día.

4. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN LA EFECTIVIDAD DE LAS PRESTACIONES

El legislador prevé la posibilidad de que el empresario incumpla sus obligaciones de afiliar o dar el alta, así como la de cotizar y, por ello despliega sobre el empresario incumplidor las siguientes medidas sancionadoras:

- incurre en una infracción administrativa grave recogida en el TRLISOS
- se verá obligado al pago de las deudas de Seguridad Social con los correspondientes recargos
- si ha incumplido las medidas de prevención de riesgos, puede tener que abonar entre un 30 y un 50% de las prestaciones en concepto de recargo
- incluso puede ser castigado por un delito tipificado en el Código penal con multa y pena de cárcel, en cuyo caso, la responsabilidad penal absorbería a la administrativa. Por si estas medidas pudieran parecer insuficientes, el art 126.2 TRLGSS introduce, además, la posibilidad de que el empresario que incumpla sus obligaciones de afiliar, cursar el alta o la baja o cotizar, se vea obligado al pago de las prestaciones causadas por el trabajador; previa fijación de los supuestos de imputación y su alcance, y regulación del procedimiento.

Con ello parece que el precepto nos remite a un reglamento que, en la actualidad, todavía no ha sido elaborado. Ante la falta de tal desarrollo reglamentario, algunos actores han defendido la imposibilidad de aplicación del precepto, pero, sin embargo, otros autores apoyados por la jurisprudencia han visto posible la aplicación del precepto recuperando los artículos 92 y siguientes de la Ley de Seguridad Social de 1966 ya derogada, a fin de colmar el vacío normativo.

Fruto de esta inusual maniobra y de una importante labor jurisprudencial el resultado es el siguiente:

- en los casos en que el trabajador no cumpla los requisitos legales para el acceso a la prestación, el empresario no será responsable del pago de las mismas
- en los casos en que el empresario incumpla las obligaciones de afiliar y/o dar el alta, se deriva de su conducta la existencia de mala fe, con lo cual, será responsable del pago íntegro de las prestaciones
- la falta de cotización no tiene el mismo valor que la falta de alta, así, en los casos en que existiendo alta, el empresario haya incumplido la obligación de cotizar, se graduará la responsabilidad de la siguiente forma:
 - a-cuando se trate de un descubierto de cotización ocasional o fruto de un mero retraso, el empresario quedará exonerado de la responsabilidad del pago de las prestaciones
 - b-cuando el descubierto sea prolongado (en torno a 15 meses seguidos) hay dos posibilidades: si el empresario cubre sus deudas antes del hecho causante estará exonerado del pago de las prestaciones, pero cuando no sea así, será responsable del pago íntegro de las prestaciones
 - c-cuando los descubiertos de cotización se alternen con períodos de cotización la solución es similar a la del caso anterior: si el hecho causante se produce una vez abonada la deuda, el empresario no será responsable del pago de las prestaciones; sin embargo, si el hecho causante se produce antes, la responsabilidad en el pago de la prestación será proporcional al descubierto.

En cualquier caso, todo esto procede, como hemos dicho, de la creación jurisprudencial, con lo cual sólo se aplica por vía judicial.

5. AUTOMATICIDAD DE LAS PRESTACIONES

Independientemente de esta responsabilidad empresarial en el pago de las prestaciones, existe un principio que es el de automaticidad de las prestaciones por el cual, determinadas prestaciones se resuelven de forma automática a favor de los trabajadores y, luego, la Seguridad Social repite contra el empresario.

Esta automaticidad puede ser de dos tipos:

-la automaticidad absoluta o plena se produce cuando el empresario ha incumplido las obligaciones de afiliar o dar el alta y el trabajador se encuentra en situación de alta de pleno derecho, que es una situación asimilada al alta. Las prestaciones sujetas a automaticidad son: todas las derivadas de riesgos profesionales, la asistencia sanitaria por riesgos comunes y maternidad y el desempleo

-la automaticidad relativa se da en los casos en que el empresario ha incumplido la obligación de cotizar y se aplica a las siguientes prestaciones: todas las derivadas de incapacidad temporal por riesgos comunes, jubilación y, por ampliación de la jurisprudencia, las de viudedad y orfandad y las de incapacidad temporal por enfermedad común con cotizaciones inferiores a las debidas para cubrir el periodo de carencia.

6. RECARGO DE LAS PRESTACIONES

El art 123.1 TRLGSS establece la posibilidad de que el empresario incumplidor de las medidas de seguridad e higiene, en caso de que un trabajador sufra un accidente profesional o una enfermedad profesional, se vea obligado a pagar un recargo entre el 30 y el 50% del importe de la prestación causada por el trabajador.

Sólo cabe matizar un par de aspectos en esta cuestión:

-el mismo precepto sanciona la nulidad de cualquier pacto o contrato por el cual se trasladara esa responsabilidad a un tercero

-el beneficiario del recargo es el trabajador, ya que se trata de una medida compensatoria por los daños sufridos

-este recargo no obstaculiza la imposición de otro tipo de sanciones administrativas, o incluso, penales.

7. REINTEGRO DE LAS PRESTACIONES

El art 45 TRLGSS establece que las personas que percibiesen indebidamente prestaciones de Seguridad Social se verán obligadas a su reintegro y se convierte también en responsables subsidiarios a las personas que, por acción u omisión, posibilitasen el percibo de la prestación.

La devolución lo será de todas las prestaciones injustamente percibidas en los cuatro años inmediatamente anteriores y, acerca de la posibilidad de eximirse o reducir la deuda, el art 45.2 TRLGSS únicamente la contemple para las personas que hubiesen colaborado con el beneficiario actuando de buena fe.

En cualquier caso parece posible que esta posibilidad subsista para el propio beneficiario que hubiese actuado con buena fe, caso en el cual, sólo se vería obligado al reintegro de las cantidades injustamente percibidas en los 3 meses anteriores.

LECCIÓN 10. INCAPACIDAD TEMPORAL (arts 128 a 133 TRLGSS)

1. CONCEPTO

Por una parte, el art 45.1c TRET establece que la IT es, una causa de suspensión del contrato con derecho a reserva de puesto. Por otra, el art 128 TRLGSS sanciona que esta falta de asistencia temporal al trabajo puede estar motivada por:

- una enfermedad común, accidente no laboral, enfermedad profesional o accidente de trabajo, teniendo en este caso, una duración máxima de 12 meses prorrogables por 6 más
- o, los periodos de observación por enfermedad profesional, teniendo en este caso, una duración máxima de 6 meses prorrogables por 6 más.

2. REQUISITOS

Los requisitos para acceder a una incapacidad temporal son los que se enumeran:

- 2) realizar una actividad remunerada por cuenta ajena
- 3) estar en situación de alta o asimilada, considerándose a estos efectos situaciones asimiladas al alta: el desempleo de nivel contributivo, los periodos correspondientes al devengo de los salarios de tramitación y la maternidad en algunos casos.

Cabe añadir la posibilidad de que, en los casos en que el empresario incumpliera sus obligaciones de afiliación o dar, el trabajador se encuentre en situación de alta de pleno derecho, caso en el cual se le permitiría el acceso a todas las prestaciones de la incapacidad temporal si se debiera a riesgos profesionales, y el acceso a la prestación sanitaria, si se debiera a riesgos comunes.

- 4) además, en el caso de la enfermedad por riesgos comunes existe un tercer requisito, no exigible para cualquier otro riesgo, se trata de cumplir un periodo de carencia de 180 días en los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante.

3. PRESTACIONES

La protección social que se ofrece para la IT abarca dos tipos de prestaciones:

- prestaciones en especie: se trata de la asistencia sanitaria y farmacéutica
- prestaciones en dinero: abarca una prestación indirecta y otra directa.

La prestación indirecta hace referencia a la consideración del tiempo que dure la IT como tiempo de cotización, durante el cual, una parte de la cuota la abona el empresario, con exclusión de los riesgos profesionales, y la otra parte, la detraerá del subsidio del trabajador el empresario, si se trata de una situación de pago por delegación, o la MATEP, si es la entidad encargada del pago de la prestación.

La prestación directa es el subsidio, que resulta de aplicar un porcentaje sobre la base reguladora, que varía en función de la naturaleza del riesgo que causó la IT:

- si se trata de una IT por riesgos comunes, la base reguladora será igual a la base de cotización por riesgos comunes del mes inmediatamente anterior a la fecha en que se inició la IT
- si se trata de una IT por riesgos profesionales, la base reguladora será igual a la base de cotización por riesgos profesionales del mes inmediatamente anterior a la fecha en que se inició la IT, excluyendo las horas extraordinarias, para añadir en su lugar el promedio de horas extraordinarias realizadas en los 12 meses inmediatamente anteriores

-si se trata de un trabajador a tiempo parcial, la base reguladora corresponderá con las bases de cotización por riesgos comunes o profesionales (dependiendo de la naturaleza del riesgo que originó la IT) de los últimos tres meses divididas por el número de días efectivamente trabajados.

El tipo también varía dependiendo de la naturaleza del riesgo que origino la IT:

-si se trata de un riesgo común, el tipo aplicable será el 60% del cuarto al vigésimo día y el 75% a partir del vigésimo primer día

-por el contrario, si se trata de un riesgo profesional, el tipo aplicable es el 75%.

4. EL NACIMIENTO DE LA PRESTACIÓN

Como vemos, los riesgos profesionales reciben un trato más favorable, pero este tratamiento especialmente benevolente se observa también en el nacimiento de la prestación. Así, resulta que, cuando la IT es causada por un riesgo común el subsidio se inicia el cuarto día, a contar desde el día de la emisión del parte de baja, no habiendo subsidio los días primero, segundo y tercero, y correspondiendo al empresario el pago del salario correspondiente al día de emisión del parte. Sin embargo, cuando se trata de un riesgo profesional o en los periodos de observación, el subsidio comienza a percibirse al día siguiente el parte médico de baja, correspondiendo igualmente al empresario, el pago del salario correspondiente al día de emisión del parte.

Como peculiaridad, cabe decir que, en caso de huelga o cierre patronal, el subsidio comenzará a abonarse a partir del día siguiente a aquel en que finalice el conflicto colectivo.

5. LA DURACIÓN

Respecto de la duración de la IT cabe diferenciar entre la IT ordinaria y la IT por periodos de observación.

La IT ordinaria es la que se produce por riesgos comunes o profesionales y tiene una duración máxima de 12 meses, prorrogables por 6 más. A este respecto es importante mencionar la reforma producida por la Ley 30/2005, hasta la introducción de la reforma la decisión de conceder o no la prórroga correspondía a los facultativos del Servicio de Salud de la CCAA o a los profesionales de la MATEP, si esta gestionaba la prestación, para evitar situaciones de desavenencia y de discrecionalidad por parte de las MATEP, la reforma establece que serán los facultativos del INSS los que decidan si se concede la prórroga y serán los únicos que puedan emitir el parte médico de alta a los efectos de del pago del subsidio de IT.

En el caso de la IT por periodos de observación, la duración máxima es de seis meses prorrogables por seis más, correspondiendo la concesión de la prórroga a los facultativos del INSS. En lo que respecta al cómputo de los periodos de observación, cabe añadir que, según establece el art 128.2 TRLGSS, estos computan dentro del tiempo de duración máxima de la IT de forma tal que, si un trabajador disfruta de una IT por períodos de observación y accede a una IT ordinaria, del tiempo máximo de la IT (doce meses más seis de prórroga) se le descontará el tiempo que haya permanecido en situación de IT por periodos de observación.

6. RECAIDAS

El cómputo de los períodos de IT puede generar confusión cuando se produzcan una serie de bajas sucesivas, ya que cabe preguntarse si cada una de ellas inicia un período

de IT con una duración máxima de 12 meses prorrogables por 6 más, o si todas ellas forman parte de un único proceso con duración máxima de 12 meses más seis.

Esta cuestión es tratada por el art 128.2 TRLGSS que establece que la recaída computa dentro del periodo máximo de IT, pero, por otra parte, en una Orden Ministerial de 1967 queda establecido que en un proceso de IT que se viese interrumpido por períodos de actividad laboral de 6 meses o más, cada baja iniciará un nuevo proceso. Así, de la interpretación conjunta de ambas normas resulta que:

- se considera recaída la sucesión de bajas por IT que compartan la misma o similar causa y no estén separadas por periodos de actividad de seis o más meses

- cuando se produzca una sucesión de bajas por IT que compartan la misma causa (criterio causal) entre ellas exista un período de actividad de seis o menos meses, se considerarán recaídas, formando parte de un único proceso

- cuando se produzca una sucesión de bajas por IT con distinta causa (criterio causal) separadas entre sí por períodos de actividad de seis meses o menos se considerará que cada una de ellas inicia un nuevo proceso

- cuando se produzca una sucesión de bajas por IT separadas por períodos de actividad de más de seis meses (criterio temporal), se considerará que cada una de ellas inicia un nuevo proceso, independientemente de su causa.

Además de su importancia a efectos de determinar la duración de la IT, el hecho de que una baja se considere recaída o no será determinante también a los efectos de verificar los requisitos de acceso y la cuantía del subsidio, ya que, cuando se trate de una recaída, estos quedarán determinados en la primera, mientras que cuando se trate de bajas independientes se determinarán en cada una de ellas.

Por último cabe destacar que desde la reforma introducida por la Ley 30/2005 serán los profesionales del INSS, no los de la MATEP ni los del servicio público de salud de las CCAA, los únicos competentes para determinar si una baja es recaída de la anterior o no.

7. EXTINCIÓN

La regla general es que la IT se extinga por alguno de los siguientes motivos:

- transcurso del plazo máximo para la situación de IT (12meses más 6 de prórroga), destacando en este caso que tras haber disfrutado de una IT por el tiempo máximo establecido, no podrá disfrutarse de una nueva IT hasta que transcurran 6 meses naturales

- por emisión del parte médico de alta, acompañado si procediese de la declaración de IP

- fallecimiento

- jubilación.

Además, la extinción de la IT se puede dar a modo de sanción cuando concurriese alguna de las siguientes circunstancias:

- conducta fraudulenta para la obtención o mantenimiento de la IT

- trabajo por cuenta ajena

- abandono del tratamiento médico sin causa justificada.

8. GESTIÓN DEL SUBSIDIO

La concesión de la prestación de IT corresponde al INSS, sin embargo en su gestión pueden diferenciarse distintos supuestos:

- en caso de riesgos comunes, del cuarto al decimoquinto día, el subsidio lo gestiona

- directamente el empresario a su cargo y, del decimosexto día en adelante, el subsidio lo

- abonará el empresario en régimen de colaboración obligatoria con posibilidad de resarcirse, a no ser que la gestión corra a cargo de una MATEP
- en caso de riesgos profesionales, desde el primer día la gestión corresponderá al empresario en régimen de pago por delegación, a no ser que dichos riesgos corran a cargo de una MATEP
 - por otra parte, existen una serie de casos en los que es posible que la gestión corresponda directamente al INSS:
 - a) en el caso de entidades u organismos excluidos de la colaboración obligatoria
 - b) en empresas de 10 o menos trabajadores, cuando la empresa llevara seis meses haciéndose cargo de un subsidio de IT
 - c) cuando el empresario incumpla el pago por delegación
 - d) cuando el contrato se extingue antes de finalizar la IT
 - e) cuando se produce la prórroga del subsidio de IT
 - f) cuando se prolongue más allá de las prestaciones de desempleo.

9. LA PRÓRROGA EXTRAORDINARIA DEL SUBSIDIO DE IT

La finalización del plazo máximo de IT cuando el trabajador no se ha recuperado puede desembocar en una declaración de incapacidad permanente.

Los efectos que ello acarrea para el trabajador hacen que ese paso se intente evitar en los casos en que no este lo suficientemente clara la imposibilidad de recuperación.

Hasta el año 1994, una vez disfrutado el tiempo máximo de IT (doce meses + seis de prórroga), cuando el trabajador no se hubiera recuperado pero su recuperación fuera previsible, accedería a una situación denominada invalidez provisional, cuya duración máxima era de 4 años y medio.

Esto hacía que durante un período de 6 años el trabajador pudiese permanecer de baja con el contrato en suspenso y con reserva de puesto.

En 1994 se procede a una reforma con la cual desaparece la invalidez provisional y se instaura en su lugar la prórroga del subsidio de IT. A partir de este momento, cuando un trabajador disfrutase de la duración máxima de IT (doce meses + seis de prórroga) y fuera previsible una recuperación, este accedería a la nueva situación: prórroga del subsidio de IT, con una duración máxima de 12 meses. Esta prórroga del subsidio no es, por otra parte, una prórroga de la situación de IT por los siguientes motivos:

-durante la situación de IT se cotiza, pero durante la prórroga del subsidio la obligación de cotizar desaparece

-en la prórroga del subsidio, el pago lo realiza el INSS o la MATEP, pero en ningún caso el empresario (la colaboración obligatoria se termina en el mes 18 de la IT).

Igualmente, accederían a esta prórroga los trabajadores que una vez finalizado el período máximo de IT (12 meses o 18 si hay prórroga) fuera previsible que no se recuperarían, pero por un período de 3 meses, tiempo necesario para tramitar su incapacidad permanente.

Así vemos que con esta reforma del 94, el tiempo máximo que un trabajador podía permanecer de baja con el contrato en suspenso y reserva de puesto se acortó a 30 meses.

Pero en el año 2005, con la reforma introducida por la Ley 30/2005, este período se acortó de nuevo. Así, según la normativa vigente, las posibilidades son las siguientes:

- 1) finalizados los doce meses de IT o dieciocho si ha habido prórroga y los facultativos del INSS estiman que el trabajador no recuperará la salud, se accederá a una prórroga del subsidio de IT por un período de tres meses, durante los cuales se tramitará la incapacidad permanente en el grado que corresponda. Nótese que durante esos tres meses la cuantía del subsidio será el mismo que el

que se venía percibiendo en situación de IT, así, en caso de que una vez calculada la pensión de IP, esta fuera superior al subsidio de IT retrotraerá sus efectos esos doce meses

- 2) en el mismo caso, pero cuando los facultativos del INSS estimen posible la recuperación de la salud, se accederá a la situación de IP temporal por un periodo máximo de 6 meses, durante estos seis meses, el trabajador percibirá la pensión de invalidez que le correspondiese con la peculiaridad de que, cuando se trate de una enfermedad común, sólo se exigirá un periodo de carencia de 180 días para acceder a la IP temporal y no el período de carencia propio para acceder a una IP. En cualquier caso, esta segunda posibilidad exige el paso por la prórroga del subsidio de IT durante tres meses, tiempo necesario para tramitar la IP temporal.

En definitiva, desde el 2005 el tiempo máximo que se puede permanecer de baja con el contrato en suspenso y reserva de puesto pasa a ser de 27 meses (12+6 de IT, 3 de prórroga del subsidio y 6 de IP temporal).

En cualquier caso, cabe recordar que si bien en virtud del art 49 ET, el contrato se extingue con la declaración de invalidez del trabajador, el art 48.2 ET establece que durante los 2 años siguientes a la declaración de IP, el trabajador tiene derecho a reserva de puesto. Con lo cual, en los dos años posteriores a la declaración de IP, el trabajador podrá recuperar su puesto de trabajo anterior a la misma, ya que la verdadera extinción del contrato se produce transcurridos esos dos años.

LECCIÓN 11. LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD

1. DESCANSO POR MATERNIDAD

El art 48.3 ET contempla la maternidad como una causa de suspensión del contrato de trabajo con derecho a reserva de puesto. Aunque la expresión “maternidad”, como establece el art 133 bis TRLGSS, no se limita a la “maternidad biológica” sino que abarca otras situaciones, tales como la adopción o acogimiento. A este respecto, cabe destacar que se diferencian dos supuestos en función de las condiciones del adoptado o acogido:

- adopción o acogimiento de personas de seis años o menos
- adopción o acogimiento de mayores de seis años discapacitados o inválidos, o que tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, por proceder del extranjero, por su experiencia personal... (en este caso el límite de edad máximo quedo establecido en 2001 por Real Decreto en los 18 años).

2. PRESTACIONES

Las prestaciones que ofrece la Seguridad Social para la maternidad se detallan a continuación atendiendo a su naturaleza:

- prestaciones en especie: la asistencia sanitaria en caso de maternidad biológica
- prestaciones económicas:
 - a) existe una prestación económica indirecta que consiste en considerar el tiempo del descanso de maternidad como tiempo de cotización,
 - b) y otra directa: se trata de un subsidio gestionado directamente por el INSS. La duración de este subsidio coincide con la duración del descanso por maternidad y su cuantía es el 100% de la base reguladora de la IT por riesgos comunes (salario base, complementos salariales y prorrata de las pagas extraordinarias, del mes anterior). A lo dicho cabe añadir las siguientes puntualizaciones:
 - dada la posibilidad de que ambos progenitores disfruten simultanea o sucesivamente del descanso por maternidad, la cuantía del subsidio se hallará para cada uno de ellos
 - sólo en los casos de maternidad biológica y, en concreto, en caso de parto prematuro o ingreso hospitalario del neonato, el descanso por maternidad podrá suspenderse y con él, el subsidio, que se reanudará en la misma cuantía una vez reanudado el descanso
 - existe la posibilidad de complementar el subsidio por maternidad con un “subsidio especial” previsto para los casos de maternidad, adopción o acogimiento múltiple.

3. REQUISITOS

Los requisitos para acceder a la protección por maternidad son los siguientes:

- ser trabajados
- encontrarse en situación de alta o asimilada, considerándose a estos efectos situación asimilada las siguientes:
 - desempleo subsidiado del nivel contributivo
 - mes siguiente al cese en el desempeño de un cargo público o de funciones sindicales que hayan generado una excedencia forzosa
 - IT
 - huelga y cierre patronal.

El alta de pleno derecho no actúa para la protección por maternidad.

-acreditar un periodo de carencia de ciento ochenta días en los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del parto o de la decisión administrativa o judicial de adopción o acogimiento.

Es cierto que si ambos progenitores trabajan, los dos tienen derecho a la protección por maternidad, la duda es si a los dos les es exigible la concurrencia de los citados requisitos. Hasta la entrada en vigor del RD 1251/2001, la jurisprudencia venía interpretando que si debían concurrir en ambos, pero ha sido la entrada en vigor de la citada disposición la que ha dado rango legal a tal afirmación. Además, esta disposición introduce también una novedad, se trata de una excepción aplicable a la maternidad biológica, por la cual, cuando la madre no reúna el periodo de carencia, el padre podrá disfrutar de la totalidad del permiso de paternidad, salvo las 6 semanas que obligatoriamente hubiesen correspondido a la madre de haber cubierto el periodo de carencia.

4. NACIMIENTO DE LA PRESTACIÓN

El nacimiento de la protección social por maternidad se produce en el momento en que se inicia el período de descanso correspondiente (momento en que se suspende el contrato) y será en ese momento, además, cuando halla que esgrimir la concurrencia de los requisitos. De esta forma vemos que:

- en la maternidad la regla general es que la protección se inicie en la fecha del parto, salvo que la madre necesite descanso antes de esa fecha y adelante el descanso
- en la adopción o el acontecimiento, con carácter general, la protección se inicia el día de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, aunque, cuando se trate de una adopción en el extranjero, podrá adelantarse el permiso hasta 4 semanas, y con él, la protección.

5. DURACIÓN

Para determinar la duración habrá que atender, por una parte, a la modalidad de maternidad, y por otra, al número de hijos. El resultado es el siguiente:

MATERNIDAD BIOLÓGICA

El art 48.4 TRET establece un descanso de 16 semanas, que se incrementarán en dos más por cada hijo nacido, a partir del primero, en caso de parto múltiple.

Este período puede ser disfrutado por ambos progenitores simultánea o sucesivamente, respetándose en todo caso las 6 semanas inmediatamente posteriores al parto, que corresponderán obligatoriamente a la madre, sin que esta pueda renunciar a su disfrute.

Únicamente podrá disfrutar este período el padre en caso de fallecimiento de la madre.

El RD 1251/2001 refuerza la protección de estas 6 semanas de descanso materno obligatorio permitiendo que de ellas se disfrute la madre incluso en caso de aborto, cuando la gestación hubiera alcanzado los 6 meses.

La decisión de distribuir el descanso corresponderá a la madre, pero, en todo caso, si la decisión fuese distribuirlo, el descanso del padre no se hará efectivo si la madre necesita más descanso por razones de salud, y, en caso de fallecimiento del padre antes de completar el período de descanso que le correspondía, la madre recuperará el derecho a disfrutar del tiempo que resta.

Por último, el RD 1251/2001 establece una serie de razones de causa mayor que la madre puede alegar para revocar la opción de descanso realizada a favor del padre, tales como el abandono, la separación, enfermedad o accidente del padre...

ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO

En esta modalidad se distinguen dos supuestos: adopción o acogimiento de menores de 6 años y adopción o acogimiento de mayores de 6 años y menores de 18 años que por circunstancias especiales (minusvalías, proceder del extranjero, proceder de ambientes conflictivos...) tengan dificultades de incorporación social o familiar.

En ambos casos la duración del descanso será de dieciséis semanas que se ampliarán en dos más por cada hijo a partir del primero, en caso de adopción o acogimiento múltiple. En el resto de adopciones o acogimientos (mayores de 6 años sin dificultades especiales) no procederá la protección propia de la maternidad.

Por último, cabe destacar, que en esta modalidad de maternidad no se ofrece una protección especial a la madre y serán ambos los que decidan el reparto del descanso.

POSIBILIDAD DE DISFRUTAR EL DESCANSO A JORNADA PARCIAL

El art 48.4 ET prevé la posibilidad de que el descanso por maternidad sea disfrutado a tiempo parcial y el RD 1251 desarrolla esta posibilidad estableciendo que:

- para que pueda disfrutarse a jornada parcial será necesario un acuerdo entre trabajador y empresario, acuerdo que se alcanzará mediante negociación individual en la que no intervienen los representantes de los trabajadores
- dicho acuerdo deberá contener las condiciones acordadas para la reducción de jornada
- en cualquier caso, esta posibilidad nunca abarcará las seis semanas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre
- el período de descanso se prolongará en el tiempo en proporción a la reducción de jornada efectuada.

6. LA SUSPENSIÓN

La regla general es que el período de descanso se produzca de forma interrumpida, no obstante, el artículo 48 ET establece la posibilidad de suspender el descanso en los casos de parto prematuro u hospitalización del neonato.

Cabe destacar que la suspensión solo podrá afectar a las diez semanas posteriores a las seis de descanso obligatorio o, al tiempo que reste transcurridas esas seis semanas, en caso de que el descanso se hubiera iniciado antes del parte.

La suspensión afectará al progenitor que este disfrutando del descanso cuando se produjera, o a ambos, si el descanso es simultáneo.

7. EXTINCIÓN

En el RD 1251/2001 se regulan las causas de extinción en stricto sensu, son las siguientes:

- transcurso del plazo máximo de descanso por maternidad (dieciséis semanas)
- por incorporación al trabajo antes del transcurso del plazo máximo, incrementándose el periodo de descanso del otro progenitor, en los casos en que ambos disfruten del descanso
- por fallecimiento del progenitor que lo disfrutaba
- por fallecimiento del hijo, manteniéndose, en este caso, las seis semanas de descanso obligatorio para la madre.

Además de la combinación del art 48 ET y el RD 1251/2001, se extraen las causas de extinción lato sensu. En estos casos, no se trata de una extinción propiamente, sino más bien de una pérdida del derecho. Se trata de:

- obtención o conservación fraudulenta de la prestación

-realización de trabajos por cuenta propia o ajena durante el período de descanso, salvo cuando se disfrute del mismo a tiempo parcial.

8. ENCADENAMIENTO CON OTRAS PRESTACIONES DEL SISTEMA

El peligro de la concatenación de prestaciones y, en caso de extinción del contrato, de situaciones asimiladas al alta ha generado tradicionalmente, una extensa jurisprudencia que recientemente ha sido asumida por el legislados, concretamente en el RD1251/2001 y la Ley 24/2001.

En primer lugar habrá que distinguir si se trata de un contrato indefinido o temporal:

CONTRATOS DE DURACIÓN INDEFINIDA

En este caso, no existe ningún impedimento para la concatenación de prestaciones ya que la existencia del contrato permite que el acceso a ellas no se produzca desde la nada, sino que se produce desde la situación de alta.

De esta forma, si una trabajadora que esta disfrutando de una IT y da a luz, se procederá a darle el alta de IT y desde la situación de alta, accederá a la baja por maternidad.

Igualmente, si agotado un descanso por maternidad, una trabajadora que precisase asistencia sanitaria o se encontrara temporalmente incapacitada para trabajar, accedería desde su situación de alta (una vez extinguido el descanso por maternidad) a la correspondiente baja por IT.

CONTRATOS TEMPORALES

- 2) Si durante la vigencia de un contrato temporal se produce una baja por maternidad, que se extiende más allá de la duración del contrato, una vez extinguido el contrato la prestación por maternidad no concluye (el INSS la mantiene), pero lo que no habrá en ese tiempo será cotizaciones.
- 3) Si durante la vigencia de un contrato temporal se produce una incapacidad temporal, que se extiende más allá de la duración del contrato y a esta se le encadena una maternidad, es posible encadenar así las dos situaciones asimiladas al alta siempre que tengan un hecho causante común teniendo en cuenta que:
 - el tiempo de IT que excede la vigencia del contrato, el subsidio lo paga el INSS y pero no hay cotizaciones
 - el subsidio por maternidad también lo paga el INSS y tampoco hay cotizaciones.
- 4) Si durante la vigencia del contrato se produce una IT a la que se sucede una maternidad que alarga su duración más allá del contrato, podrá encadenarse a esta otra IT siempre que: tenga el mismo hecho causante que la primera (tendrá la misma cuantía) o cuando guarde relación con la maternidad.

SUPUESTOS MIXTOS

- 1) El RD 1251/2001 ha introducido recientemente en nuestro sistema de SS una posibilidad única: se trata de la posibilidad de que, cuando un contrato temporal se extinga y pasado un tiempo se inicie el descanso por maternidad, se podrá acceder a la protección social, aún cuando no se encuentre percibiendo la prestación por desempleo, es decir, desde una situación ni de alta, ni asimilada.

- 2) Según establece el art 222 TRLGSS, cuando la extinción del contrato temporal se produzca una vez iniciado el descanso por maternidad, a su término se puede acceder a la prestación por desempleo que corresponda, sin que el tiempo que se haya disfrutado de la prestación por maternidad altere su cuantía ni su duración.
- 3) El art 222 TRLGSS establece que, si una vez finalizado un contrato temporal, se accede a la situación de desempleo del nivel contributivo, y durante ese período se accede al descanso por maternidad, el beneficiario/a tendrá derecho a la percepción íntegra de su prestación, pero el desempleo no ampliará su duración.
- 4) Si durante la vigencia de un contrato temporal, surgiera una IT que se prolonga más allá del contrato es posible acceder de esa IT al descanso por maternidad, pero también es posible acceder de ese descanso a una nueva IT siempre que esa nueva IT guarde relación con la 1ª o con la maternidad.
- 5) En los supuestos en que una IT preceda al desempleo, el art 222 TRLGSS prevé, que el tiempo que se haya disfrutado de la IT condiciona al desempleo, es decir, el tiempo que se disfruta de IT consume al tiempo que correspondería de desempleo. El funcionamiento de la IT en el lapso que está consumiendo al desempleo es el siguiente:
 - la prestación IT la paga el SPEE y su cuantía es el 70% de la base reguladora
 - el tiempo de IT es tiempo de cotización, cotiza el SPEE
 - si la IT consumiera toda la vigencia del desempleo y se prolongará todavía más, recuperaría su naturaleza: no se cotiza y el INSS abonaría el subsidio del 75 % de la base reguladora.

MATERNIDAD A TIEMPO PARCIAL

Dada la posibilidad de que el descanso por maternidad se disfrute a tiempo parcial, es también posible que se perciba a la vez una prestación por maternidad y otra IT.

En este caso, si la IT finaliza antes que el descanso por maternidad, se retornaría a la situación inicial: una parte de la jornada se descansa y la otra parte se trabaja.

Si, por el contrario, el descanso por maternidad se agota antes que la IT, entonces esta pasará a ser una IT a jornada completa.

Por último, cuando el contrato de trabajo se extinga antes de finalizar el descanso por maternidad, esta pasará a ser a tiempo completo.

9. LA PRESTACIÓN DE RIESGOS DURANTE EL EMBARAZO

El art 48 ET contempla como una posible causa de suspensión del contrato, la existencia de riesgos en el trabajo que pudieran dañar a la mujer grávida o al feto.

En cualquier caso, la naturaleza de esta prestación se caracteriza por su carácter subsidiario ya que, cuando el empresario comprobase que la trabajadora embarazada o el feto se encuentran expuestos a un riesgo en el trabajo deberá:

- en primer lugar, adaptar las condiciones de trabajo para hacer desaparecer el riesgo
- si con ello no fuera suficiente deberá cambiar a la trabajadora a otro puesto de equivalente categoría o de su mismo grupo de profesional, libre de riesgos
- si no existiera un puesto con tales condiciones, podrá trasladarla temporalmente a un puesto de categoría inferior, pero manteniendo su remuneración
- en último caso, si ninguna de las medidas anteriores eliminara el riesgo, se suspenderá el contrato y se percibirá la prestación por riesgos durante el embarazo.

La prestación, consiste en un subsidio cuya cuantía es el 75% de la base reguladora (que coincide con la de la IT por riesgos comunes: salario base+complementos salariales+prorrateo de las pagas extras).

Los requisitos para poder acceder a ella son:

- ser mujer
- trabajadora por cuenta ajena
- encontrarse en situación de alta
- estar expuesta a un riesgo en el trabajo
- tener cubierto un período de carencia de 180 días.

La prestación nace en el momento en que se suspende el contrato, prolongándose su duración mientras permanezca el riesgo, y se extingue por alguna de las siguientes causas:

- acceso a la prestación por maternidad
- reincorporación al puesto de trabajo
- extinción del riesgo
- fallecimiento de la beneficiaria.

Al igual que sucede con la maternidad, la gestión de este subsidio corresponde al INSS.

LECCIÓN 12. INCAPACIDAD PERMANENTE

1. CONCEPTO Y GRADOS

La IP se regula en los art 137 a 143 TRLGSS, aunque estos arts vienen precedidos del art 136, que define la situación de IP del nivel contributivo como aquella en la que se encuentra el trabajador que después de haber sido sometido a tratamiento prescrito y habersele dado el alta, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de valoración objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral.

En realidad de esta definición cabe puntualizar:

-el trabajador no tiene porque haber percibido el alta, puede acceder de ina IT a una IP
-la expresión “reducciones anatómicas o funcionales graves” ha de ser entendida en un sentido amplio como cualquier tipo de patología física o psíquica con carácter invalidante

-es imprescindible que disminuyan o anulen la capacidad para trabajar.

En todo caso, dada la pluralidad de situaciones que se pueden incluir en la IP, el art 137 TRLGSS establece los cuatro grados:

- b) incapacidad permanente parcial: ocasiona una disminución de la capacidad del trabajador para su profesión habitual, no inferior al 33%, pero es la única IP que no extingue el contrato
- c) incapacidad permanente total: supone la inhabilitación del trabajador para el ejercicio de su profesión habitual, pero puede dedicarse a otras distintas
- d) incapacidad permanente absoluta: inhabilitación del trabajador para el ejercicio de cualquier profesión u oficio
- e) gran invalidez: igual que la anterior, inhabilita al trabajador para el desempeño de cualquier profesión u oficio, la diferencia radica en que, el gran inválido necesita la concurrencia de un 3º para los actos más elementales de la vida.

El sistema de declaración de IP y su graduación corresponde a los Equipos de Valoración de Incapacidades del INSS pero, dada la discrecionalidad de este sistema, en 1997 se trato de solucionar este problema estableciendo la creación de un reglamento que contuviera las enfermedades y accidentes posibles y el grado de invalidez que causan. Dada la basta complicación que esto supone todavía no ha sido elaborado y, entretanto, se continúa empleando el sistema tradicional de valoración.

2. REQUISITOS

Con carácter general, el requisito para acceder a una IP es encontrarse en situación de alta o asimilada.

No obstante, desde 1985, existe la posibilidad de que las personas que hubiesen cotizado, al menos, 15 años, y sufrieran un accidente no laboral o una enfermedad común propia de una incapacidad absoluta o gran invalidez, puedan acceder a la protección social sin necesidad de estar dadas de alta o en situación asimilada.

Por otra parte, para los riesgos profesionales, no será necesaria el alta porque funciona el alta de pleno derecho.

De forma específica, el art 138 TRLGSS establece como requisito el periodo de carencia que sólo se exigirá cuando la IP se deba a una enfermedad común. A este respecto existen dos reglas generales que no se aplican cuando se trata de una incapacidad parcial:

-menores de 26 años: $\frac{1}{2}$ del tiempo entre los 16 años y el hecho causante
-26 o más años: $\frac{1}{4}$ del tiempo entre los 20 años y la fecha del hecho causante, estando $\frac{1}{5}$ parte de ese tiempo comprendida en los 10 años anteriores a la fecha del hecho causante.

Frente a estas reglas generales, el art 138 establece dos carencias muy específicas:

-IP parcial: 1800 días, $\frac{1}{5}$ parte en los diez años anteriores a la fecha del hecho causante

-IP absoluta o gran invalidez de un trabajador que no se encuentra dado de alta ni en situación asimilada: 15 años, $\frac{1}{5}$ parte en los diez anteriores a la fecha del hecho causante.

No se reconocerá el derecho a IP por riesgos profesionales a las personas que hayan cumplido 65 años y cumplan los requisitos para acceder a una pensión por jubilación.

3. PRESTACIONES

INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL

Como no se extingue el contrato, la prestación consiste en una indemnización igual a 24 mensualidades de la base reguladora, esta será:

-si la IP parcial es por riesgos comunes: salario base + complementos salariales + prorrata de las pagas extras, del mes anterior al de la baja

-si la IP es por riesgos profesionales: salario base + complementos salariales + prorrata de las pagas extras (del mes anterior al de la baja) + promedio de horas extras del año anterior.

INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL, ABSOLUTA O GRAN INVALIDEZ

Las bases difieren dependiendo de la causa que originó la situación:

-si se trata de un riesgo profesional, la base reguladora será: el salario entendido como salario base, complementos salariales, horas extraordinarias, participación en beneficios y otras percepciones no periódicas, dividido entre 365 y multiplicado por 273 (para hallar las mensualidades se divide por 12)

-si se trata de un accidente no laboral la base reguladora será: 24 bases de cotización por riesgos comunes de los 7 años anteriores a la fecha del hecho causante, elegidas por el beneficiario y tomadas de forma sucesiva, divididas entre 28

-si se trata de una enfermedad común será: 96 bases de cotización por riesgos comunes inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante (24 en su valor nominal y las restantes actualizadas), dividido entre 112.

Sobre la base que proceda se aplicará un tipo, que varía en función del grado de IP:

-IP total: 55% de la base reguladora, pudiendo llegar a alcanzarse el 75% en aquellos casos en que las circunstancias o la edad del beneficiario le dificultasen encontrar un nuevo trabajo (IPT cualificada). Además, si el beneficiario tiene menos de 60 años puede optar por recibir una indemnización y procederá a cobrar la pensión una vez cumplidos los 60 años

-IP absoluta: 100% de la base reguladora

-Gran Invalidez: 150% de la base reguladora, el incremento del 50% tiene por objeto cubrir la remuneración de la persona contratada para ayudar al inválido, si bien, dicho incremento puede ser sustituido por el ingreso del inválido en un centro de asistencia pública de la SS.

4. LA REVISIÓN

El art 143 TRLGSS regula un procedimiento de revisión de la IP. Una vez concedida la IP, el INSS, fijará discrecionalmente un plazo para instar a la revisión, que tendrá que ser en los dos años siguientes a la fecha de la declaración.

Además, excepcionalmente, la revisión puede instarse fuera de plazo:

- cuando se produjera un error en el diagnóstico
- cuando el pensionista por IP realizase un trabajo por cuenta propia o ajena.

El proceso de revisión puede concluir con:

- mantenimiento del grado de invalidez
- reducción del grado de IP o pérdida de la condición de incapaz permanente.

Para estos casos en los que, tras pasar por un proceso de revisión, se perdiera la condición de incapaz permanente, la Ley permite conceder un subsidio de desempleo por un plazo de 6 meses prorrogables por dos períodos de igual duración.

Hay que tener en cuenta que, si el incapacitado ha cumplido los 65 años, no se le someterá al procedimiento de revisión, sino que su prestación por IP pasará a ser su pensión de jubilación.

5. LESIONES PERMANENTES NO INVALIDANTES

Para aquellos casos en que un trabajador sufriera un accidente de trabajo o enfermedad profesional que, sin llegar a generar una invalidez permanente, le ocasionase una disminución o alteración de su integridad física, la prestación generada consistirá en una indemnización, cuya cuantía aparece fijada en una Orden Ministerial de 1969, reformada en 2005, y oscila entre 150 y 6700 euros.

LECCIÓN 14. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

1. PENSIÓN DE VIUEDAD (174 TRLGSS)

La pensión de viudedad es una prestación del Sistema de Seguridad Social cuyo hecho causante consiste en la muerte del cónyuge, hombre o mujer.

Los requisitos para acceder a esta prestación son:

- existencia de un vínculo matrimonial reconocido
- encontrarse en situación de alta o asimilada al alta
- en caso de que el hecho causante se debiera a una enfermedad profesional, se exigirá un periodo de carencia de 500 días en los 5 años anteriores a la fecha del hecho causante.

La cuantía de la prestación resulta de aplicar un porcentaje sobre la base reguladora.

Las bases reguladoras varían de la siguiente forma:

- si el riesgo que ocasionó el fallecimiento fue un riesgo común, la base reguladora resulta ser: 24 bases de cotización por riesgos comunes tomadas, a elección del beneficiario, de forma sucesiva, dentro de los 7 años anteriores a la fecha del hecho causante y divididas entre 28
- si el riesgo fue profesional, la base reguladora será el salario real
- si el causante era pensionista la base reguladora será la misma que sirvió para calcular su pensión.

El porcentaje, como regla general es el 48 % de la base reguladora, aunque en situaciones específicas se puede alcanzar el 70% cumpliendo una serie de requisitos.

El titular de la prestación es el cónyuge superviviente, pero en los casos en que existiesen excónyuges, la pensión de viudedad se repartirá en función del tiempo convivido con el causante.

La extinción de la prestación se produce por:

- fallecimiento del beneficiario
- sentencia firme que declare la culpabilidad del beneficiario en la muerte del causante
- contraer matrimonio, aunque en este caso cabe la posibilidad de conservar la prestación de cumplirse una serie de requisitos de gran dificultad.

2. PENSIÓN DE ORFANDAD (175 TRLGSS)

La pensión de orfandad es una prestación del Sistema de Seguridad Social cuyo hecho causante consiste en la muerte del padre, madre o ambos.

Los requisitos para acceder a esta prestación son:

- tener una relación con el causante paterno-filial reconocida
 - encontrarse en situación de alta o asimilada al alta
 - en caso de que el hecho causante se debiera a una enfermedad común, se exigirá un periodo de carencia de 500 días en los 5 años anteriores a la fecha del hecho causante.
- Los beneficiarios pueden ser: los hijos reconocidos, cualquiera que sea su filiación, los hijos adoptados dos años antes del hecho causante, los hijos aportados por el cónyuge siempre que el matrimonio tuviera lugar dos años antes del hecho causante que no perciban otras prestaciones del sistema y no tengan otro familiar sobre el que recaiga el deber de prestar alimentos, y los hijos póstumos. Todos ellos, como regla general, menores de 18 años, aunque la percepción de la pensión se puede prolongar hasta los 22 años en el caso de huérfanos de padre o madre y hasta los 24 en el caso de huérfanos absolutos.

La cuantía de la prestación resulta de aplicar un porcentaje sobre la base reguladora.

La base reguladora varía de la siguiente forma:

-si el riesgo que ocasionó el fallecimiento fue un riesgo común, la base reguladora resulta ser: 24 bases de cotización por riesgos comunes tomadas, a elección del beneficiario, de forma sucesiva, dentro de los 7 años anteriores a la fecha del hecho causante y divididas entre 28

-si el riesgo fue profesional, la base reguladora será el salario real

-si el causante era pensionista la base reguladora será la misma que sirvió para calcular su pensión.

Y el porcentaje es el 20% de la base reguladora, sin que en ningún caso, la suma de las pensiones de orfandad y la de viudedad puedan superar la cuantía de la base reguladora. De ser así, las pensiones de orfandad se verán reducidas y conforme unos huérfanos vayan dejando de percibir sus pensiones, el resto verán incrementadas las suyas hasta alcanzar el 20%.

En caso de que hubiera huérfanos totales se repartirá entre ellos la pensión de viudedad que el cónyuge fallecido no podrá percibir y si, las pensiones de viudedad pudieran ser dos, los huérfanos decidirán cual de las dos aumentará las pensiones de orfandad.

La extinción de la prestación se produce por:

-fallecimiento del beneficiario

-matrimonio

-sentencia firme que declare la culpabilidad del beneficiario en la muerte del causante

-cumplimiento de la edad

-desempeño de una actividad remunerada con un salario superior al 75% del SMI, aunque si el desempeño tuviera lugar en un lapso reducido, podrá suspenderse la prestación, en lugar de extinguirse.

3. PRESTACIONES A FAVOR DE FAMILIARES (176 TRLGSS)

Se trata de una medida de protección social que abarca dos modalidades de prestación prevista para familiares que sobrevivan al causante y cuyo acceso esta condicionado a los siguientes requisitos:

-encontrarse en situación de alta o asimilada

-en caso de que el hecho causante se debiera a una enfermedad común, se exigirá un periodo de carencia de 500 días en los últimos 5 años

-convivir con el causante

-no percibir ningún tipo de renta o prestación de la Seguridad Social que asegure la subsistencia.

Existen dos modalidades dependiendo del beneficiario: pensión a favor de familiares y subsidio a favor de familiares.

A la pensión tienen acceso:

-los nietos y hermanos del causante menores de 18 años huérfanos de padre y madre o los mayores con una minusvalía equivalente a la IP absoluta

-la madre o abuelas solteras, viudas, divorciadas o casadas con un cónyuge mayor de 60 años o incapacitado para el trabajo

-el padre o abuelos con sesenta o más años o incapacitado para el trabajo

-los hijos o hermanos beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación o invalidez solteros, viudos o divorciados mayores de 45 años.

En este caso la base reguladora y el porcentaje coinciden con la pensión de orfandad, pudiendo incrementarse, en caso de no existir pensión de viudedad, las de los nietos y hermanos, y en su defecto, las de los ascendientes.

La prestación se extingue por:

-fallecimiento del beneficiario

- matrimonio
 - cumplimiento de la edad
 - superar la incapacidad
 - sentencia firme que declare la culpabilidad en la muerte del causante.
- Al subsidio tienen acceso los hijos y hermanos del causante mayores de 22 años solteros, viudos o divorciados.
- La cuantía coincide con la pensión de orfandad, pero sin posibilidad de incrementarse a falta de pensión de viudedad.
- La duración es de doce meses y, además de la llegada del término, son causas de extinción:
- fallecimiento del beneficiario
 - contraer matrimonio
 - sentencia firme que declare la culpabilidad del beneficiario en la muerte del causante.

4. INDEMNIZACIONES ESPECIALES A TANTO ALZADO (177 TRLGSS)

Se trata de una medida de protección social limitada a la muerte del causante por riesgos profesionales.

Una de sus modalidades tiene como finalidad completar la protección social ofrecida a la viuda y a los huérfanos. En esta modalidad la cuantía de las indemnizaciones asciende a seis mensualidades de la base reguladora de la pensión de viudedad para la viuda y una para los huérfanos. En caso de huérfanos absolutos, la indemnización que correspondería a la viuda se repartirá entre los huérfanos, siempre que los progenitores hubiesen estado casados.

La otra modalidad tiene como finalidad sustituir rentas y se dirige a los progenitores del causante. La cuantía asciende a nueve mensualidades de la base reguladora de la pensión de viudedad si el progenitor superviviente es uno y doce si son los dos. En todo caso, la percepción de esta indemnización está condicionada a que los progenitores no tengan otro familiar al que corresponda el deber de alimentos.

LECCIÓN 13. JUBILACIÓN

1. CONCEPTO Y REGULACIÓN

La regulación de la protección por jubilación aparece en los arts 160 y siguientes TRLGSS.

En toda la legislación de Seguridad Social no aparece definido un concepto de jubilación, en su lugar, el art 160 TRLGSS explica en que consiste la prestación por jubilación.

Este precepto, presenta la prestación por jubilación como una pensión vitalicia que se concede una vez alcanzada la edad establecida y cesado el trabajo por cuenta ajena.

En realidad, este precepto criticable por dos motivos:

- esta desfasado: en la actualidad existe la posibilidad de estar jubilado y trabajar
- es incompleto: no fija la edad de jubilación.

2. LOS REQUISITOS PARA ACCEDER A LA PROTECCIÓN POR JUBILACIÓN

a) PERIODO DE CARENANCIA

Para acceder a esta prestación es necesario haber cotizado 15 años y 2 de ellos en los 15 anteriores a la fecha del hecho causante. Esto es así desde 1997 ya que antes el requisito era haber cotizado 15 años y 2 de ellos en los 8 anteriores a la fecha del hecho causante. A este respecto cabe destacar que, en el Acuerdo Sobre la Reforma del Sistema Público de Pensiones, alcanzado por los interlocutores sociales el pasado año, se ha decidido que, a partir de la entrada en vigor de una nueva ley, los 15 años serán tomados como compuestos de 12 meses.

Esto implica que se produce un recorte, ya que, si en la actualidad, computando los años como compuestos de 14 meses, para obtener una pensión hace falta haber cotizado 4700 días, a partir de la reforma, harán falta 5475 días.

b) SITUACIÓN DE ALTA O ASIMILADA

La regla general es que es necesario encontrarse en situación de alta o asimilada y, de hecho, es obligatorio para acceder a determinados tipos de jubilación.

Sin embargo existe una posibilidad especial de acceder a la jubilación ordinaria sólo acreditando el periodo de carencia.

c) EDAD

De entrada cabe decir que no existe una edad preestablecida a la que sea “obligatorio jubilarse. Ello se debe a que, salvo excepciones, ninguna norma emanada de las Cortes o del Gobierno puede imponer una edad de jubilación.

Sin embargo, lo que si es posible, y así sucede, es que los Convenios Colectivos fijen esa edad. En este caso el argumento jurídico que permite que los Convenios fijen una edad de jubilación sin incurrir en la vulneración del art 14 CE en materia de discriminación, es que son disposiciones pactadas por los empresarios o los representantes de empresarios y los representantes de los trabajadores, con lo cual, la edad de jubilación no resulta impuesta, sino negociada.

Pero la edad fijada en el Convenio es, en cualquier caso, orientativa. Por tanto, si bien esa edad es la edad de jubilación ordinaria, existen múltiples posibilidades.

3. TIPOS DE JUBILACIÓN ATENDIENDO A LA EDAD

a) Anticipar la edad de jubilación

Existen determinadas profesiones que por sus riesgos inherentes (pilotos de avión, bomberos...) se considera que no es posible permanecer en el trabajo a edades muy avanzadas. En estos casos, la edad de jubilación se establece por una disposición normativa, sin que ello suponga una lesión al art 14 CE.

b) Jubilación anticipada

El *mutualismo laboral* se aplica sólo a aquellas personas que cotizaron a este sistema antes del 1/1/1967 durante algún tiempo. Estas personas podrán jubilarse a los 60 años y como prevé la Disposición Adicional Tercera del TRLGSS, la cuantía de su pensión se reduciría en un 8% por cada año que el trabajador adelante su jubilación.

La *jubilación flexible anticipada* es la opción de aquellos trabajadores que no cotizaron al mutualismo laboral y deseen jubilarse antes de cumplir la edad ordinaria. Para poder acceder a esta modalidad es necesario: haber cumplido 61 años, estar inscrito en el SPEE como demandante de empleo al menos 6 meses, cubrir un período de carencia de 30 años naturales (sin contar pagas extras) y que la extinción del contrato se produjera por motivos ajenos a la voluntad del trabajador.

Las personas que se acojan a esta modalidad sufrirán una reducción en su importe que oscilará en función del tiempo de cotización:

30 años cotizados----8% por año anticipado

de 31 a 34 años-----7.5%

de 35 a 37 años-----7%

de 38 a 39 años-----6.5%

más de 40 años-----6%.

Esta modalidad, admite también la posibilidad de ser solicitada por trabajadores que sólo cumplan dos de los requisitos antes mencionados: haber cumplido 61 años y haber cotizado 30 años naturales. Sólo cumpliendo esos dos requisitos podrán jubilarse anticipadamente aquellos trabajadores cuyo empresario haya asumido por acuerdo colectivo de empresa el compromiso de abonar, una vez extinguido el contrato, el importe equivalente a la prestación por desempleo de dos años, incluyendo las cuotas a la SS.

La *jubilación anticipada por fomento de empleo* permite anticipar un año la edad ordinaria de jubilación a cambio de que la empresa celebre con un tercero, un contrato sometido a medidas de fomento de empleo.

c) Jubilación flexible retardada

Dado que las personas no están obligadas a jubilarse a la edad establecida en el Convenio, es posible que permanezcan en su puesto de trabajo una vez alcanzada esa edad. Esto es lo que fomenta la Disp Ad 26ª TRLGSS y especialmente, desde la Ley 35/2002, el estímulo es mayor.

Así, en caso de acogerse a esta modalidad de jubilación habrá unos beneficios para trabajador y empresario:

-el trabajador verá incrementado el tipo aplicable a la base reguladora de su pensión en dos puntos por año, incluso cuando se haya alcanzado el 100%, algo que no sucede con la jubilación ordinaria

-el empresario tendrá una reducción de la cuota del 100% por cada trabajador que permanezca en la empresa con un contrato indefinido una vez alcanzada la edad de jubilación.

d) Jubilaciones parciales

En general, el art 166 TRLGSS permite la jubilación parcial que se caracteriza porque el trabajador presta servicios una parte de la jornada y, la otra parte, está jubilado y percibiendo su pensión.

Por otra parte, el art 12 TRET se refiere al contrato de relevo, un tipo de contrato incluido en la modalidad de contratos a tiempo parcial, que permite cubrir las horas que el trabajador parcialmente jubilado deja libres.

En particular existen dos modalidades: jubilación parcial anticipada y jubilación parcial retardada.

La *jubilación parcial anticipada* se puede solicitar, actualmente, en los 5 años anteriores al cumplimiento de la edad establecida para jubilarse. Aunque el Acuerdo sobre la Reforma del Sistema Público de Pensiones alcanzado en 2006 anuncia que pronto será requisito haber cumplido los 60 años.

En la actualidad, los requisitos son tener cubierto el periodo de carencia y encontrarse en situación de alta o asimilada.

El trabajador que se acoja a esta modalidad de jubilación reducirá su jornada entre un 25 y un 85%, y podrá modificar, siempre aumentándola, esta reducción en los años posteriores.

La jubilación parcial anticipada únicamente será efectiva cuando a la par de la reducción de jornada se efectúe un contrato de relevo que tiene por objeto cubrir las horas que el trabajador parcialmente deja libres.

Ese contrato tendrá que celebrarse con un trabajador desempleado o con uno de la empresa que tenía un contrato temporal y podrá ser a jornada completa o parcial y de duración sujeta a condición resolutoria (el contrato finaliza cuando el relevado se jubila) o de duración indefinida (cuando el relevado se jubila, el relevista permanece en la empresa en condición de fijo).

La *jubilación parcial flexible retardada* (o jubilación parcial retardada) es una modalidad de jubilación flexible retardada que permite que una persona permanezca en la empresa más allá de la edad de jubilación pero trabajando sólo una parte de la jornada (entre el 25 y 80 %) y siendo jubilado la otra parte.

En estos casos cuando el trabajador no hubiera alcanzado los 65 años seguirá cotizando e incrementando el tipo que determinará la cuantía de su pensión hasta alcanzar el 100%, una vez alcanzado ese 100% o si ya lo tuviera, el tipo seguirá incrementándose 2 puntos por año que permanezca en la empresa.

Además de este beneficio para el trabajador, las empresas obtienen una bonificación del 100% de la cuota.

En este caso, la celebración de un contrato de relevo no es necesaria pero puede celebrarse igualmente en las mismas condiciones que en la jubilación parcial anticipada.

La única diferencia es que si es temporal, no estará sujeto a condición resolutoria sino que será anual y se prorrogará cada año que el relevado no abandone la empresa.

4. LA PRESTACIÓN: PENSIÓN DE JUBILACIÓN

La prestación es económica y consiste en una pensión que resulta de aplicar unos porcentajes variables sobre la base reguladora.

LA BASE REGULADORA

Desde 1997 es el resultado de dividir 180 bases de cotización por riesgos comunes entre 210. Las 24 últimas se toman en su valor nominal y las 156 restantes se actualizan con el IPC de cada año, aunque el resultado sigue suponiendo una pérdida de poder adquisitivo.

Pero hasta 1997 había otra base de cotización que todavía se sigue aplicando a ciertos colectivos y ofrecía mayor poder adquisitivo: se trataba de 96 bases de cotización por riesgos comunes entre 112.

LOS TIPOS

Es variable según los años cotizados:

15 años-----50%

+3% por año hasta

25 años-----80%

+2% por año hasta

35 años-----100%

A partir del 100% el tipo es inamovible, con la única excepción de la jubilación retardada.

Pero hasta 1997, igual que había otra base, había otros porcentajes y conviene tenerlos en cuenta porque, como igual que sucede con las bases anteriores a 1997, esas reglas aún se siguen aplicando:

10 años-----50%

+2% por año hasta

35 años-----100%.

LECCIÓN 17. DESEMPLEO

1. LA PROTECCIÓN DEL DESEMPLEADO

La protección del desempleo se regula en los arts 203 y ss TRLGSS, preceptos que han sido sometidos a continuas modificaciones, muchas de ellas muy recientemente. En cuanto se toca el tema del desempleo cabe aludir a un debate todavía abierto, se trata de si el desempleo se integra en la rama del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social o si pudiera formar parte de una rama a parte, a saber, el empleo.

Lo cierto es que esa diferenciación es clave para determinar la competencia de las CCAA, por el momento, lo cierto es que el acceso al empleo es una competencia que en la actualidad las CCAA ya han asumido, mientras que el desempleo tanto como pérdida del empleo como acceso a la prestación es competencia exclusiva del Estado, que gestiona a través del SPEE.

La protección por desempleo se ofrece, por una parte, a través del nivel contributivo, con el fin de sustituir con un subsidio la pérdida o disminución de restas salariales, mientras que de otra banda, se ofrece a través del nivel asistencial, con el fin de subsanar estados de necesidad.

Conviene dejar claro que para poder tener la condición de desempleado han de concurrir tres requisitos:

- tener capacidad de obrar, por tanto más de 18 años (o más de 16 con apoyo de un tutor), aunque no podrán acceder al desempleo los mayores de 65 años que hayan cubierto el periodo de carencia mínimo para acceder a una pensión de jubilación
- querer trabajar y no encontrar empleo, lo que permite establecer una clara diferenciación entre parado y desempleado
- haber sufrido una pérdida de empleo definitiva (extinción) o temporal (suspensión), ya sea total o parcial (reducción de jornada).

2. LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DEL NIVEL CONTRIBUTIVO

REQUISITOS

El art 207 TRLGSS establece los requisitos para poder acceder a la protección por desempleo del nivel contributivo, son los siguientes:

- encontrarse en situación de alta o asimilada a la de alta
- tener cubierto un periodo de carencia de 360 días dentro de los 6 años inmediatamente anteriores a haber cesado la obligación de cotizar
- acreditar disponibilidad para la búsqueda activa de empleo y para aceptar la colocación adecuada
- no haber cumplido la edad de jubilación ordinaria (salvo cuando no se hubiera cubierto el periodo de carencia necesario para acceder a la pensión de jubilación)
- hallarse en situación legal de desempleo, accediéndose a la misma por:
 - a) Extinción de la relación laboral por despido colectivo (expediente de regulación)
 - b) Despido disciplinario (carta de despido)
 - c) Impugnación del disciplinario
 - d) Despido por causas objetivas
 - e) Resolución del contrato por incumplimiento empresarial
 - f) Extinción del contrato por muerte, jubilación o incapacidad del empresario
 - g) Modificación de las condiciones sustanciales de trabajo
 - h) Extinción del contrato por finalización de la obra o servicio que constituía su objeto (sólo si la denuncia del contrato la realiza el empresario)

- i) Extinción del contrato durante el período de prueba, únicamente si lo resuelve el empresario
- j) Extinción del contrato por declaración de IP total, absoluta o gran invalidez
- k) Extinción de la relación administrativa
- l) Para los trabajadores fijos periódicos o discontinuos, cuando no sean llamados al comienzo de la temporada
- m) Pérdida del trabajo o reducción de la jornada de los socios de cooperativas de trabajo asociado
- n) Emigrantes retornados que demuestren haber extinguido una relación laboral en el país del que retornan y haber cotizado en España
- o) Ex penitenciarios
- p) Suspensión de la relación laboral por expediente de regulación
- q) Cese o pérdida de parte de la dedicación involuntarios en un cargo sindical o un alto cargo no funcionarial al servicio de la Administraciones Públicas
- r) Reducción de la jornada con carácter temporal.

PRESTACIONES

La protección ofrecida para el desempleo abarca prestaciones de distinta naturaleza.

Por una parte abarca prestaciones en especie, entre las cuales se encuentra, por excelencia, la formación, aunque también figura la asistencia sanitaria.

Por otra parte se encuentran las prestaciones económicas, una indirecta y otra directa.

La prestación económica indirecta consiste en las cotizaciones: el SPEE abona, por una parte, la parte de la cuota que debería corresponder al empresario, y, la parte que corresponde al trabajador la detrae del subsidio, menos un 35%, del que también se hace cargo el SPEE.

Por otra parte, la prestación económica directa es el subsidio, cuya cuantía resulta de aplicar un porcentaje sobre la base de cotización. Esta base resulta ser el promedio de las bases de cotización por riesgos comunes y, el tipo será un 70% los 180 primeros días y, del día 180 en adelante un 60%. No obstante, el resultado nunca podrá superar unos topes mínimos y máximos que varían en función de las cargas familiares.

NACIMIENTO

El nacimiento de la prestación se produce, con carácter general una vez iniciada la situación legal de desempleo siempre que se solicite la prestación en los 15 días posteriores (sino el derecho a la prestación caduca día a día). Aunque el nacimiento puede retrasarse en dos supuestos: cuando al producirse la extinción del contrato al trabajador le quedaran vacaciones por disfrutar (el nacimiento se produce transcurrido el periodo de disfrute) o en los casos de impugnación de despido (el nacimiento se produce una vez alcanzada la conciliación o emitida la sentencia).

DURACIÓN

Su duración varía dependiendo del tiempo cotizado, así, por un año o año y medio corresponden 4 meses de prestación por desempleo y, por cada 6 meses más, corresponderán 2. Hasta alcanzar los 6 años o más de cotización, donde el subsidio alcanza su duración máxima de 24 meses.

SUSPENSIÓN

El art 212 TRLGSS contempla las posibles causas de suspensión:

-infracción leve o grave

-cumplimiento de pena privativa

-desde el 2006: efectuar un trabajo por cuenta ajena por un período inferior a 12 meses, desplazamiento en búsqueda de trabajo o perfeccionamiento profesional o cooperación internacional

- realización de un trabajo por cuenta propia por un período inferior a 24 meses
- traslado al extranjero para perfeccionamiento profesional o desempeño de un trabajo por un período superior a 6 meses (dentro de UE).

EXTINCIÓN

Las causas de extinción las regula el art 213 TRLGSS y son:

- agotamiento del plazo
- infracción muy grave
- realización de un trabajo por cuenta ajena por un período superior a 12 meses
- realización de un trabajo por cuenta propia por un período superior a 24 meses
- cumplimiento de la edad de jubilación, salvo que precisase completar el periodo de carencia para acceder a la pensión de jubilación
- paso a la condición de pensionista o incapaz permanente
- renuncia
- traslado al extranjero, cuando no se trate de una causa de suspensión.

3. LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DEL NIVEL ASISTENCIAL

Se trata de una protección del desempleo prevista para aquellos desempleados que no puede acceder a la protección del nivel contributivo.

REQUISITOS

Los requisitos se enumeran en el art 215 TRLGSS y son los siguientes:

- figurar como demandante de empleo en la oficina de empleo por un plazo mínimo de 1 mes sin haber recibido una oferta adecuada
- insuficiencia de rentas (las que pueda percibir no superan el 75% del SMI)
- no haber cumplido la edad de jubilación
- encontrarse en situación legal de desempleo, entendiéndose como tales:
 - a) Emigrantes retornados (el país del que se retorna no puede pertenecer a la UE y España no puede tener con ellos un convenio sobre protección por desempleo y tienen que haber trabajado un año en los últimos 6)
 - b) Ex convictos (por más de 6 meses)
 - c) Ex titulares de una IP total, absoluta o gran invalidez a los que se les haya rebajado o anulado el grado
 - d) Desempleados que hayan agotado la prestación por desempleo contributivo tras disfrutarlo al menos 12 meses, tengan más de 45 años y cargas familiares
 - e) Desempleados que hayan agotado el desempleo contributivo, tengan más de 45 años y no tengan cargas familiares
 - f) Desempleados que hayan agotado el desempleo de nivel contributivo de 24 mensualidades, tengan más de 45 años y cargas familiares
 - g) Desempleados mayores de 52 años que en el momento de solicitar la protección del desempleo de nivel asistencial, cumplan todos los requisitos para jubilarse excepto la edad
 - h) Desempleados que no hayan podido acceder al desempleo de nivel contributivo por no cubrir el periodo de carencia

PRESTACIONES

La protección del desempleo en el nivel asistencial abarca prestaciones de distinta naturaleza.

Por una parte, abarca prestaciones en especie, por excelencia, la formación, pero también la asistencia sanitaria.

Por otra parte, abarca las prestaciones económicas: una indirecta y otra directa.

La prestación económica indirecta son las cotizaciones, que corren cargo de la entidad gestora, el SPEE, pero sólo cotiza por asistencia sanitaria y protección de la familia y, únicamente para los mayores de 52 años, por jubilación.

La prestación económica directa varía dependiendo del beneficiario:

-para los emigrantes retornados, es convictos y aquellos que hayan perdido la condición de IP totales, absolutos o grandes inválidos: 80% del IPREM y dura 6 meses, prorrogables por dos periodos de igual duración

-para los desempleados que hayan agotado el desempleo contributivo, tengan más de 45 años y cargas familiares, el importe es el 80 % del IPREM y la duración es variable: si han disfrutado el desempleo contributivo 4 o 5 meses durará 6 meses, prorrogables por 3 períodos de igual duración, mientras que si el tiempo que han disfrutado del desempleo contributivo es de 6 a 23 meses, durará 6 meses con 4 prórrogas de igual duración

- para los desempleados que hayan agotado el desempleo contributivo de 24 meses, tengan más de 45 años y cargas familiares, la duración es de 6 meses improrrogables y la cuantía varía dependiendo de las cargas: por una será el 80% del IPREM, por dos el 107% del IPREM y por tres o más 133%

-para los desempleados que hayan agotado un desempleo contributivo de, al menos, 12 meses, tengan más de 45 años y no tengan cargas familiares, el importe es el 80% del IPREM y la duración es de 6 meses improrrogables.

-para los desempleados mayores de 52 años (subsidio de prejubilación) es necesario haber cotizado, al menos, 6 años al desempleo, y se prolonga hasta la edad de jubilación, los 6 primeros meses la cuantía varía dependiendo de las cargas familiares, pero a partir del séptimo mes es el 80% del IPREM

-para los desempleados que no han cotizado lo suficiente para acceder al desempleo de nivel contributivo, la cuantía es el 80% del IPREM y la duración será 6 meses por seis de cotización si el beneficiario no tiene cargas familiares, pero si las tiene la duración varía (por 3 meses, 3, por 4 meses, 4, por 5 meses, 5, y por 6 meses, 21).

SUSPENSIÓN

El art 212 TRLGSS contempla las posibles causas de suspensión:

-infracción leve o grave

-cumplimiento de pena privativa

-desde el 2006: efectuar un trabajo por cuenta ajena por un período inferior a 12 meses, desplazamiento en búsqueda de trabajo o perfeccionamiento profesional o cooperación internacional

-realización de un trabajo por cuenta propia por un período inferior a 24 meses

-traslado al extranjero para perfeccionamiento profesional o desempeño de un trabajo por un período superior a 6 meses (dentro de UE).

EXTINCIÓN

Las causas de extinción las regula el art 213 TRLGSS y son:

-agotamiento del plazo

-infracción muy grave

-realización de un trabajo por cuenta ajena por un período superior a 12 meses

-realización de un trabajo por cuenta propia por un período superior a 24 meses

-cumplimiento de la edad de jubilación, salvo que precisase completar el periodo de carencia para acceder a la pensión de jubilación

-paso a la condición de pensionista o incapaz permanente

-renuncia

-traslado al extranjero, cuando no se trate de una causa de suspensión.