

INFORME SOBRE LAS PRESTACIONES DEL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TRAS LAS REFORMAS DE 2018*

Coordinadora: María José Romero Rodenas, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Castilla-La Mancha.

*El presente informe incorpora las reformas en materia de prestaciones de Seguridad Social producidas con anterioridad al 31 de diciembre de 2018.

ÍNDICE

1. ACCIÓN PROTECTORA DEL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y REQUISITOS DE ACCESO A LAS PRESTACIONES.....	23
1. Normativa reguladora	23
1.1. Normativa sobre acción protectora	23
1.2. Normativa sobre requisitos de acceso a las prestaciones.....	23
2. Alcance de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social	23
2.1. Nivel contributivo	23
2.2. Nivel asistencial	24
3. Contingencias o riesgos protegidos	24
3.1. El accidente de trabajo (art. 156 TRLGSS).....	24
3.2. La enfermedad profesional (art. 157 TRLGSS).....	24
3.2.1. Concepto	24
3.2.2. Listado de enfermedades profesionales.....	25
3.3. Accidente no laboral (art. 158.1 TRLGSS)	25
3.4. Enfermedad común (art. 158.2 TRLGSS).....	25
4. Requisitos generales de acceso a las prestaciones: situación de alta o asimilada y periodo previo de cotización.....	25
4.1. Situación de alta del trabajador.....	25
4.2. Situación asimilada a la de alta	26
4.3. Alta presunta	26
4.4. Alta especial.....	27
4.5. Prestaciones para cuyo acceso a las mismas no es exigible el requisito de la situación de alta o asimilada.....	27
5. Periodo de cotización	27
5.1. Supuestos referidos a la exigencia de un periodo de cotización.....	27
5.2. Modalidades de cotización.....	28
5.2.1. Cotizaciones reales	28
5.2.2. Cotizaciones asimiladas.....	29
5.2.3. Otras cotizaciones asimiladas computables para el cálculo de determinadas prestaciones, pero no para alcanzar el periodo mínimo de carencia exigible	30
5.2.4. Incremento al 100 por 100 de las cotizaciones correspondientes a periodos de reducción de jornada en determinados supuestos.....	32
5.3. Cómputo de la parte proporcional de pagas extraordinarias	33
5.4. Cómputo recíproco de cotizaciones	33
5.5. Cómputo de cotizaciones en los trabajadores a tiempo parcial.....	33
6. Caracteres comunes a las prestaciones de la Seguridad Social	35
6.1. Indisponibilidad de las prestaciones	35

6.2. Irrenunciabilidad	35
6.3. Inembargabilidad relativa de las prestaciones de Seguridad Social	36
6.4. Existencia de topes mínimos y máximos	36
6.5. Complemento por maternidad en la pensión de jubilación	36
6.6. Principio de incompatibilidad de pensiones	37
6.7. Prescripción	37
6.8. Caducidad.....	38
6.9. Reintegro de prestaciones indebidamente percibidas	38
6.10. Tratamiento fiscal de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social	39
Conceptos básicos a recordar	39

2. PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL.....	41
1. Normativa reguladora	41
2. Concepto	41
3. Requisitos de acceso a la prestación	41
3.1. Estar en alta o en situación asimilada	41
3.2. Período de cotización exigido	43
4. Contenido de la prestación	45
4.1. Subsidio económico	45
4.1.1. Base reguladora: supuestos	45
4.1.2. Cuantía del subsidio	48
4.1.3. Normas específicas para el cálculo de la IT respecto de los trabajadores a tiempo parcial	49
4.1.4. Responsable del abono de la prestación	49
4.1.5. Mejora de la prestación de IT con cargo a la empresa	50
4.2. Obligación de cotizar	50
5. Nacimiento, duración y extinción de la prestación	51
5.1. Nacimiento.....	51
5.2. Duración y prórroga de la situación de incapacidad temporal.....	51
5.2.1. Regla general.....	51
5.2.2. Recaídas.....	53
5.2.3. Duración de la incapacidad temporal derivada de periodos de observación por enfermedad profesional.....	56
5.3. Baja por recaída tras el alta médica otorgada por el Servicio Público de Salud	56
5.4. Prórroga extraordinaria de la situación de IT (art. 174.2 TRLGSS).....	57
5.5. Extinción	57
5.6. Denegación, anulación o suspensión del derecho a la prestación	58
6. Competencia en materia de control de la it.....	58
6.1. Control de la IT durante los primeros 365 días de baja	58
6.1.1. Ámbito de aplicación del RD 625/2014.....	58

6.1.2. Modalidades de los partes de baja, alta y confirmación	58
6.1.3. Determinación del origen de la contingencia causante de la IT	59
6.1.4. Informes complementarios y de control.....	59
6.1.5. Partes médicos de alta.....	60
6.1.6. Propuestas de alta médica formuladas por las Mutuas en procesos de IT derivados de contingencia común.....	60
6.1.7. Efectos de la expedición del parte médico de alta por el INSS.....	60
6.1.8. Impugnación del alta médica por el trabajador	60
6.1.9. Requerimientos a trabajadores para reconocimientos médicos	60
6.2. Control de la IT a partir de los 365 días de baja.....	61
7. Efectos de la situación de incapacidad temporal	61
7.1. En relación con el contrato de trabajo	61
7.2. En relación con la Seguridad Social	61
8. Incapacidad temporal–desempleo (art. 283 TRLGSS)	61
8.1. Extinción del contrato de trabajo en situación de incapacidad temporal	61
8.2. Acceso a la situación de IT siendo perceptor de prestación contributiva de desempleo	62
8.3. Mantenimiento de la situación de IT tras agotar el periodo reconocido de prestación contributiva por desempleo	63
9. Procedimiento administrativo de revisión de las altas médicas expedidas por las Mutuas en procesos derivados de contingencia profesional.....	63
9.1. Alta médica de la Mutua de un proceso de IT derivado de contingencia profesional, durante los 365 primeros días de baja, existiendo disconformidad del trabajador	63
9.2. Alta por la Mutua de un proceso de IT por accidente de trabajo, durante los primeros 365 días en dicha situación, y baja inmediatamente después, como enfermedad común, por el Servicio Público de Salud.....	64
Conceptos básicos a recordar	64

3. PRESTACIONES POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO, RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL, MATERNIDAD, PATERNIDAD Y CUIDADO DE MENORES AFECTADOS POR CÁNCER O ENFERMEDAD GRAVE..... 67

1. Normativa reguladora	67
1.1. Prestación por riesgo durante el embarazo	67
1.2. Prestación por riesgo durante la lactancia natural	67
1.3. Prestación por maternidad	67
1.4. Prestación por paternidad	67
1.5. Prestación por cuidado de menores afectados por cáncer o enfermedad grave.....	68
2. Prestación por riesgo durante el embarazo	68
2.1. Situación protegida	68
2.2. Requisitos de acceso a la prestación	69

2.3. Contenido de la prestación	69
2.3.1. Prestación económica	69
2.3.2. Obligación de cotizar	70
2.4. Nacimiento, duración y extinción del derecho	70
2.5. Denegación, anulación y suspensión del derecho	70
2.6. Procedimiento para el reconocimiento del derecho	71
2.7. Gestión de la prestación económica	71
3. Prestación por riesgo durante la lactancia natural.....	71
3.1. Situación protegida	71
3.2. Requisitos de acceso a la prestación.....	73
3.3. Contenido de la prestación	73
3.3.1. Prestación económica	73
3.3.2. Obligación de cotizar	73
3.4. Nacimiento, duración y extinción del derecho.....	73
3.5. Procedimiento para el reconocimiento del derecho	73
3.6. Gestión de la prestación económica	73
4. Prestación por maternidad	74
4.1. Situación protegida	74
4.2. Modalidades de disfrute del permiso por maternidad	74
4.3. Requisitos de acceso a la prestación (art. 178 TRLGSS).....	74
4.3.1. Estar en alta o situación asimilada	74
4.3.2. Reunir un periodo mínimo de cotización	75
4.4. Contenido de la prestación (art. 179 TRLGSS)	75
4.4.1. Prestación económica y cálculo de la prestación.....	75
4.4.2. Obligación de cotizar.....	77
4.5. Nacimiento, duración y extinción	77
4.5.1. Nacimiento.....	77
4.5.2. Duración	77
4.5.3. Extinción	78
4.5.4. Denegación, anulación y suspensión del derecho	79
4.6. Subsidio especial por maternidad.....	79
5. Prestación por paternidad.....	79
5.1. Situación protegida	79
5.2. Requisitos de acceso a la prestación	80
5.3. Contenido de la prestación	80
5.3.1. Prestación económica	80
5.3.2. Obligación de cotizar	80
5.4. Nacimiento, duración y extinción	81
5.4.1. Nacimiento	81
5.4.2. Duración	81
5.4.3. Extinción	82

5.4.4. Denegación, anulación y suspensión del derecho	82
6. Prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave	82
6.1. Situación protegida (art. 190 TRLGSS).....	82
6.2. Beneficiarios de la prestación (art. 191 TRLGSS).....	82
6.3. Requisitos de acceso a la prestación.....	83
6.4. Contenido de la prestación (art. 192 TRLGSS)	83
6.4.1. Prestación económica.....	83
6.4.2. Incremento al 100 por 100 de la cotización realizada durante la reducción de jornada	83
6.5. Nacimiento, duración y extinción de la prestación	84
6.5.1. Nacimiento	84
6.5.2. Duración.....	84
6.5.3. Extinción.....	84
Conceptos básicos a recordar	84
4. INCAPACIDAD PERMANENTE (I): CONCEPTO, GRADOS Y REQUISITOS DE ACCESO	87
1. Normativa reguladora.....	87
2. Concepto	87
3. Elementos que integran el concepto de incapacidad permanente	87
3.1. Sobre el requisito de haber estado sometido al tratamiento médico prescrito.....	87
3.2. Presentar reducciones anatómicas o funcionales graves	89
3.3. Las lesiones han de ser susceptibles de determinación objetiva.....	91
3.4. Las lesiones han de ser permanentes y previsiblemente definitivas.....	92
3.5. Las lesiones que dan lugar a la declaración de incapacidad han de ser posteriores a la afiliación.....	93
4. Modalidades y grados de incapacidad permanente	93
4.1. Modalidades de incapacidad permanente	93
4.1.1. Incapacidad permanente no definitiva.....	94
4.1.2. Incapacidad permanente definitiva	94
4.2. Grados de incapacidad permanente	94
4.2.1. Incapacidad permanente parcial	95
4.2.2. Incapacidad permanente total para la profesión habitual	95
4.2.3. Incapacidad permanente absoluta	95
4.2.4. Gran invalidez.....	95
5. Concepto de profesión habitual.....	95
6. Requisitos del beneficiario	97
6.1. Incapacidad derivada de enfermedad común	97
6.1.1. Requisitos del beneficiario	97

6.1.2. Reglas especiales sobre cómputo de cotizaciones.....	100
6.1.3. Cómputo de los periodos de cotización para los trabajadores a tiempo parcial.....	100
6.2. Incapacidad derivada de accidente no laboral, accidente de trabajo y enfermedad profesional	100
Conceptos básicos a recordar	101

5. INCAPACIDAD PERMANENTE (II): CONTENIDO Y DINÁMICA DE LA PRESTACIÓN 103

1. Contenido de la prestación.....	103
2. Procedimiento de cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente	103
2.1. Base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivadas de enfermedad común	103
2.1.1. Reglas generales	103
2.1.2. Integración de periodos en descubierto para el cálculo de la base reguladora.....	105
2.2. Base reguladora de la incapacidad permanente derivada de accidente no laboral	106
2.3. Base reguladora de la incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional.....	107
3. Cuantía de la prestación de incapacidad permanente.....	108
3.1. Incapacidad permanente parcial.....	108
3.2. Incapacidad permanente total para la profesión habitual	108
3.2.1. Cuantía	108
3.3. Incapacidad permanente absoluta	109
3.4. Gran invalidez	110
3.5. Incapacidad permanente derivada de contingencias comunes reconocida a quienes hayan alcanzado la edad ordinaria de jubilación y no reúnan los requisitos para acceder a dicha pensión.....	110
3.6. Cálculo de la pensión de incapacidad permanente para los trabajadores a tiempo parcial.....	111
3.7. Incremento de la pensión de incapacidad permanente para las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados	111
4. Nacimiento, devengo y extinción de la prestación de incapacidad permanente.....	111
4.1. Nacimiento	111
4.2. Devengo.....	112
4.3. Extinción	113
5. Revisión del grado de incapacidad	113
6. Efectos de la declaración de incapacidad permanente sobre el contrato de trabajo	114
6.1. Incapacidad permanente parcial.....	114

6.2. Incapacidad permanente total.....	114
6.3. Incapacidad permanente absoluta.....	114
6.4. Gran invalidez.....	115
7. Compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente con otras pensiones de Seguridad Social.....	115
8. Lesiones permanentes no invalidantes	116
8.1. Concepto	116
8.2. Beneficiarios	116
8.3. Contenido de la prestación.....	117
8.4. Revisión	117
9. Relación entre incapacidad permanente y discapacidad.....	117
Conceptos básicos a recordar	117

6. PRESTACIÓN DE JUBILACIÓN ORDINARIA: ASPECTOS GENERALES.....119

1. Normativa reguladora.....	119
2. Concepto	119
3. Caracteres de la prestación	119
4. Requisitos de acceso	120
4.1. Situación de alta real, alta asimilada o no alta del solicitante	120
4.2. Edad mínima	120
4.2.1. Jubilación ordinaria a partir del 1 de enero de 2013.....	120
4.2.2. Posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.....	122
4.3. Periodo mínimo de cotización	123
4.3.1. Periodo mínimo de cotización exigido con carácter general (carencia genérica)	123
4.3.2. Periodo específico de cotización (carencia específica).....	125
4.3.3. Periodo mínimo de cotización de los trabajadores a tiempo parcial	126
5. Contenido de la prestación	126
5.1. Cálculo de la base reguladora	127
5.1.1. Regla general.....	127
5.1.2. Supuestos especiales (Disposición transitoria octava, apartados 2 y 3 TRLGSS).....	128
5.2. Porcentaje aplicable a la base reguladora para obtener el importe de la pensión de jubilación.....	129
5.3. Cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial	130
5.3.1. Integración de los periodos en descubierto (art. 248.2 TRLGSS)	130
5.3.2. Cuantificación de la pensión	130
5.4. Incremento de la pensión de jubilación para las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados	132

5.5. Aplicación del factor de sostenibilidad.....	132
5.6. Cuantía máxima y mínima de la pensión de jubilación	133
5.6.1. Cuantía máxima	133
5.6.2. Pensión mínima de jubilación.....	133
5.7. Incremento de la pensión por retraso voluntario de la edad de jubilación.....	134
6. Nacimiento, devengo, suspensión y extinción de la pensión de jubilación	134
6.1. Nacimiento	134
6.2. Devengo	134
6.3. Suspensión	135
6.4. Extinción	135
7. Régimen de compatibilidad de la pensión de jubilación	135
7.1. Compatibilidad con el trabajo por cuenta propia o ajena (jubilación activa)	135
7.1.1. Requisitos del beneficiario	135
7.1.2. Cuantía de la pensión.....	136
7.1.3. Cotización a la Seguridad Social	136
7.2. Otros supuestos de compatibilidad entre pensión y trabajo.....	136
7.3. Compatibilidad con otras pensiones de Seguridad Social	137
8. Normas transitorias en materia de pensión de jubilación.....	138
9. Revalorización de pensiones	139
Conceptos básicos a recordar	140

7. MODALIDADES DE JUBILACIÓN CON ANTERIORIDAD AL CUMPLIMIENTO DE LA EDAD ORDINARIA..... 143

1. Normativa reguladora.....	143
2. Jubilación anticipada de trabajadores que acrediten cotizaciones al mutualismo laboral con anterioridad al 1 de enero de 1967.....	143
2.1. Sujetos incluidos.....	143
2.2. Requisitos de acceso a la jubilación.....	144
2.3. Cálculo de la cuantía de la pensión	144
2.4. Coeficientes reductores	144
2.4.1. Trabajadores que accedan a la jubilación anticipada que no se hallen en situación legal de desempleo	144
2.4.2. Trabajador que accede a la jubilación anticipada por cese en el trabajo y en virtud de causa no imputable a su libre voluntad.....	145
2.4.3. Mantenimiento de coeficientes reductores más favorables.....	145
3. Jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador.....	145
3.1. Requisitos de acceso a la jubilación anticipada involuntaria en la legislación vigente.....	145
3.1.1. Tener la condición de trabajador por cuenta ajena	145
3.1.2. Tener cumplida una edad que sea inferior a cuatro años, como mínimo, a la edad ordinaria de jubilación, sin que resulten de aplicación los coeficientes correctores del artículo 206 TRLGSS	146

3.1.3. Hallarse inscrito en las oficinas de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la jubilación	147
3.1.4. Acreditar un periodo mínimo de cotización efectiva de 33 años, sin cómputo de la parte proporcional de pagas extraordinarias, admitiendo a estos exclusivos efectos el periodo del servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutiva, con el límite máximo de un año.....	149
3.1.5. Involuntariedad del cese en el trabajo	150
3.1.6. Acreditación de haber percibido la indemnización derivada de la extinción del contrato o haber reclamado la misma o impugnado la decisión extintiva	152
3.2. Cuantía de la pensión de jubilación	153
4. Jubilación anticipada por voluntad del interesado	153
4.1. Normativa reguladora	154
4.2. Requisitos de los beneficiarios.....	154
4.2.1. Edad	154
4.2.2. Estar en alta o situación asimilada a la de alta	155
4.2.3. Acreditar un periodo de cotización efectiva de 35 años, sin pagas extraordinarias, aunque si computa el tiempo de servicio militar obligatorio o de prestación social sustitutiva, con el límite máximo de un año	155
4.2.4. Que el importe de la pensión de jubilación voluntaria a percibir sea superior a la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad.....	155
4.3. Cuantía de la pensión	156
5. Reducción de la edad de jubilación en función de las características del trabajo realizado o en supuestos de discapacidad.....	156
5.1. Reducción por razón del trabajo realizado y sin aplicación de coeficientes reductores de la pensión	156
5.1.1. Trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Estatuto del Minero.....	157
5.1.2. Personal de vuelo de trabajos aéreos	157
5.1.3. Trabajadores ferroviarios.....	157
5.1.4. Bomberos al servicio de las Administraciones y Organismos Públicos	158
5.1.5. Personal de la Ertzaintza	158
5.1.6. Policía local al servicio de las entidades locales	158
5.2. Otros supuestos de reducción de edad de jubilación en función de la actividad o del trabajo realizado	159
5.2.1. Profesionales taurinos.....	159

5.2.2. Artistas	159
5.3. Jubilación anticipada de personas con discapacidad	160
5.3.1. Anticipo de la edad de jubilación para personas con discapacidad grave en grado igual o superior al 65 por 100	160
5.3.2. Anticipo de la edad de jubilación para trabajadores con discapacidades reglamentariamente determinadas y en grado igual o superior al 45 por 100	161
Conceptos básicos a recordar	161

8. LA JUBILACIÓN PARCIAL Y FLEXIBLE. JUBILACIÓN DEL SOVI..... 163

1. Normativa reguladora.....	163
2. Jubilación parcial ordinaria	163
2.1. Jubilación parcial con anterioridad al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación (jubilación parcial anticipada)	163
2.1.1. Beneficiarios.....	163
2.1.2. Requisitos del beneficiario	165
2.1.3. Requisitos exigibles a la empresa	171
2.1.4. Obligación de empresa y trabajador de mantener la integridad de la cotización a la Seguridad Social del trabajador jubilado parcial	175
2.1.5. Cuantía de la pensión de jubilación parcial	175
2.1.6. Compatibilidad de la pensión de jubilación parcial con otras prestaciones.....	176
2.1.7. Extinción de la jubilación parcial.....	177
2.1.8. Cálculo de la pensión de jubilación ordinaria del trabajador jubilado parcialmente	179
2.2. -Jubilación parcial tras cumplir la edad ordinaria de jubilación (jubilación parcial diferida)	179
3. Jubilación parcial para trabajadores/as de la industria manufacturera	180
3.1. Normativa reguladora	180
3.2. Sectores de actividad, trabajos y empresas en los que se admite esta modalidad de jubilación parcial.....	180
3.3. Requisitos que ha de cumplir el trabajador/a que pretenda acceder a esta jubilación parcial.....	181
3.3.1. Edad	181
3.3.2. Antigüedad en la empresa	182
3.3.3. Acreditar un periodo de 33 años de cotización en la fecha del hecho causante de la jubilación parcial	182
3.3.4. Reducción de la jornada de trabajo de quien accede a la jubilación parcial.....	182
3.4. Requisitos exigibles a la empresa	183

3.4.1. Mantenimiento de un porcentaje de trabajadores/as por tiempo indefinido.....	183
3.4.2. Suscripción de un contrato de relevo con otro trabajador/a desempleado o contratado temporalmente por la empresa.....	183
3.4.3. Inexistencia de la obligación de la empresa de mantener la integridad de la cotización del trabajador jubilado parcialmente	183
4. Jubilación flexible	184
5. Pensión de jubilación del seguro obligatorio de vejez e invalidez (SOVI).....	185
5.1. Requisitos de acceso a la pensión	185
5.2. Caracteres y cuantía de la pensión	185
5.3. Incompatibilidades	186
Conceptos básicos a recordar	186

9. PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA	189
1. Normativa reguladora.....	189
2. Concepto	189
3. Requisitos que ha de cumplir el sujeto causante de la prestación.....	189
3.1. Situación en la que ha de hallarse el trabajador o pensionista en el momento del fallecimiento	189
3.2. Existencia de un periodo mínimo de cotización	190
3.3. Duración del vínculo matrimonial	190
4. Impedimento para ser beneficiario de la prestación y suspensión cautelar en determinados supuestos	190
5. Clases de prestaciones por muerte y supervivencia	191
6. Auxilio por defunción	191
7. Pensión de viudedad	191
7.1. Beneficiarios	191
7.1.1. Cónyuge sobreviviente.....	191
7.1.2. Excónyuge por separación o divorcio	192
7.1.3. Pareja de hecho	194
7.1.4. Pensión de viudedad en supuestos especiales.....	196
7.2. Cuantía de la pensión	196
7.2.1. Base reguladora de la pensión	196
7.2.2. Porcentaje a aplicar sobre la base reguladora	198
7.2.3. Cuantía mínima de la pensión de viudedad.....	200
7.2.4. Cálculo de la pensión en el supuesto de concurrencia de beneficiarios.....	200
7.2.5. Incremento de la pensión de viudedad para las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados	201
7.3. Nacimiento y extinción de la prestación	201

7.3.1. Nacimiento	201
7.3.2. Extinción	201
7.4. Régimen de incompatibilidades	202
8. Prestación temporal de viudedad	202
9. Pensión de orfandad	203
9.1. Beneficiarios	203
9.2. Requisitos que han de reunir los beneficiarios	203
9.2.1. Hijos del causante	203
9.2.2. Hijos del cónyuge	205
9.3. Cuantía de la pensión	205
9.4. Nacimiento, suspensión y extinción de la pensión de orfandad	207
9.4.1. Nacimiento	207
9.4.2. Suspensión	207
9.4.3. Extinción	208
9.5. Régimen de incompatibilidades	208
10. Pensión en favor de familiares	209
10.1. Beneficiarios y requisitos de los mismos	209
10.1.1. Hijos o hermanos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación o invalidez (art. 226.2 TRLGSS)	209
10.1.2. Nietos y hermanos (art. 22.1 Orden de 13 de febrero de 1967)	210
10.1.3. Madres y abuelas	211
10.1.4. Padres y abuelos	211
10.2. Cuantía de la prestación	211
10.3. Nacimiento y extinción	212
10.3.1. Nacimiento	212
10.3.2. Suspensión	212
10.3.3. Extinción	212
10.4. Incompatibilidad	212
11. Subsidio temporal en favor de familiares (art. 25 Orden de 13 de febrero de 1967)	213
11.1. Beneficiarios y requisitos de los mismos	213
11.2. Cuantía de la prestación	213
11.3. Nacimiento y extinción del subsidio	213
11.4. Incompatibilidades	213
12. Indemnizaciones especiales a tanto alzado	213
Conceptos básicos a recordar	215
10. PRESTACIONES FAMILIARES POR HIJO A CARGO	217
1. Normativa reguladora	217
2. Concepto y modalidades de prestaciones familiares	217
2.1. Modalidad contributiva	217

2.1.1. Beneficios en la cotización por cuidado de hijos.....	217
2.1.2. Periodos de cotización asimilados por parto.....	218
2.1.3. Consideración como periodo de cotización efectiva hasta tres años del periodo de excedencia por cuidado de cada hijo o menor acogido (art. 237.1 TRLGSS).....	219
2.1.4. Cómputo como periodo de cotización efectiva del primer año de excedencia por cuidado de otros familiares.....	219
2.1.5. Cómputo como cotizado del periodo de suspensión del contrato con reserva del puesto de la trabajadora víctima de violencia de género (art. 165.5 TRLGSS)	219
2.1.6. Incremento al 100 por 100 de las cotizaciones correspondientes a periodos de reducción de jornada en determinados supuestos	220
2.2. Modalidad no contributiva	221
2.2.1. Prestación económica por hijo o menor acogido a cargo.....	221
2.2.2. Prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo en familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres discapacitadas	223
2.2.3. Prestación económica de pago único por parto o adopción múltiple	224
Conceptos básicos a recordar	225

11. PRESTACIÓN CONTRIBUTIVA POR DESEMPLEO	227
1. Normativa reguladora.....	227
2. Concepto	227
3. Beneficiarios	227
3.1. Trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social	227
3.2. Trabajadores por cuenta ajena incluidos en los regímenes especiales que protegen esta contingencia [art. 264.2.b) TRLGSS].....	228
3.3. Funcionarios interinos, personal eventual y personal contratado en régimen de derecho administrativo al servicio de las Administraciones públicas, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia	228
3.4. Miembros de las corporaciones locales y cargos representativos de los sindicatos.....	229
3.5. Altos cargos de las Administraciones públicas [art. 264.1.f) TRLGSS].....	229
3.6. Penados que hubieran sido liberados de prisión por cumplimiento de condena o libertad condicional y emigrantes retornados [art. 264.1.c) TRLGSS].....	229
3.7. Socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado que figuren incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social	230
3.8. Socios trabajadores de sociedades laborales que formen parte de los órganos de administración de la sociedad [art. 136.2.e) TRLGSS].....	230

4. Requisitos de acceso a la prestación por desempleo	230
4.1. Situación de alta o asimilada [art. 266.a) TRLGSS]	230
4.2. Situación legal de desempleo y medios para su acreditación (art. 267 TRLGSS).....	230
4.2.1. Por extinción de la relación laboral	231
4.2.2. Por suspensión de la relación laboral [art. 267.1.b) TRLGSS]	232
4.2.3. Por reducción temporal de la jornada ordinaria entre un 10 y un 70 por ciento por decisión del empresario al amparo del artículo 47 ET [art. 267.1.c) TRLGSS]	233
4.2.4. Por finalización o interrupción de la actividad de los trabajadores fijos discontinuos [art. 267.1.d) TRLGSS]	233
4.2.5. Por retorno a España de los trabajadores emigrantes a los que se les extingue la relación laboral en el extranjero [art. 267.1.e) TRLGSS]	233
4.2.6. Por cese de los miembros de las Corporaciones Locales, de los cargos representativos de los Sindicatos y de los altos cargos de las Administraciones públicas [art. 267.1.f) TRLGSS]	234
4.2.7. Por declaración de incapacidad permanente total del trabajador	234
4.2.8. La liberación de prisión por cumplimiento de condena o libertad condicional	234
4.2.9. Por el cese en las relaciones administrativas de empleo público	234
4.2.10. Por extinción del contrato de trabajo de los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado que figuren en el Régimen General de la Seguridad Social.....	235
4.2.11. Supuestos que no constituyen situación legal de desempleo (art. 267.2 TRLGSS).....	235
4.3. Permanecer inscrito como demandante de empleo y suscribir el compromiso de actividad (art. 268.1 TRLGSS)	235
4.4. Tener cubierto un periodo mínimo de cotización [art. 266.b) TRLGSS]	236
4.5. No haber cumplido la edad ordinaria de jubilación, salvo que no se tenga acreditado el periodo de cotización requerido para devengar la correspondiente prestación [art. 266.d) TRLGSS].....	236
5. Duración de la prestación	236
5.1. Regla general	236
5.2. Cómputo correspondiente al periodo de vacaciones no disfrutadas (art. 269.4 TRLGSS)	238
5.3. Reglas especiales para la determinación de la duración de la prestación de los trabajadores fijos discontinuos.....	238
6. Contenido de la prestación por desempleo.....	238
6.1. Prestación económica de pago periódico: cuantía	238
6.1.1. Base reguladora	238
6.1.2. Porcentaje de aplicación sobre la base reguladora (art. 270.2 TRLGSS).....	239

6.1.3. Cálculo de la prestación de los trabajadores a tiempo parcial o por reducción temporal de jornada	239
6.1.4. Topes en la cuantía de la prestación	240
6.2. Prestación económica por desempleo de pago único	241
6.2.1. Regulación legal	241
6.2.2. Supuestos	241
6.3. Cotización a la Seguridad Social durante el periodo en el que se perciba prestación contributiva por desempleo	242
6.4. Retenciones a efectuar por la Entidad Gestora	242
7. Nacimiento, suspensión y extinción de la prestación por desempleo	243
7.1. Nacimiento	243
7.1.1. Regla general	243
7.1.2. Nacimiento del derecho cuando existan vacaciones pendientes de disfrute	243
7.1.3. Especialidades sobre el nacimiento del derecho en los supuestos de despido	243
7.1.4. Nacimiento del derecho a la prestación cuando se extinga el contrato por cualquier causa, hallándose el trabajador en incapacidad temporal	245
7.2. Suspensión de la prestación	245
7.2.1. Suspensión durante un mes por imposición de sanción por infracciones leves y graves en los términos establecidos en la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social [art. 271.1.a) TRLGSS]	246
7.2.2. Durante la situación de maternidad o paternidad [art. 271.1.b) en relación con el art. 284 TRLGSS]	246
7.2.3. Cumplimiento de condena que implique privación de libertad [art. 271.1.c) TRLGSS]	246
7.2.4. Realización por el titular del derecho de un trabajo por cuenta ajena de duración inferior a doce meses, o por cuenta propia de duración inferior a sesenta meses [art. 271.1.d) TRLGSS]	246
7.2.5. Traslado al extranjero para realizar un trabajo o para perfeccionamiento profesional, por periodo inferior a doce meses o estancia en el extranjero por periodo inferior a noventa días al año [art. 271.1.f) y g) TRLGSS]	247
7.2.6. Ejecución provisional de sentencia en los supuestos de despido declarado improcedente con opción empresarial a favor de la readmisión [art. 271.1.e) TRLGSS]	248
7.2.7. Incumplimiento por parte del beneficiario de la prestación de presentar los documentos requeridos por el Servicio Público de Empleo (art. 271.3 TRLGSS)	249
7.3. Extinción de la prestación (art. 272 TRLGSS)	249

7.3.1. Agotamiento del plazo de duración de la prestación	249
7.3.2. Imposición de sanción en los términos previstos en la LISOS	249
7.3.3. Realización de un trabajo por cuenta ajena de duración igual o superior a doce meses, o por cuenta propia por tiempo igual o superior a veinticuatro meses	250
7.3.4. Cumplimiento, por parte del titular, de la edad ordinaria de jubilación	250
7.3.5. Pasar a ser pensionista de jubilación, por incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez	250
7.3.6. Traslado de residencia al extranjero	251
7.3.7. Renuncia voluntaria al derecho y fallecimiento del beneficiario.....	251
8. Régimen de incompatibilidades (art. 282 TRLGSS).....	251
8.1. Incompatibilidades	251
8.2. Compatibilidades	252
9. Medidas introducidas por el real decreto ley 4/2013, de 22 de febrero, en materia de prestaciones	252
9.1. Compatibilidad de la prestación contributiva con el trabajo por cuenta propia	252
9.2. Suspensión, reanudación y extinción de las prestaciones por desempleo por realización de trabajo por cuenta propia	253
Conceptos básicos a recordar	253
12. PRESTACIÓN ASISTENCIAL POR DESEMPLEO (SUBSIDIO POR DESEMPLEO)	255
1. Normativa reguladora.....	255
2. Concepto.....	255
3. Requisitos generales para el acceso al subsidio por desempleo	255
3.1. Ser trabajador o asimilado	255
3.2. Tener la condición de parado.....	256
3.3. Figurar inscrito como demandante de empleo	256
3.4. Carecer de rentas superiores al setenta y cinco por ciento del Salario Mínimo Interprofesional, sin pagas extraordinarias, sea cual fuera la naturaleza de dichas rentas.....	257
3.5. No rechazar oferta adecuada de empleo, ni haberse negado a participar en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales	258
3.6. No tener derecho a prestación contributiva o haberla agotado	258
4. Modalidades del subsidio por desempleo	259
4.1. Subsidios ordinarios	259
4.2. Subsidios especiales	259
5. Subsidios ordinarios: requisitos y duración	259
5.1. Subsidio vinculado a la existencia de responsabilidades familiares	259

5.1.1. Haber agotado una prestación contributiva por desempleo [art. 274.1.a) TRLGSS]	260
5.1.2. Estar en situación legal de desempleo sin derecho a prestación contributiva por falta de cotización necesaria	260
5.2. Subsidio vinculado a la no existencia de responsabilidades familiares.....	261
5.3. Subsidio independiente de la existencia de responsabilidades familiares.....	261
5.3.1. Emigrantes retornados	262
5.3.2. Liberados de prisión	262
5.3.3. Trabajador que es objeto de revisión de grado de incapacidad, siendo declarado apto para el trabajo o en situación de incapacidad permanente parcial	262
6. Subsidios especiales: requisitos y duración.....	263
6.1. Subsidio especial para mayores de 55 años (art. 274.4 TRLGSS).....	263
6.1.1. Edad	263
6.1.2. Carencia de rentas	263
6.1.3. Solicitar y acceder al subsidio desde una de las siguientes situaciones	264
6.1.4. Haber cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de la vida laboral	264
6.1.5. Acreditar en el momento de la solicitud la concurrencia de todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a pensión contributiva de jubilación	264
6.1.6. Duración del subsidio por desempleo para mayores de 55 años	265
7. Contenido del subsidio por desempleo	265
7.1. Prestación económica	265
7.2. Cotización a la Seguridad Social (art. 280 TRLGSS)	265
8. Nacimiento del subsidio por desempleo	266
9. Suspensión y extinción del subsidio por desempleo	266
10. Incompatibilidades	267
Conceptos básicos a recordar	267

1 ACCIÓN PROTECTORA DEL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y REQUISITOS DE ACCESO A LAS PRESTACIONES

1. NORMATIVA REGULADORA

1.1. Normativa sobre acción protectora

- Arts. 155 y ss. TRLGSS, de 30 de octubre de 2015.
- Arts. 156 y ss. TRLGSS sobre el concepto de accidente de trabajo y enfermedad profesional.
 - Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales de la Seguridad Social y establece criterios para su notificación y registro.
 - Arts. 245 a 248 TRLGSS sobre disposiciones aplicables a los trabajadores a tiempo parcial.
 - Arts. 238 y ss. TRLGSS relativos a mejoras voluntarias de la acción protectora del Régimen General.

1.2. Normativa sobre requisitos de acceso a las prestaciones

- Arts. 165 y 166 TRLGSS, sobre las condiciones para el acceso a las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social.
 - Real Decreto 691/1991, de 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cotizaciones entre regímenes de la Seguridad Social.

2. ALCANCE DE LA ACCIÓN PROTECTORA DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

2.1. Nivel contributivo

- Asistencia sanitaria.
- Prestación de incapacidad temporal.
- Prestación por riesgo durante el embarazo.
- Prestación por riesgo durante la lactancia natural.
- Prestación por maternidad.
- Prestación por paternidad.
- Prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

-
- Prestaciones por incapacidad permanente.
 - Pensión de jubilación.
 - Prestaciones por muerte y supervivencia.
 - Prestación y subsidio por desempleo y renta activa de inserción.
 - Prestaciones por hijos a cargo.

2.2. Nivel asistencial

- Invalidez no contributiva.
- Jubilación no contributiva.
- Prestación por hijos a cargo.
- Asistencia sanitaria.

3. CONTINGENCIAS O RIESGOS PROTEGIDOS

3.1. El accidente de trabajo (art. 156 TRLGSS)

Es accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena (art. 156.1 TRLGSS).

Con independencia de los supuestos de accidente de trabajo que encajan en esta definición legal, el artículo 156.2 TRLGSS relaciona una serie de situaciones que también se califican como constitutivos de accidente de trabajo (accidentes in itinere, los sufridos por cargos sindicales electivos en el ejercicio de funciones, las enfermedades derivadas del trabajo, etc.) y que se consideran como tales accidentes por imperativo legal.

Asimismo nuestro ordenamiento establece una presunción legal de accidente al disponer que “se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y lugar de trabajo” (156.3 TRLGSS), excluyendo a los accidentes debidos a fuerza mayor, dolo o imprudencia temeraria del trabajador (156.4 TRLGSS), añadiéndose que no impedirá la calificación como accidente de trabajo cuando se produzca mediando imprudencia profesional del trabajador o con la concurrencia de culpabilidad civil o criminal de un tercero.

3.2. La enfermedad profesional (art. 157 TRLGSS)

3.2.1. Concepto

Es enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena (o por cuenta propia) en las actividades que figuran en el cuadro aprobado por el RD 1299/2006, siempre que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indican para cada enfermedad profesional.

Por tanto la calificación de la enfermedad como profesional sólo procederá cuando las dolencias se ocasionan por la realización de actividades que aparecen en el listado de enfermedades profesionales y por la acción de los elementos que en él figuran, de manera que si la enfermedad no aparece en el cuadro de enfermedades profesionales pero es consecuencia del trabajo que se efectúa, dicha dolencia no será calificada como enfermedad profesional sino como accidente de trabajo.

3.2.2. Listado de enfermedades profesionales

El listado aprobado por RD 1299/2006 proporciona dos listas de enfermedades profesionales. La primera incluye las enfermedades profesionales previamente identificadas y tipificadas a los efectos oportunos de prevención y protección; mientras que la segunda lista, de carácter complementario, comprende las enfermedades cuyo origen profesional se sospecha y cuya inclusión en la primera lista podría producirse en el futuro.

La primera lista contiene seis grupos de enfermedades clasificadas en función del agente causante: químicos (grupo 1), físicos (grupo 2), biológicos (grupo 3), inhalación de sustancias y agentes no comprendidas en otros apartados (grupo 4), enfermedades de la piel causadas por sustancias o agentes no contempladas en los grupos anteriores (grupo 5) y agentes cancerígenos (grupo 6).

Dentro de cada grupo se contempla el agente o elemento susceptible de provocar la enfermedad y las principales actividades capaces de producirla.

3.3. Accidente no laboral (art. 158.1 TRLGSS)

Se considera accidente no laboral el que, conforme a lo establecido en el art. 156 TRLGSS no tenga la consideración o el carácter de accidente de trabajo.

3.4. Enfermedad común (art. 158.2 TRLGSS)

Constituye enfermedad común la alteración de la salud que no tenga la consideración de accidente, ni de enfermedad profesional.

4. REQUISITOS GENERALES DE ACCESO A LAS PRESTACIONES: SITUACIÓN DE ALTA O ASIMILADA Y PERIODO PREVIO DE COTIZACIÓN

Aunque cada prestación tiene un régimen específico y unos requisitos de acceso, existen determinadas condiciones que son comunes a la mayoría de las prestaciones, como sucede con el requisito de estar en alta o en situación asimilada, y el relativo a la existencia de un periodo previo de cotización (art. 165 TRLGSS).

4.1. Situación de alta del trabajador

Es el acto en virtud del cual el empresario comunica a la Seguridad Social que un determinado trabajador ha ingresado a su servicio (art. 7 RD 84/1996).

La obligación de efectuar el alta corresponde al empresario, por lo que el trabajador será dado de alta cuantas veces cambie de empresario e incluso cuando, sin cambiar de empresa, sea trasladado a un centro de trabajo en otra provincia.

El alta debe formalizarse antes de iniciar la prestación de servicios, pero surtirá efecto a partir del momento en que se inicie la actividad, manteniéndose mientras continúe trabajando para la empresa.

4.2. Situación asimilada a la de alta

El alta asimilada es una situación creada por el legislador que permite mantener al trabajador dentro del Sistema de la Seguridad Social en supuestos de suspensión o extinción del contrato de trabajo, en los que, lógicamente, no puede existir un alta real (arts. 166 TRLGSS y 36 RD 84/1996).

Entre otras, constituyen situaciones asimiladas a la de alta las siguientes:

- El desempleo involuntario total y subsidiado y el paro que subsista una vez agotadas las prestaciones, siempre que se mantenga la inscripción como desempleado.

- La excedencia forzosa.

- El traslado por la empresa fuera del territorio nacional.

- La suscripción de Convenio Especial con la Seguridad Social.

- La excedencia por cuidado de hijos.

- La incapacidad temporal.

- Ser perceptor de pensión no contributiva a efectos de causar derecho a prestaciones por muerte y supervivencia (SSTS 10 de noviembre de 2016, rec. 901/2015 y 22 de enero de 2013, rec. 1008/2012).

- Ser beneficiario de la prestación de renta activa de inserción (STS 5 de mayo de 2014, rec. 2678/2013).

- Los períodos de inactividad entre campañas de los trabajadores de temporada, independientemente de que suscriban Convenio Especial con la Seguridad Social.

- Los trabajadores en inactividad a efectos de incapacidad permanente tras haber estado trabajando en un puesto de trabajo sometido a riesgo de enfermedad profesional.

- El periodo de tramitación en los procesos por despido a efectos de la asistencia sanitaria, independientemente de la calificación del despido. A todos los efectos el periodo correspondiente a salarios de tramitación por despido nulo o improcedente por causas disciplinarias u objetivas, siempre que exista readmisión o se trate de despido de representantes de los trabajadores, es situación asimilada a la de alta.

4.3. Alta presunta

Es aquella situación en la que el trabajador realiza una actividad laboral que debía originar su alta real, si bien esta no se produce por incumplimiento de sus obligaciones por la empresa. En estos casos se otorga una protección automática al trabajador/a, aunque solo para las contingencias profesionales, desempleo y asistencia sanitaria, respecto de

las cuales se considera que se halla en alta presunta por el simple hecho de estar trabajando (arts. 166.4 y 167 TRLGSS).

EJEMPLO PRÁCTICO

Si una empresa da de alta a un trabajador, pero no cotiza por el mismo, ¿en qué situación estaría el trabajador?

Si la empresa no cumple con la obligación de dar de alta, el trabajador se halla en situación de alta presunta para prestaciones de accidente de trabajo, enfermedad profesional, asistencia sanitaria y desempleo. Pero como en este caso el trabajador sí ha sido dado de alta y lo que ocurre es que la empresa no cotiza, la situación de este trabajador es la de alta real.

4.4. Alta especial

Las personas trabajadoras permanecerán en situación de alta especial en la Seguridad Social durante las situaciones de huelga legal y cierre patronal (art. 166.7 TRLGSS). Durante este periodo la empresa no viene obligada a cotizar a la Seguridad Social.

4.5. Prestaciones para cuyo acceso a las mismas no es exigible el requisito de la situación de alta o asimilada

No exigen el requisito de alta o situación asimilada, las siguientes prestaciones:

- Incapacidad absoluta o gran invalidez, con más de quince años cotizados.
- Pensión de jubilación, si el trabajador ha cumplido la edad ordinaria de jubilación.
- Pensión de viudedad, orfandad y en favor de familiares, si el fallecido reunía un periodo de cotización de 15 años a lo largo de su vida laboral.

5. PERIODO DE COTIZACIÓN

El segundo requisito que se exige con carácter general para tener derecho a prestaciones es tener un periodo de cotización mínimo, es decir, se va a exigir, en la mayoría de los casos, haber cotizado a la Seguridad Social durante un determinado periodo.

Pero no sólo se necesitará tener un periodo mínimo de cotización (carencia genérica), sino que además se va a precisar, en determinados supuestos, que parte de dichas cotizaciones se hayan realizado en un periodo inmediato anterior al reconocimiento del derecho a la prestación (carencia específica).

5.1. Supuestos referidos a la exigencia de un periodo de cotización

Los periodos de cotización exigibles serán analizados con el estudio de cada prestación, si bien adelantamos que para alguna de ellas no se exige periodo de cotización previa, siendo estas las siguientes:

- Prestaciones derivadas de accidente de trabajo o de enfermedad profesional.

-
- Accidente no laboral, estando el trabajador en situación de alta.
 - Prestaciones por riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, al estar asimiladas a contingencia profesional.
 - Prestación de maternidad cuando quien la solicite tenga menos de 21 años.
 - Prestación económica por cuidado de hijo o menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave, cuando quien solicita la prestación sea menor de 21 años.
 - Auxilio por defunción.
 - Pensión de orfandad.
 - Prestaciones no contributivas de la Seguridad Social.
 - Determinados subsidios por desempleo como el de los liberados de prisión o emigrantes retornados.

5.2. Modalidades de cotización

5.2.1. Cotizaciones reales

Tienen esta consideración las cotizaciones realizadas por el trabajador con anterioridad al 1 de enero de 1967 a los anteriores Regímenes de Seguro de Vejez e Invalidez (SOVI) o Mutualismo Laboral, así como las cotizaciones realizadas al Régimen General o a cualquier régimen especial de Seguridad Social (Autónomos, Especial Agrario, etc.), siempre que los periodos no se superpongan con los del Régimen General (Decreto 2957/1973, de 16 de noviembre y RD 691/1991, de 12 de abril).

EJEMPLO PRÁCTICO

Un trabajador cumple la edad ordinaria de jubilación el 1 de enero de 2019 y en esa fecha acredita las siguientes cotizaciones: del 1 de enero de 2004 al 31 de diciembre de 2014 en el Régimen General de la Seguridad Social, por un total de 11 años naturales y del 1 de enero de 2004 al 31 de diciembre de 2012 en el RETA por un total de nueve años naturales.

En este caso, aunque el trabajador ha cotizado 11 años a un Régimen y nueve años a otro, no reúne el requisito de 15 años de cotización exigible, ya que ambas cotizaciones se han producido en un mismo periodo de tiempo, es decir de forma simultánea a ambos regímenes.

Son válidos a efectos de carencia los periodos cotizados en cualquiera de los países que integran la Unión Europea, o en otro país extranjero que no forme parte de la misma, siempre que exista convenio de Seguridad Social que imponga el cómputo recíproco de cotizaciones.

También computan las cotizaciones de los periodos en los que se ha sido beneficiario de prestación contributiva por desempleo ya que en ese periodo persiste la obligación de seguir cotizando a la Seguridad Social por parte del Servicio Público de Empleo,

tomándose como base de cotización el promedio de lo cotizado en situación de activo durante los 180 días anteriores a la situación legal de desempleo (art. 273 TRLGSS).

Igualmente son cotizaciones reales computables para alcanzar la carencia mínima las efectuadas en virtud de convenio especial de la Seguridad Social y los periodos de formación reconocidos por el RD 1493/2011, de 24 de octubre.

5.2.2. Cotizaciones asimiladas

Junto a las cotizaciones realmente satisfechas, existen otros periodos computables en los que no ha existido cotización y sin embargo tales periodos son válidos a todos los efectos por imperativo legal, tratándose en estos casos de cotizaciones asimiladas.

- Periodos de cotización asimilados por parto

A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social, se computarán, a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las 16 semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda (art. 235 TRLGSS).

EJEMPLO PRÁCTICO

Manuela acredita 5.200 días de cotización a la Seguridad Social a tiempo completo, por lo que carecería del derecho a la pensión de jubilación al no completar el periodo de 15 años (5.475 días). Sin embargo dado que dicha trabajadora tuvo tres hijos con anterioridad a tener la condición de trabajadora por cuenta ajena, tendrá derecho a que se le computen 112 días por cada hijo, es decir 336 días en total. Sumando los días de cotización efectiva y los periodos por parto, tendrá derecho a la pensión.

Este beneficio se otorga a las prestaciones que se causen a partir de la entrada en vigor de la Ley de Igualdad, incluidas las prestaciones derivadas del Seguro Obrero de Vejez e Invalidez conforme a reiterada jurisprudencia (SSTS 7 de diciembre de 2010, rec. 1046/2010; 21 de diciembre de 2009, rec. 462/2009 o 2 de marzo de 2010, rec. 945/2009), si bien para estas prestaciones del SOVI no son de aplicación los periodos asimilados por parto respecto de los hijos nacidos con posterioridad a 1 de enero de 1967 (SSTS 12 de diciembre de 2012, rec. 4507/2011 y 15 de octubre de 2012, rec. 375/2012).

En relación con el cómputo de estos 112 días se ha planteado si los hijos han de haber nacido en territorio comunitario o bien si son computables con independencia del lugar de nacimiento, lo que evidentemente tiene un notorio interés práctico sobre todo si se trata de trabajadores extranjeros, habiendo optado por esta última alternativa la STS de 14 de junio de 2016, rec. 1733/2015.

- Consideración como periodo de cotización efectiva hasta tres años del periodo de excedencia por cuidado de cada hijo o menor acogido (art. 237.1 TRLGSS)

Tendrán la consideración de periodo de cotización efectiva, a efectos de las correspondientes prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, hasta tres años de periodo de excedencia que los trabajadores disfruten en razón del cuidado de hijo o menor acogido, en los términos del art. 46.3 ET. Dicho cómputo se llevará a cabo con independencia de la fecha de inicio de la situación de excedencia (STS 20 de julio de 2016, rec. 568/2015).

- Cómputo como periodo de cotización efectiva del primer año de excedencia por cuidado de otros familiares

Los trabajadores que precisen atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida (art. 46.3, párrafo segundo ET) tendrán derecho a un periodo de excedencia no superior a dos años, considerándose efectivamente cotizado, a efecto de las prestaciones señaladas en el apartado anterior, el primer año de excedencia (art. 237.2 TRLGSS).

- Cómputo como cotizado del periodo de suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo de la trabajadora víctima de violencia de género (art. 165.5 TRLGSS)

El artículo 45.1.n) ET contempla el supuesto de suspensión del contrato de trabajo por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto como consecuencia de ser víctima de violencia de género, suspensión cuya duración inicial no puede superar los seis meses, si bien podrá ser objeto de prórroga por periodos de tres meses y hasta un máximo de 18 meses (art. 48.10 ET).

Esta suspensión del contrato se considera periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, paternidad y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (art. 165.5 TRLGSS).

5.2.3. Otras cotizaciones asimiladas computables para el cálculo de determinadas prestaciones, pero no para alcanzar el periodo mínimo de carencia exigible

En este caso, a diferencia de las cotizaciones asimiladas a que nos hemos referido en el apartado anterior, los periodos de cotización asimilada no van a ser computables para alcanzar el periodo mínimo que se exija para acceder a la prestación de que se trate, de manera que si el trabajador/a ya reúne ese periodo mínimo cotizado, estos periodos a los que nos referimos a continuación se tomarán en consideración para calcular el importe de las prestaciones de incapacidad permanente o jubilación.

5.2.3.1. Beneficios en cotización por cuidado de hijos

Este beneficio se regula actualmente en el artículo 236 TRLGSS y su aplicación se produce sin perjuicio de los periodos de cotización asimilados por parto, computándose como periodo de cotización, a todos los efectos y en todos los regímenes, salvo para el cumpli-

miento del período mínimo de cotización exigido, **procediendo su cómputo cuando se haya producido la** interrupción de la actividad laboral motivada por el nacimiento de un hijo/a o por adopción o acogimiento de un menor de seis años, **siempre que** dicha interrupción se produzca en el período comprendido entre el inicio del noveno mes anterior al nacimiento o al tercer mes anterior a la adopción o al acogimiento y la finalización del sexto año posterior a dicha situación. La duración de este cómputo como período cotizado se inició con 112 días por cada hijo o menor adoptado o acogido. El período ha ido incrementándose anualmente hasta alcanzar los 270 días para el año 2019 y siguientes, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la actividad laboral.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si una trabajadora acredita 14 años y 10 meses cotizados en el momento de alcanzar la edad de jubilación ordinaria y acredita tener derecho a este beneficio con relación a dos hijos, resultará que no reuniría el periodo de cotización exigible ya que la normativa aplicable exige que para computar tales beneficios se reúna previamente el periodo mínimo de cotización.

5.2.3.2. Cotizaciones como perceptor de subsidio por desempleo para mayores de 55 años

Durante la percepción de este subsidio por desempleo el Servicio Público de Empleo Estatal debe ingresar en la Seguridad Social las cotizaciones correspondientes a la prestación de jubilación, por lo que el periodo durante el cual el trabajador permanezca en esta situación se tomará en consideración para cuantificar el periodo cotizado, siendo la base de cotización “... el tope mínimo de cotización vigente en cada momento”.

31

EJEMPLO

A un trabajador que tiene 17 años de cotización efectiva a la Seguridad Social, le es reconocido subsidio por desempleo para trabajadores mayores de 55 años, cobrando el citado subsidio durante un total de nueve años antes de cumplir la edad ordinaria de jubilación.

En este caso, el trabajador tendrá derecho a que se le computen la totalidad de cotizaciones, es decir los 17 años que tiene antes de acceder al subsidio y los nueve años cotizados por el Servicio Público de Empleo Estatal mientras ha sido beneficiario del mismo, por lo que en total acreditará 26 años de cotización, con las consecuencias legales que ello comporta.

Ahora bien, existen determinadas prestaciones como la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador, la jubilación anticipada voluntaria o **la jubilación parcial** en las que se exige acreditar un periodo de cotización efectiva de 33 y de 35 años respectivamente, y para estos casos el TS en sentencia de 19 de abril de 2018, rec. 2036/2006, ha denegado la validez de estas cotizaciones durante la percepción del subsidio por desempleo para alcanzar dichos periodos de cotización.

5.2.4. Incremento al 100 por 100 de las cotizaciones correspondientes a periodos de reducción de jornada en determinados supuestos

- Reducción de jornada por cuidado de menores

El art. 37.6 ET dispone que aquellos que por razones de guarda legal tengan a su cuidado directo un menor de 12 años, tendrán derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella. En estos casos las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del periodo de reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo.

EJEMPLO PRÁCTICO

Solicitada una reducción de jornada del 50 por 100 para atender al cuidado de un menor de 12 años, la cotización durante el periodo de reducción de jornada será equivalente al salario percibido, si bien durante los dos primeros años la cotización se computará incrementada hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido de no existir la reducción de jornada.

Procede el incremento para las prestaciones causadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 23 de marzo, con independencia de que la reducción de jornada se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma (STS 20 de julio de 2016, rec. 568/2015, para un supuesto de excedencia por cuidado de hijos).

- Reducción de jornada por cuidado directo de una persona con discapacidad o de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad

El inciso segundo del párrafo primero del art. 37.6 ET regula un supuesto de reducción de jornada por quien tenga a su cuidado directo a una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida.

Asimismo, el párrafo segundo del art. 37.6 ET posibilita la reducción de jornada a quien precisa encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y siempre que no desempeñe actividad retribuida.

Para estos casos el art. 237.3 TRLGSS, inciso final, mantiene que las cotizaciones realizadas durante el primer año se computaran incrementadas al 100 por 100 para las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y paternidad.

- Reducción de jornada para el cuidado de un menor afectado por cáncer o por cualquier otra enfermedad grave

El párrafo tercero del art. 37.6 ET regula el derecho a la reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la dura-

ción de aquella, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a cargo afectado por cáncer o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, pudiendo extenderse dicha reducción de jornada hasta que el menor cumpla 18 años.

Para este supuesto el art. 237.3, párrafo segundo, TRLGSS dispone que las cotizaciones realizadas durante los periodos de reducción de jornada se computarán también incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal.

5.3. Cómputo de la parte proporcional de pagas extraordinarias

Tras la Ley 40/2007 y con efectos de 1 de enero de 2008 se suprimió la posibilidad de computar la parte proporcional de pagas extraordinarias a efectos de la pensión de jubilación, lo que en la práctica se tradujo en pasar de un periodo de cotización de 4.700 días a los 5.475 que son exigibles en la actualidad, si bien dicha limitación afecta exclusivamente a la pensión de jubilación y a las prestaciones por desempleo, por lo que seguirán siendo computables las pagas extraordinarias para el resto de prestaciones y a los meros efectos de completar la cotización mínima exigida (SSTS 5 de junio de 2013, rec. 1630/2012; 18 de abril de 2013, rec. 1340/2012, etc.).

33

5.4. Cómputo recíproco de cotizaciones

Cuando el trabajador tenga acreditados, sucesiva o alternativamente, periodos de cotización en más de un régimen de Seguridad Social, procede la totalización de las cotizaciones en aplicación de lo establecido en el Decreto 2957/1973, de 16 de noviembre.

El cómputo recíproco de cotizaciones también se aplica entre el régimen de clases pasivas del Estado y el régimen general y los regímenes especiales de Sistema de Seguridad Social en aplicación del RD 691/1991, de 12 de abril, **si bien se ha excluido del cómputo alguna prestación concreta no reconocida en el Régimen de Clases Pasivas, como sucede con la jubilación parcial anticipada (SSTS 15 de diciembre de 2014, rec. 279/2014 u 11 de agosto de 2013, rec. 1572/2012).**

5.5. Cómputo de cotizaciones en los trabajadores a tiempo parcial

La regulación vigente en materia de cómputo de los periodos de cotización para los trabajadores con contrato a tiempo parcial, contrato de relevo a tiempo parcial y contrato fijo discontinuo se contiene en el artículo 247 TRLGSS, cuando se trate de acreditar los periodos de cotización necesarios para causar derecho a prestaciones.

La determinación de los días de cotización de los trabajadores a tiempo parcial se lleva a cabo calculando el denominado coeficiente de parcialidad, que viene determina-

do por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la que corresponde a un trabajador a tiempo completo, aplicándose el porcentaje al periodo en que el trabajador haya permanecido en alta con contrato a tiempo parcial y el resultado será el número de días que se consideran como efectivamente cotizados.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador ha permanecido en alta como trabajador a tiempo parcial durante 1.800 días con jornada del 60 por 100 de la ordinaria y 2.100 días con jornada del 50 por 100, resultará que por el primer periodo se consideren efectivamente cotizados 1.080 días ($1.800 \times 0,60$) y por el segundo periodo 1.050 días ($2.100 \times 0,50$).

En el supuesto de que junto al trabajo a tiempo parcial existan días trabajados a jornada completa, estos últimos se suman a los días teóricos de cotización a tiempo parcial, siendo el resultado el total de días cotizados acreditados como computables para el acceso a la prestación de que se trate.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si en el caso anterior el trabajador hubiera permanecido en alta a tiempo completo durante 800 días, este periodo se sumará íntegramente a los días teóricos que resultan de los periodos en alta como trabajador a tiempo parcial (en este caso $1.080 + 1.050$ días = 2.130), y el resultado será el de 2.930 días cotizados ($2.130 + 800$).

Si el trabajador tuviera derecho al cómputo de otras cotizaciones no reales (excepción por cuidado de hijos o de familiares a cargo, beneficio por cuidado de hijos, etc.), tales cotizaciones se sumarán a las anteriores calculadas en la forma expuesta.

Fijado el número de días teóricos de cotización se procede a calcular el coeficiente global de parcialidad, siendo este el porcentaje que representa el número de días acreditados como cotizados sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral, salvo que se trate de un subsidio por incapacidad temporal o de las prestaciones por maternidad o paternidad, en cuyo caso el periodo de cómputo no es la vida laboral del trabajador sino los cinco años anteriores a la situación de incapacidad temporal o los siete años anteriores si se trata de las prestaciones de maternidad o paternidad.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si el número de días que el trabajador ha permanecido en alta como trabajador a tiempo parcial, o en su caso a tiempo completo, a lo largo de la vida laboral es el de 6.200 y en base al porcentaje de jornada los días teóricos

de cotización que acredita son, por ejemplo, 2.750 días, el coeficiente global de parcialidad es el resultado de dividir los días teóricos acreditados (2.750) por los días en situación de alta (6.200), por lo que en este caso el coeficiente parcial de globalidad es el del 44,35 por 100.

Calculado el coeficiente global de parcialidad, este se aplica al periodo de cotización exigido para la prestación de que se trate y el resultado será el periodo de carencia o de cotización exigido al trabajador a tiempo parcial para el acceso a la prestación.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si se tratara de una pensión de jubilación, en la que se exigen 5.475 días (15 años) de cotización, a estos días se le aplica el coeficiente global de parcialidad que en el ejemplo anterior es del 44,35 por 100, dando como resultado 2.418 días, que son los que serán exigibles al trabajador para acceder a la pensión de jubilación, de manera que tras la reforma legal llevada a cabo podrá accederse a la pensión de jubilación con un periodo de cotización efectiva sensiblemente inferior a los 15 años.

Respecto del cálculo del importe de la prestación (incapacidad temporal, maternidad, paternidad, incapacidad permanente, jubilación, etc.) nos remitimos a los correspondientes capítulos en los que se analizan cada una de estas prestaciones.

6. CARACTERES COMUNES A LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

6.1. Indisponibilidad de las prestaciones

Las prestaciones de la Seguridad Social no pueden ser objeto de cesión, embargo, retención, compensación o descuento, salvo para el cumplimiento de obligaciones alimenticias en favor del cónyuge e hijos, o cuando se trate de obligaciones contraídas por el beneficiario con la Seguridad Social (art. 44 TRLGSS).

Con relación al embargo, sólo resultan inembargables las prestaciones que no excedan de la cuantía del Salario Mínimo Interprofesional (arts. 592 y 607 LEC).

Las prestaciones de Seguridad Social están sujetas a tributación. Actualmente sólo están exentas las pensiones de incapacidad permanente en los grados de absoluta y gran invalidez.

6.2. Irrenunciabilidad

Será nulo todo pacto individual o colectivo por el que el trabajador renuncie a los derechos que le confiere la Seguridad Social.

6.3. Inembargabilidad relativa de las prestaciones de Seguridad Social

El art. 44.1 TRLGSS establece que en materia de embargo se estará a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en aplicación de dicha Ley es inembargable la pensión que no exceda del SMI, aun cuando dicha regla tiene como excepción el embargo o la retención que tenga por objeto el pago de alimentos debidos al cónyuge e hijos, sin que tampoco se respete dicho límite cuando se trate de compensación o descuento de prestaciones efectuado en vía administrativa por la Entidad Gestora.

En cuanto a las cantidades que excedan del Salario Mínimo Interprofesional resultan de aplicación las reglas contenidas en el art. 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los siguientes términos:

- Hasta el duplo del Salario Mínimo Interprofesional (SMI), el 30 por 100.
- Para la cuantía adicional hasta tres veces el SMI, el 50 por 100.
- Para la cuantía adicional hasta cuatro veces el SMI, el 60 por 100.
- Para la cuantía adicional hasta cinco veces el SMI, el 75 por 100.
- Para cualquier cuantía que exceda de la anterior, el 90 por 100.

6.4. Existencia de topes mínimos y máximos

Aun cuando las prestaciones de carácter contributivo se calculan normalmente en función de las cotizaciones realizadas, anualmente se establecen unos topes máximos y, en determinados supuestos, también mínimos, dentro de los cuales tienen que estar comprendidas dichas prestaciones (art. 57 y 59 TRLGSS).

6.5. Complemento por maternidad en la pensión de jubilación

El artículo 60 TRLGSS reconoce un complemento de pensión a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias, en cualquier régimen del Sistema de Seguridad Social, de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente, devengándose el incremento para las pensiones cuyo hecho causante se haya producido a partir del 1 de enero de 2016.

Su importe es el resultado de aplicar a la cuantía inicial de la pensión un porcentaje determinado que estará en función del número de hijos según la siguiente escala:

- En el caso de dos hijos, 5 por 100.
- En el caso de tres hijos, 10 por 100.
- En el caso de cuatro o más hijos, 15 por 100.

EJEMPLO PRÁCTICO

Reconocida una pensión inicial de jubilación en cuantía de 1.000 euros mensuales a una mujer que haya tenido tres hijos, el complemento por maternidad asciende al 10 por 100 del importe inicial.

Cuando la pensión inicial reconocida supere el límite máximo anual establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado se tendrá derecho al complemento en la cuantía del 50 por 100 (art. 60.2).

El complemento no es de aplicación en los casos de acceso a la jubilación anticipada por voluntad del interesado a que se refiere el artículo 208 TRLGSS, ni tampoco en los supuestos de jubilación parcial, si bien en este último caso se reconocerá el complemento de pensión que proceda cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena (art. 60.4). En los restantes supuestos de anticipo de la edad de jubilación procederá su abono.

Dicho complemento será objeto de actualización o revalorización en los mismos términos que la pensión inicial.

Se abona con independencia del lugar en que se haya producido el nacimiento de los hijos (STS 14 de junio de 2016, rec. 1733/2015 y Consulta 27/2016, de 15 de diciembre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS) pudiendo ser objeto de renuncia siempre que tenga como finalidad adquirir un derecho a otra prestación de Seguridad Social más favorable (Consulta 8/2017, de 18 de abril, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS).

En los supuestos de concurrencia de pensiones se reconocerá el complemento solamente a una de las pensiones de la beneficiaria, aplicándose a la que resulte más favorable, salvo que concurra una pensión de jubilación con otra de viudedad, en cuyo caso el complemento se aplica a esta última.

En el caso de hijos biológicos dados en adopción, el derecho al complemento se reconoce a la madre adoptante y no a la biológica (Criterio de gestión del INSS 1/2018, de 1 de febrero).

6.6. Principio de incompatibilidad de pensiones

Las pensiones del Régimen General son incompatibles entre sí, cuando coincidan en un mismo beneficiario y a no ser que expresamente se disponga lo contrario.

Lo anterior viene a significar que quien pueda tener derecho a dos o más pensiones del Régimen General, deberá optar por una de ellas, salvo que puedan resultar compatibles por disposición legal, como sucede por ejemplo con la pensión de viudedad, que resulta compatible con el trabajo y con las prestaciones que deriven del mismo.

En el supuesto de que un trabajador cotice al Régimen General de la Seguridad Social y a un Régimen Especial, simultaneando dos actividades (pluriactividad), se puede tener derecho a dos pensiones, siempre que se reúnan los requisitos exigibles para acceder a la prestación de que se trate en cada uno de ellos.

6.7. Prescripción

El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribe a los cinco años desde el hecho causante. Formulada la solicitud dentro del plazo, los efectos del reconocimien-

to tendrán lugar a partir de los tres meses anteriores a la fecha de solicitud (art. 53.1 TRLGSS). No prescriben las prestaciones de jubilación, viudedad, orfandad y en favor de familiares (arts. 212 y 230 TRLGSS).

EJEMPLO PRÁCTICO

En el caso de reunir los requisitos para acceder a una pensión de jubilación, se podrá solicitar la misma con posterioridad a la concurrencia de requisitos, ya que dicha pensión no prescribe, si bien los efectos económicos de la pensión se retrotraen a los tres meses anteriores a la solicitud.

6.8. Caducidad

Se aplica a las prestaciones de Seguridad Social ya reconocidas, a diferencia de lo que sucede con la prescripción que se refiere al acto de reconocimiento del derecho.

Las prestaciones a tanto alzado y por una sola vez caducan al año desde la notificación al interesado de su concesión. En las prestaciones periódicas, el derecho al percibo de cada mensualidad caduca al año de su respectivo vencimiento (art. 54 TRLGSS).

EJEMPLO PRÁCTICO

Reconocido el derecho a una indemnización de 24 mensualidades, derivado de una incapacidad permanente parcial, caducará el derecho al percibo de dicha indemnización al transcurrir un año desde la fecha en que le fuera notificada al interesado su concesión.

6.9. Reintegro de prestaciones indebidamente percibidas

Quienes perciban indebidamente prestaciones de la Seguridad Social vendrán obligados a reintegrar su importe (art. 55.1 TRLGSS), disponiendo la Seguridad Social del plazo de cuatro años a contar desde la fecha de su percepción para exigir el reintegro (art. 55.3 TRLGSS). Quienes por acción u omisión contribuyan al cobro indebido de prestaciones, vienen obligados a devolver su importe, subsidiariamente con los perceptores, salvo acreditación de buena fe (art. 55.2 TRLGSS).

Cuando el reintegro afecte a pensionistas de Seguridad Social, el plazo para reintegrar es el de cinco años (RD 148/1996, de 5 de enero y Orden de 18 de julio de 1997), si bien se puede superar dicho plazo cuando aplicando los porcentajes máximos de descuento no se compense la totalidad de la deuda en los cinco años (RD 1506/2000, de 1 de septiembre), si bien se deberá garantizar que el importe neto a percibir, una vez aplicado el porcentaje de descuento, no resulte inferior, en cómputo anual, a la cuantía de las pensiones de jubilación e invalidez no contributivas (STS 21 de diciembre de 2016, rec. 2433/2015).

Los porcentajes de descuento son los siguientes:

– Entre un 21 y un 30 por 100, cuando la cuantía de la prestación es igual o superior a la mitad de la pensión máxima legalmente establecida.

– Entre un 15 y un 20 por 100, si la cuantía es igual o superior a la cuantía de la pensión mínima de jubilación para mayores de 65 años, con cónyuge a cargo.

– Entre un 10 y un 14 por 100, cuando la prestación no alcance la cuantía señalada en el apartado anterior.

6.10. Tratamiento fiscal de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social

Las prestaciones de Seguridad Social están sujetas a tributación (art. 44.2 TRLGSS), si bien quedarán exentas del impuesto, en aplicación de lo establecido en el artículo 7 de la Ley 35/2006, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, las siguientes:

– Pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez.

– Prestaciones económicas familiares por hijo o menor acogido a cargo; prestación de pago único por nacimiento o adopción de hijo en supuesto de familias numerosas, monoparentales o en los casos de madres discapacitadas y prestación de pago único por parto o adopción múltiples.

– Pensiones de orfandad.

– Pensiones a favor de nietos y hermanos, menores de 22 años o incapacitados para todo tipo de trabajo.

– Auxilio por defunción.

– Prestación por desempleo en la modalidad de pago único, si bien la exención queda condicionada al mantenimiento de la acción o participación durante el plazo de cinco años, en el supuesto de que la capitalización de la prestación se hubiera producido para integrarse en una sociedad laboral o cooperativa de trabajo asociado, o para la aportación al capital social de una sociedad mercantil o para trabajar como autónomo (art. 7 Ley 35/2006, en la redacción dada por Ley 11/2013).

– Prestaciones económicas públicas vinculadas a cuidados en el entorno familiar que derivan de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia.

– Prestaciones públicas extraordinarias por actos de terrorismo.

– Pensiones reconocidas a mutilados de guerra.

CONCEPTOS BÁSICOS A RECORDAR

• Constituyen contingencias comunes el accidente no laboral y la enfermedad común, y contingencias profesionales el accidente de trabajo y la enfermedad profesional.

• Son elementos integrantes del accidente de trabajo el daño corporal, la condición de trabajador por cuenta ajena o asimilada de quien lo sufre y la relación de causalidad entre el daño corporal y el trabajo.

- La enfermedad profesional es la contraída a consecuencia del trabajo realizado en las actividades que figuran en el cuadro aprobado por RD 1299/2006, siempre que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicha norma se indican para cada una de estas enfermedades.

- Las enfermedades del trabajo que resultan agravadas o que se manifiestan a consecuencia de un accidente de trabajo tienen la consideración de accidente laboral.

- Con carácter general para acceder a cualquiera de las prestaciones de Seguridad Social se exige el estar en situación de alta o asimilada en el momento del hecho causante y reunir el periodo de cotización exigible.

- Constituyen situaciones asimiladas a la de alta, entre otras, el desempleo involuntario total y subsidiado, el desempleo que subsiste una vez agotadas las prestaciones y siempre que se continúe inscrito como desempleado, la excedencia forzosa, la excedencia por cuidado de hijos, la incapacidad temporal, etc.

- No se exige periodo de cotización para las prestaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional, las de accidente no laboral en situación de alta, riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, prestación de maternidad cuando la solicitante es menor de 21 años, pensión de orfandad, auxilio por defunción, entre otras.

- La determinación de los días de cotización de los trabajadores a tiempo parcial se lleva a cabo aplicando el porcentaje de parcialidad a los días en que el trabajador haya permanecido en alta.

- El coeficiente global de parcialidad es el resultado de dividir el número de días teóricos de cotización acreditados por los días que se ha permanecido en situación de alta.

- A partir del 1 de enero de 2016 las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensión contributiva de jubilación, viudedad o incapacidad, tendrán derecho a un complemento sobre la pensión inicial, calculado en función del número de hijos.

2

PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL

1. NORMATIVA REGULADORA

- Arts. 169 y ss. TRLGSS.
- Orden de 13 de octubre de 1967, sobre Normas de Aplicación y Desarrollo de las Prestaciones de Incapacidad Temporal.
- Real Decreto 53/1980, de 11 de enero, sobre cuantía de la prestación económica de Incapacidad Temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral.
- Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, sobre Gestión y Control de la Prestación Económica por IT y Orden de desarrollo de 19 de junio de 1997.
- Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los Trabajadores a Tiempo Parcial, así como la jubilación parcial.
- Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, que desarrolla la Ley 40/2007 en materia de Incapacidad Temporal.
- Real Decreto 38/2010, de 15 de enero, que modifica el Reglamento de colaboración de Mutuas.
- Real Decreto 625/2014, de 18 de julio, sobre control de la incapacidad temporal en los 365 primeros días de baja y Orden de desarrollo ESS/1187/2015, de 15 de junio.

2. CONCEPTO

Podemos definir esta situación como la alteración de la salud del trabajador, cualquiera que sea su causa, por la que recibe asistencia sanitaria de la Seguridad Social y está impedido temporalmente para el desempeño de su trabajo.

3. REQUISITOS DE ACCESO A LA PRESTACIÓN

3.1. ESTAR EN ALTA O EN SITUACIÓN ASIMILADA

El trabajador puede causar derecho a la prestación de incapacidad temporal (IT) tanto si está en alta como si se encuentra en situación asimilada a la de alta, situaciones estas que se han descrito en el capítulo anterior al que nos remitimos.

Ha de tenerse en cuenta que si la situación de incapacidad temporal deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional, se entenderá que el trabajador se encuentra

en alta presunta, por lo que los trabajadores se considerarán de pleno derecho afiliados y en alta, con independencia de que el empresario haya cumplido o no sus obligaciones, teniendo siempre el trabajador derecho a la prestación de IT.

Por otra parte, con independencia de las situaciones genéricas que ya vimos, serán situaciones asimiladas a la de alta, específicas de IT, las siguientes:

– El desempleo involuntario total y subsidiado. Debe precisarse que se está haciendo referencia al desempleo contributivo, no pudiendo causarse derecho a la prestación de IT si el trabajador se encuentra percibiendo subsidio asistencial por desempleo, **en cualquiera de sus modalidades.**

– Recaída antes de haber transcurrido seis meses tras el alta médica de IT una vez producida la extinción del contrato y sin que entre el alta médica y la recaída haya existido actividad laboral o inscripción como demandante de empleo (SSTS **16 de julio de 2012, rec. 3072/2011**; 24 de noviembre de 2009, rec. 1031/2009 y 1 de abril de 2009, rec. 516/2008).

EJEMPLO PRÁCTICO

Una trabajadora ha permanecido en situación de IT durante un periodo de seis meses, habiendo finalizado su contrato de trabajo con anterioridad al alta del proceso de incapacidad. Con posterioridad al alta ni ha trabajado ni ha percibido prestación contributiva por desempleo y en esa situación tiene una recaída de las lesiones anteriores antes de transcurrir 180 días. En este caso la trabajadora estaría en situación asimilada a la de alta.

– El período de vacaciones no disfrutadas antes de finalizar el contrato (SSTS de 29 de mayo de 2008, rec. 458/2007; 18 de septiembre de 2007, rec. 201/2007 y 31 de mayo de 2007, rec. 2254/2006).

– La situación de suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias (SSTS 4 de junio de 2002, rec. 2240/2001 y 30 de mayo de 2000, rec. 1906/1999 y STSJ Galicia de 19 de julio de 2010, rec. 3021/2007).

– El traslado del trabajador al extranjero (art. 36.1.5 de la Orden de 27 de febrero de 1982 y art. 36 RD 84/1996, de 26 de enero).

– La suscripción de convenio especial para aquellos colectivos que expresamente tienen reconocida dicha prestación en el ámbito del convenio especial (Diputados y Senadores de la Cortes Generales, Diputados del Parlamento Europeo, Miembros del Gobierno y Diputados de Parlamentos de Comunidad Autónoma, etc.).

– El período de salarios de tramitación que se origina durante la tramitación de un despido nulo o despido improcedente con readmisión, o despido improcedente de un representante de los trabajadores.

Por el contrario quedan excluidas de asimilación al alta, a efectos de esta prestación, las situaciones siguientes:

– Excedencia por cuidado de hijos o familiares (D.A. 4ª RD 295/2009, de 6 de marzo), si bien tendría derecho a la prestación de IT al finalizar la excedencia e incorporarse al puesto de trabajo (STS de 12 de diciembre de 2018, rec. 4142/2016).

– Trabajador/a que extingue su contrato estando en IT derivada de accidente de trabajo, siendo alta por curación y causando inmediatamente nueva baja por enfermedad común (STS de 2 de febrero de 2018, rec. 679/2016).

– Periodos de inactividad de trabajadores fijos discontinuos cuando la IT se produce en tales periodos, salvo que estén percibiendo prestación por desempleo o se hallen en alta por razón de otra actividad. En estos casos es obligatoria el alta en Seguridad Social del trabajador fijo discontinuo, con cotización, aunque se halle en incapacidad temporal en la fecha del llamamiento (STS 14 de julio de 2016, rec. 3254/2015), momento a partir del cual tendría derecho a prestaciones de IT en aplicación de la doctrina contenida en la STS citada de 12 de diciembre de 2018.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador fijo discontinuo es baja por enfermedad durante el periodo de inactividad entre campañas, su situación será la de no alta, si bien al iniciarse la campaña tendrá derecho al alta en Seguridad Social y a partir de ese momento podrá percibir prestaciones de IT.

– Cuando el trabajador se encuentre en situación de alta especial por razón de huelga no tendrá derecho a percibir la prestación de IT derivada de enfermedad común o de accidente no laboral que se inicie durante la huelga. Una vez finalizada la huelga tendrá derecho a la prestación económica. Si la IT se ha iniciado con anterioridad a la huelga, el trabajador mantiene su derecho a percibir la prestación durante la misma.

– La situación de desempleo no subsidiado (SSTS 2 de febrero de 2018, rec. 679/2016 y 12 de septiembre de 2003, rec. 4398/2002).

Excepcionalmente podría denegarse el derecho a la prestación económica de IT aunque el trabajador/a estuviera en alta y reúna el periodo de cotización exigible, si la baja laboral es consecuencia de una intervención quirúrgica voluntaria que no guarda relación alguna con un accidente, una enfermedad o una malformación congénita, como sería el caso de una intervención quirúrgica por motivos estéticos (ver STS de 21 de febrero de 2012, rec. 769/2011).

3.2. Periodo de cotización exigido

– Si la IT deriva de enfermedad común, se exigen 180 días cotizados dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante [art. 172.a) TRLGSS].

Para alcanzar dicho periodo mínimo de cotización se tiene en cuenta la cotización de la parte proporcional de pagas extraordinarias y, asimismo, los contratos temporales con duración igual o inferior a cinco días se computarán a razón de 1,4 días de cotización por cada día trabajado (artículo 249.bis TRLGSS, introducido por RDL 28/2018, de

28 de diciembre), de modo que el concepto de días de cotización ha de quedar referido a días cuota y no a días naturales.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador inicia una baja por enfermedad común cuando solo tiene acreditados cinco meses y medio de trabajo, podría acceder al subsidio ya que a ese periodo habría que sumarle la parte proporcional de pagas extraordinarias a razón de cinco días por cada mes trabajado.

Cuando la IT se inicie tras la declaración de incapacidad permanente y por las mismas lesiones que motivaron tal declaración, los 180 días de cotización exigibles han de corresponder a un periodo posterior a la resolución administrativa que reconoció la incapacidad permanente (artículo 174.3 TRLGSS).

En todo caso, para alcanzar el periodo de cotización exigible de 180 días son computables las cotizaciones realizadas en cualquier régimen de Seguridad Social (cómputo recíproco de cotizaciones) y también las cotizaciones realizadas en otro país de la Unión Europea o con el que España tenga suscrito convenio de Seguridad Social que admita el cómputo recíproco.

Por el contrario no son computables a estos efectos las cotizaciones derivadas de una situación de excedencia por cuidado de hijos o por cuidado de un familiar, ya que los periodos que se entienden como cotizados lo son a efectos de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, no incluyéndose por tanto la incapacidad temporal (artículo 237.1 y 2 TRLGSS).

– Si se deriva de accidente de trabajo, enfermedad profesional o accidente no laboral, no se exige período de cotización [art. 172.b) TRLGSS].

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador comienza a trabajar por primera vez el día 1 de septiembre, y un mes más tarde inicia un proceso de IT derivado de enfermedad, no tendrá derecho al subsidio; pero, si la IT deriva de accidente laboral o no laboral, o enfermedad profesional, devengará el derecho.

– En los contratos a tiempo parcial el número de días se determina aplicando el porcentaje de jornada a los días en situación de alta en los cinco años anteriores, si bien el periodo de cotización exigible será el resultado de aplicar a los 180 días el denominado coeficiente parcial de globalidad (ver capítulo 1 epígrafe 5.5).

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador a tiempo parcial ha cotizado en los cinco años anteriores a la IT por enfermedad común 250 días con un porcentaje de jornada del 40 por 100, los días teóricos de cotización serán 100 (250 x 0,40). El coeficiente global de parcialidad será el resultado de dividir los días teóricos acre-

ditados por los días en alta cotizados (250) y el resultado es el coeficiente de parcialidad (0,40), que aplicado a los 180 días de cotización exigidos dan como resultado 72 días como necesarios para acceder a la prestación.

4. CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN

4.1. Subsidio económico

Para determinar la cuantía del subsidio por IT, lo fundamental será calcular la base reguladora, aplicando a dicha base el porcentaje correspondiente, como después veremos.

4.1.1. Base reguladora: supuestos

a) Si la situación de IT deriva de enfermedad común o accidente no laboral, la base reguladora vendrá constituida por la base de cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes del mes anterior a la fecha de iniciación de la IT.

La base de cotización se divide por el número de días del mes si el trabajador cobra su retribución por días, y por treinta si cobra su retribución por meses, salvo que en el mes anterior no haya trabajado el mes completo, en cuyo caso se dividirá por el número de días trabajados **en ese mes anterior a la baja**.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador con categoría profesional de oficial de primera ha percibido durante el mes de septiembre un salario base de 1.200 euros, antigüedad de 65 euros y plus de asistencia de 75 euros, y parte proporcional de extraordinarias de 160 euros, resultará que la base de cotización será la suma de todas las cantidades anteriores, dando como resultado 1.500 euros, que divididos por 30 (días del mes), harán que la base diaria de cotización ascienda a 50 euros, siendo esta la base reguladora.

En todo caso ha de tenerse en cuenta que si la IT se inicia el mismo mes en el que la empresa contrata al trabajador/a, la base reguladora se calcula dividiendo la cotización por el número de días en alta en dicho mes (artículo 13 Decreto 1646/1972, de 23 de junio).

b) Si la situación de IT deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional, la base reguladora vendrá constituida por la suma de:

– La base de cotización por contingencias profesionales del mes anterior a la baja, sin inclusión de horas extras.

– El cociente que resulte de dividir por 365 la cotización efectuada por horas extraordinarias en los doce meses anteriores a la fecha del hecho causante. Si el trabajador no tiene antigüedad de un año en la empresa, se dividirá por el número de días que lleve prestando servicios en la empresa.

EJEMPLO PRÁCTICO

Partiendo del ejemplo anterior, en el que la base de cotización es de 50 euros diarios, a efectos del cálculo del subsidio de IT derivado de accidente de trabajo habrá que añadir el promedio de lo cotizado por horas extraordinarias en el año anterior y así, suponiendo que se hubieran cotizado 1.460 euros en concepto de tales horas, dividiendo dicha cantidad por 365 resulta una cantidad diaria de cuatro euros, que sumados a los 50 euros totalizan 54 euros/día que constituirá la base reguladora para el cobro de este subsidio.

c) Base reguladora en las situaciones de pluriempleo y pluriactividad.

En pluriempleo la base reguladora se calcula sumando todas las bases de cotización de los distintos trabajos, mientras no se supere el tope máximo de cotización y siempre que la situación de IT se produzca en las distintas actividades realizadas, ya que es posible la IT en un trabajo y la situación de alta en otro, de forma que podría compatibilizarse el subsidio por IT en un trabajo, con el trabajo efectivo en otras actividades (SSTSJ Canarias/Las Palmas de 9 de marzo de 2010, rec. 215/2008; País Vasco de 28 de octubre de 2003, rec. 1920/2003 o Navarra de 21 de marzo de 2003, rec. 79/2003).

Igual ocurre en supuestos de pluriactividad en los que el trabajador inicie un proceso de IT en una actividad concreta y mantenga la situación de alta en otra actividad encuadrada en distinto régimen de Seguridad Social (STS de 19 de febrero de 2002, rec. 2127/2001 y SSTSJ Cataluña de 20 de septiembre de 2011, rec. 3369/2010).

d) Cómputo al 100 por cien de las cotizaciones realizadas durante los periodos en que se reduce la jornada por el cuidado de un menor de 18 años afectado por cáncer u otra enfermedad grave.

En este caso las cotizaciones realizadas durante los periodos en que se reduce la jornada según lo previsto en el tercer párrafo del artículo 37.6 ET se computarán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo (artículo 237.3, párrafo segundo, TRLGSS).

e) Base reguladora en los casos de suspensión del contrato por sanción o huelga en el mes anterior al inicio de la IT.

Se trata de una situación no prevista legalmente, más habida cuenta de que durante la suspensión de empleo y sueldo no existe obligación de cotizar (STS 4 de junio de 2002, rec. 2240/2001) y tampoco existe tal obligación durante la huelga, suponiendo ambas situaciones asimiladas a la de alta, resultaría que si se aplicara la regla general de tener en cuenta las cotizaciones del mes anterior y en este se hubiera producido alguna de estas situaciones, se originaría un perjuicio desproporcionado al trabajador/a, por lo que parece razonable aplicar la teoría del paréntesis y computar las cotizaciones del mes precedente, tesis por la que se inclina la STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de abril de 2017, rec. 759/2016.

f) Recaída de un proceso anterior sin haber transcurrido 180 días desde la fecha del alta médica.

Al tratarse de una recaída de un proceso anterior, por las mismas lesiones, la base reguladora no será la del mes anterior a la recaída, sino aquella que se tuvo en cuenta para el reconocimiento inicial de la prestación de incapacidad temporal (SSTS 12 de julio de 2007, rec. 5448/2005 y 2 de octubre de 2003, rec. 3605/2002).

Por el contrario, si hubieran transcurrido más de 180 días desde el alta anterior y aunque se tratara de las mismas lesiones, se aplicará la regla general de tomar en consideración la cotización del mes precedente a esta última baja.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si una trabajadora permaneció en situación de IT durante cuatro meses y tres meses después inicia un nuevo proceso de IT por las mismas lesiones que motivaron la baja inicial, estaríamos en presencia de una recaída, por lo que en este caso la base reguladora de la nueva prestación de incapacidad temporal será la misma que la que ya se tuvo en cuenta para calcular la prestación derivada de la baja inicial. Sin embargo, si la nueva baja deriva de lesiones diferentes, en tal supuesto se aplicará la regla general de tener en cuenta la cotización del mes anterior, ya que no se trataría de una recaída sino del inicio de un proceso de incapacidad temporal diferente.

47

g) Modificación de la base reguladora por incrementos salariales establecidos en convenio colectivo posterior al hecho causante de la IT, pero con efectos retroactivos a la fecha de la baja

En este caso la empresa vendrá obligada a cotizar a la Seguridad Social los atrasos derivados de la aplicación del nuevo convenio colectivo, afectando por tanto a la base reguladora del mes anterior a la baja, procediendo por tanto la modificación de dicha base y el abono de las diferencias en el abono del subsidio de incapacidad temporal desde la fecha de inicio del proceso.

h) Inclusión en la base reguladora del mes anterior al inicio de la IT de conceptos retributivos variables y no periódicos

Cuando en el mes anterior al inicio de la IT el trabajador ha percibido cantidades variables de carácter no periódico (bonus, comisiones, retribuciones de carácter extraordinario, etc.) en estos casos se aplica el criterio de anualización de tales ingresos, excluyéndose de la base de cotización de ese mes y dividiendo su importe por las doce mensualidades del año (STS 16 de noviembre de 2006, rec. 1471/2005).

Por el contrario, si la cantidad variable percibida tuviera carácter periódico, como sucedería con comisiones variables que se devengan mes a mes, en tal caso se aplicaría la regla general y la base reguladora de la prestación de IT sería la del mes anterior a la baja (SSTSJ Asturias de 21 de abril de 2006, rec. 1983/2005 y Madrid de 4 de mayo de 2005, rec. 579/2005).

EJEMPLO PRÁCTICO

La encargada de un establecimiento comercial recibe en el mes de enero una gratificación extraordinaria al haber alcanzado el establecimiento un determinado nivel de ventas en las rebajas del periodo navideño, habiéndose calculado su importe en un porcentaje sobre las ventas alcanzadas, tratándose por tanto de una retribución variable y no periódica. En el supuesto de que en el mes siguiente se inicie un proceso de IT, ese ingreso extraordinario habrá de dividirse por doce, incrementando la base reguladora del mes de enero en la parte que proporcionalmente corresponda. Sin embargo, en el caso de que el porcentaje sobre las ventas se percibiera mensualmente, se trataría de una retribución variable y periódica, por lo que en tal caso sí habría de integrar la base reguladora de la prestación.

4.1.2. Cuantía del subsidio

a) Incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral:

– El día de la baja es con cargo a la empresa, si se ha iniciado el trabajo **o si la baja se produce tras concluir la jornada laboral.**

– Los tres primeros días a partir de la baja el trabajador no percibe ninguna cantidad, salvo mejora por convenio colectivo.

– Del 4º al 20º día, el trabajador percibe el 60 por 100 de la base reguladora.

– Del 21º día en adelante percibe el 75 por 100 de la base reguladora.

Estas cantidades pueden ser incrementadas mediante la negociación colectiva o por decisión unilateral del empresario.

EJEMPLO PRÁCTICO

Anteriormente hemos calculado la base reguladora del trabajador en 50 euros diarios, correspondientes al mes de septiembre. Si dicho trabajador inicia una situación de IT el 1 de octubre y permanece de baja durante todo el mes, cobrará lo siguiente:

– El día de la baja lo abona la empresa, si se había iniciado ya el trabajo.

– Los tres días siguientes (2, 3 y 4 de octubre), el trabajador no tiene derecho a subsidio, salvo mejora de convenio.

– Del día 4º al 20º de la baja, es decir del día 5 al 21 de octubre cobra el 60 por 100 de la base de 50 euros, es decir, 30 euros por día.

– A partir del día 21º de la baja y hasta el 31 de octubre, cobra el 75 por 100 de la base, es decir 37,50 euros/día.

b) Si la IT se deriva de contingencia profesional, el porcentaje **sobre** la base reguladora será el siguiente:

– El 75 por 100 de la base reguladora, desde el día siguiente a la baja en el trabajo.

– El día de la baja ha de abonarlo la empresa por su importe íntegro.

Las reglas anteriores se aplican siempre que el trabajador mantenga vigente su contrato de trabajo, ya que en el supuesto de finalizar este hallándose en IT se calculará la cuantía del subsidio conforme a las normas que posteriormente se analizan para la situación de incapacidad temporal–desempleo (ver epígrafe 8 **en este capítulo**).

4.1.3. Normas específicas para el cálculo de la IT respecto de los trabajadores a tiempo parcial

– Periodos de cotización

El número de días teóricos de cotización acreditados se calculará en la forma anteriormente expuesta (apartado 3.2) y en cuanto al periodo de cotización exigible se obtiene aplicando el coeficiente global de parcialidad, calculado en la forma que también ha sido expuesta, a los 180 días exigidos con carácter general.

– Base reguladora y abono de la prestación

La base diaria será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización a tiempo parcial acreditadas desde la última alta laboral, con un máximo de tres meses anteriores a la baja, entre el número de días naturales comprendidos en el periodo. La prestación económica se abonará durante todos los días naturales en los que el interesado se encuentre en IT [art. 248.1.c) TRLGSS].

4.1.4. Responsable del abono de la prestación

a) Si deriva de enfermedad común o accidente no laboral:

– De los días 4º al 15º (inclusive) el empresario a su propio cargo.

Si se declara la insolvencia empresarial, el INSS o la Mutua deberán responder subsidiariamente (STS de 9 de mayo de 2016, rec. 3535/2014).

Si en dicho período finalizara el contrato de trabajo, será sujeto responsable de la prestación de IT el INSS o la Mutua.

– Del día 16º en adelante será responsable de la prestación el INSS o la Mutua, pero será el empresario quien efectúe el pago por delegación del sujeto responsable, resarcándose posteriormente de la Entidad Gestora o Mutua, descontando las cantidades satisfechas por IT del importe de las cuotas de cotización de sus trabajadores.

EJEMPLO PRÁCTICO

En el supuesto del que venimos hablando, referido a una base reguladora de 50 euros, la empresa deberá abonar, del 4º al 15º día a razón del 60 por 100, es decir 30 euros por los 12 días, lo que supone un total de 360 euros. A partir del día 16 será responsable el INSS o la Mutua, en la cuantía del 60 por 100 (hasta el día 21 de la baja) o del 75 por 100 a partir de dicho día.

b) Si la IT deriva de contingencia profesional responderá de la prestación el INSS o la Mutua desde el día siguiente a la baja y en la cuantía del 75 por 100.

-
- El subsidio se abonará directamente por la aseguradora en los siguientes casos:
- Entidades excluidas del pago delegado.
 - Empresas de menos de diez trabajadores que lleven más de seis meses pagando a alguno de sus trabajadores la prestación económica de IT.
 - Incumplimiento de la obligación empresarial de efectuar el pago delegado.
 - Prórroga de los efectos de la IT, tras agotar el plazo máximo de 545 días.
 - Período transcurrido desde el alta médica por parte del INSS hasta la notificación de la resolución al interesado (art. 170.2 TRLGSS).
 - Extinción de la relación laboral durante la situación de IT.
 - Continuación de la IT tras extinguir el periodo de prestación por desempleo.

4.1.5. Mejora de la prestación de IT con cargo a la empresa

Es frecuente que por convenio, por acuerdo de empresa, por decisión del empresario de efectos colectivos o por condición más beneficiosa, se establezcan mejoras de la prestación de IT, de cuantía variable y que pueden consistir en cubrir total o parcialmente los tres primeros días de la baja por contingencia común, incrementar el porcentaje del subsidio a partir de la baja o de una fecha determinada, etc.

Los caracteres de las mejoras voluntarias son:

- Se rigen por las disposiciones o acuerdos que las hayan implantado.
- La responsabilidad de su abono es exclusiva de la empresa, sin perjuicio de que dicha responsabilidad se asegure con otra entidad.
- Una vez establecida la mejora no puede ser suprimida unilateralmente por la empresa.
- Las mejoras son exigibles jurídicamente al igual que cualquier otra prestación derivada del contrato de trabajo.
- Los órganos judiciales competentes para conocer en materia de mejoras de la Seguridad Social son los Juzgados de lo Social.
- No cotizan a la Seguridad Social.

4.2. Obligación de cotizar

Procede cotizar durante el período en que el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal, siendo dicha cotización a cargo de empresa y trabajador. La obligación de cotizar se mantiene con cargo a la empresa mientras se encuentre en vigor el contrato de trabajo, durante un plazo máximo de 545 días.

Cuando la situación de IT se origine siendo el trabajador/a perceptor de prestación contributiva por desempleo, corresponderá al Servicio Público de Empleo Estatal cotizar a la Seguridad Social hasta el momento en que finalice el periodo por el que se reconoció inicialmente la prestación contributiva por desempleo.

5. NACIMIENTO, DURACIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN

5.1. Nacimiento

Si la IT deriva de enfermedad común o de accidente no laboral, la prestación se devenga a partir del cuarto día de la baja. Si procede de accidente de trabajo o enfermedad profesional, desde el día siguiente al de la baja en el trabajo.

5.2. Duración y prórroga de la situación de incapacidad temporal

5.2.1. Regla general

La prestación de IT tendrá una duración máxima de 365 días, prorrogable por otros 180 días cuando se presuma que durante ellos el trabajador podría ser dado de alta médica.

Cuando el Servicio Público de Salud expida el último parte médico de confirmación antes de agotarse el plazo de 365 días, hará saber al trabajador que a partir de dicho momento corresponde al INSS el control de su situación, absteniéndose de emitir nuevos partes de confirmación de baja (artículo 1 RD 1430/2009).

Agotado el plazo de 365 días el trabajador será reconocido por el equipo de valoración de incapacidades (EVI), dependiente del INSS (art. 170.2 TRLGSS), que podrá acordar:

- Reconocer de forma expresa la prórroga con el límite de 180 días más.
- Iniciar expediente de incapacidad permanente.
- Emitir el alta médica por curación o por incomparecencia injustificada.

5.2.1.1. Efectos de la prórroga ordinaria de la IT y de la iniciación de expediente de Incapacidad Permanente

Si el INSS acuerda la prórroga de la IT o la iniciación de un expediente de Incapacidad Permanente, la colaboración obligatoria de las empresas en el pago del subsidio por IT cesará el último día del mes en que se dicte la resolución por la que se acuerde alguna de estas medidas, salvo en las corporaciones locales que vinieran abonando la prestación al amparo de la DT quinta del RD 480/1993, de 3 de abril, sobre integración de la MUNPAL en el Régimen General.

5.2.1.2. Efectos de la resolución del INSS emitiendo el alta médica del trabajador

- a) Si el trabajador no se opone al alta ha de incorporarse inmediatamente al trabajo.
- b) En caso de disconformidad con el alta deberá seguir el siguiente procedimiento:
 - La disconformidad ha de manifestarse en el plazo de cuatro días naturales siguientes a la notificación de la resolución en la que se acuerda el alta médica, mediante escrito que habrá de presentarse ante la Inspección Médica del Servicio Público de Salud.

– En el mismo día, o en el siguiente día hábil, el trabajador deberá comunicar a la empresa la presentación del escrito de disconformidad.

5.2.1.3. Tramitación del escrito de disconformidad del trabajador y efectos del mismo

– Si la Inspección muestra su conformidad con la decisión del INSS, o no se pronuncia en forma alguna en el plazo de 11 días naturales, contados desde la notificación del alta al trabajador, adquirirá plena eficacia el alta, y sin perjuicio de que el trabajador decida impugnar judicialmente la misma, deberá incorporarse inmediatamente al trabajo.

Hasta tanto no se reciba contestación de la Inspección Médica, o hayan transcurrido los 11 días naturales citados, el trabajador tendrá derecho a continuar percibiendo el subsidio de IT, sin venir obligado en ese periodo a incorporarse al trabajo.

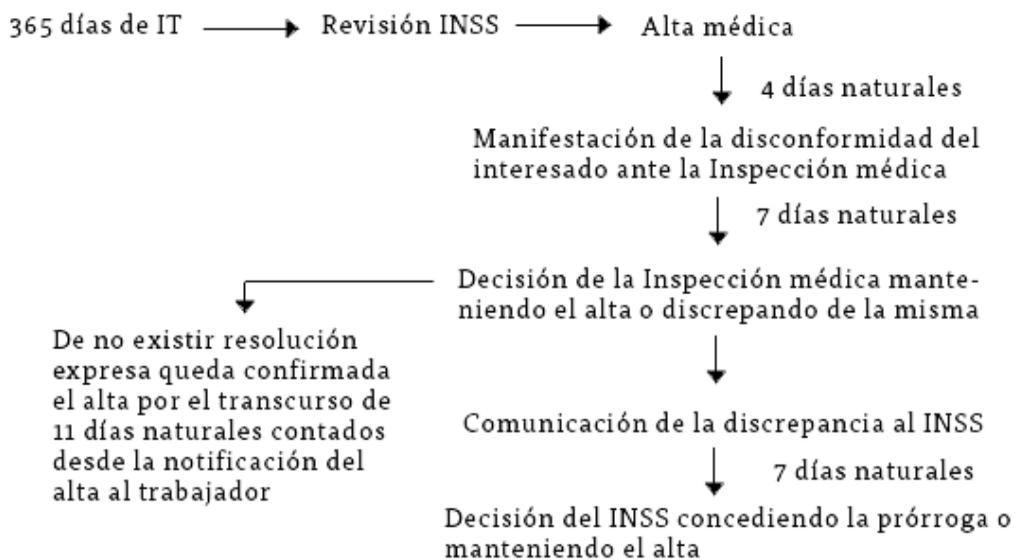
Recibida contestación de la Inspección Médica en la que se manifieste la conformidad con el alta emitida por el INSS, o transcurrido el plazo de los 11 días, la incorporación al trabajo ha de producirse de forma inmediata.

– Si la Inspección Médica estuviera de acuerdo con la reclamación formulada frente al alta otorgada, propondrá al INSS, en el plazo máximo de siete días naturales, que reconsidere su decisión.

El INSS, en los siete días naturales siguientes, deberá decidir si accede a dejar sin efecto el alta, en cuyo caso el trabajador continúa en IT hasta un máximo de 545 días, o si mantiene el alta en cuyo supuesto, tan pronto como le sea comunicada al trabajador, habrá de incorporarse al trabajo sin perjuicio de los recursos que pueda formular.

Durante la tramitación de este procedimiento el trabajador conserva su derecho a cobrar el subsidio por IT y sin obligación de reincorporarse al trabajo.

Un resumen del procedimiento de alta por el INSS sería el siguiente (art. 170.2 TRLGSS):



5.2.1.4. Supuesto de recaída del trabajador en los seis meses siguientes al alta médica, por igual o similar dolencia

Producida el alta médica por el INSS, el trabajador solo podrá ser dado nuevamente de baja, por la misma o similar patología, en los 180 días siguientes, por el citado INSS.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador es dado de alta médica a los doce meses por el INSS, podrá causar nueva baja en los seis meses siguientes, siempre que se trate de una dolencia diferente a aquella de la que fue dado de alta, y en ese caso la baja médica la podrá emitir su médico habitual. Ahora bien, si se trata de la misma enfermedad o dolencia anterior, o de otra similar, en tal supuesto sólo podrá otorgarse la baja por el INSS en los seis meses siguientes.

5.2.2. *Recaídas*

Jurídicamente se entiende por recaída la nueva baja médica por igual o similar dolencia que ya motivó una baja anterior y siempre que no hayan transcurrido 180 días desde el alta de dicho proceso anterior. Pueden darse las siguientes situaciones:

5.2.2.1. Nueva baja laboral en los seis meses siguientes al alta médica por curación, por igual o similar dolencia

En este caso se entiende que se trata del mismo proceso de IT, por lo que el beneficiario reanuda el proceso de baja anterior.

EJEMPLO PRÁCTICO

Un trabajador es dado de alta médica de un proceso de incapacidad temporal iniciado varios meses antes, y transcurridos cuatro meses desde el alta nuevamente es dado de baja por las mismas lesiones, con lo cual no inicia un nuevo proceso de IT, sino que esta última baja médica se considera continuación de la anterior, por lo que si, por ejemplo, antes estuvo de baja 120 días, la nueva baja médica por recaída se inicia con el día 121.

5.2.2.2. Nueva baja en los seis meses siguientes, por igual o similar patología, cuando el trabajador había sido dado de alta médica por agotamiento del plazo máximo de duración de la IT, sin reconocimiento de grado alguno de incapacidad permanente

Como hemos visto anteriormente la duración máxima de la IT, incluida la prórroga ordinaria, es la de 545 días. Pues bien, si se agota este periodo y el trabajador no es declarado en incapacidad permanente, el INSS podría acordar nueva baja por las mismas lesiones, por una sola vez y con carácter excepcional, siempre que se estime que el trabajador puede recuperar su capacidad para el trabajo.

EJEMPLO PRÁCTICO

Agotado el periodo de 545 días naturales en situación de IT, el INSS procede a dar de alta al trabajador y si en los seis meses siguientes presenta una recaída por las mismas lesiones, solo podría darle nuevamente la baja el INSS, nunca el médico del Servicio Público de Salud, y solo para el caso de que se considere que el trabajador durante esa nueva baja puede recuperar su capacidad laboral.

5.2.2.3. Nueva baja médica en los 180 días siguientes al alta de un proceso anterior de IT y por distintas dolencias

En tal caso no procede hablar de recaída sino del inicio de un nuevo proceso de incapacidad temporal, con derecho a la correspondiente prestación económica, con la particularidad de que esta nueva baja sí puede acordarla el facultativo del Servicio Público de Salud, y ello aunque el alta del proceso anterior la hubiera dado el INSS, bien sea por curación o por agotamiento del plazo máximo de duración de la IT (SSTS 15 de octubre de 2013, rec. 3162/2012 o 7 de febrero de 2012, rec. 1456/2011).

EJEMPLO PRÁCTICO

Un trabajador es dado de alta de un proceso de asma, habiendo permanecido en IT durante nueve meses. Dos meses después es dado nuevamente de baja médica por artrosis de rodilla. Aquí no puede hablarse de recaída ya que aunque la baja se ha producido dentro de los seis meses siguientes al alta médica anterior, se trata de lesiones distintas que nada tienen que ver con la baja precedente, por lo que el trabajador inicia un nuevo proceso de IT y la baja médica puede tramitarla el médico de familia, incluso en el supuesto de que se hubiera producido un alta médica del proceso anterior dada por la Inspección de Servicios Sanitarios o por el INSS.

5.2.2.4. Declaración de incapacidad permanente y nueva baja por las mismas lesiones que dieron lugar a la declaración de incapacidad

Si el trabajador ha sido declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual y posteriormente es dado nuevamente de baja médica por las mismas dolencias que dieron lugar al reconocimiento de la incapacidad, para tener derecho al subsidio económico de IT es necesario que nuevamente haya cotizado a la Seguridad Social 180 días con posterioridad a la resolución administrativa que reconoció el derecho a la pensión de incapacidad (artículo 174.3 TRLGSS).

EJEMPLO PRÁCTICO

A un trabajador se le reconoce la situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, siendo la causa de dicha declaración la

existencia de una lumboartrosis en grado avanzado. Varios meses después y cuando está trabajando en otra empresa sufre un nuevo cuadro agudo de la misma enfermedad que le impide la prestación efectiva de servicios. En este caso para que el trabajador pueda tener derecho a prestaciones económicas de IT será necesario que, como mínimo, haya cotizado 180 días con posterioridad a la declaración de incapacidad permanente, ya que en este supuesto no se pueden tener en cuenta las cotizaciones de los últimos cinco años.

5.2.2.5. Declaración de incapacidad permanente y nueva baja laboral por lesiones distintas a aquellas que permitieron el reconocimiento de la incapacidad permanente

Si el trabajador ha sido declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, con derecho al percibo de la pensión correspondiente, y varios meses después es objeto de baja médica por lesiones distintas de aquellas que motivaron la declaración de incapacidad permanente, no habrá problema alguno en reconocer el derecho al subsidio por IT aun cuando no haya llegado a cotizar 180 días con posterioridad a la declaración de incapacidad, ya que en este caso sí pueden tomarse en consideración las cotizaciones realizadas a lo largo de los últimos cinco años.

EJEMPLO PRÁCTICO

En el supuesto anterior en el que el trabajador es declarado en situación de incapacidad permanente por padecer lumboartrosis en grado avanzado, si dicho trabajador inicia una nueva actividad y sufre a los tres meses un infarto no relacionado con el trabajo, tendrá derecho a percibir el subsidio de IT derivado de este último proceso de baja médica, que será plenamente compatible con la pensión de incapacidad permanente y ello aunque no haya llegado a cotizar 180 días con posterioridad al reconocimiento de su pensión, toda vez que en este caso no se trata de recaída en las mismas lesiones sino de otras lesiones distintas, pudiendo tomarse en consideración las cotizaciones realizadas en los cinco años anteriores.

5.2.2.6. Aparición de lesiones distintas a las que han motivado la baja médica, que justifican la permanencia en incapacidad temporal

Si durante una baja médica apareciera otra dolencia que justificara permanecer en la situación de IT, comenzará a computarse un nuevo periodo de 365 días desde la aparición de la nueva lesión, procediendo en tal supuesto el alta del proceso anterior, con independencia de su duración, y la baja a continuación por las nuevas lesiones.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador se encuentra en situación de IT derivada de enfermedad común, siendo la causa de la baja el tratamiento de un proceso alérgico, y durante esa baja laboral sufre un ictus cerebral, procederá tramitar nueva baja coincidente con la fecha del ictus y darle de alta del anterior proceso, iniciando un nuevo periodo de 365 días de duración máxima de la IT con esa nueva baja, con independencia del tiempo que hubiera permanecido en situación de baja médica derivada del primer proceso.

5.2.2.7. Nueva baja médica, por las mismas lesiones, una vez transcurridos 180 días desde el alta anterior

En este caso no puede hablarse de recaída en sentido estricto, de manera que aunque la nueva baja médica derive de las mismas lesiones se iniciará un nuevo proceso de IT siendo responsable del abono del subsidio la entidad que cubra el riesgo común o profesional en el momento en que se produce esa baja posterior (SSTS 17 de marzo de 2015, rec. 1477/2014 o 27 de diciembre de 2011, rec. 3358/2010).

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador/a sufre un accidente de trabajo del que es dado de alta médica y transcurridos siete meses es objeto de una nueva baja derivada de las mismas lesiones, en este caso esta última baja no tiene la consideración de recaída, por lo que se inicia un nuevo proceso de incapacidad temporal. En el supuesto de que se hubiera producido un cambio de mutua aseguradora entre la fecha del accidente y la de la segunda baja médica, la responsabilidad del pago del subsidio de incapacidad temporal de la nueva baja médica corresponderá a la Mutua que en ese momento cubra los riesgos de las contingencias profesionales.

5.2.3. Duración de la incapacidad temporal derivada de periodos de observación por enfermedad profesional

En estos casos la prestación tendrá una duración de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad.

5.3. Baja por recaída tras el alta médica otorgada por el Servicio Público de Salud

Si la nueva baja es consecuencia de una recaída de la misma enfermedad o del accidente que hubiera motivado una baja anterior, se computará un nuevo periodo íntegro de IT, siempre que la recaída se produzca una vez transcurridos seis meses desde la fecha del alta anterior. Por el contrario, si la recaída se produce en el plazo de 180 días, se tendrán en cuenta, para el cómputo de la duración de la IT, el periodo de baja anterior.

EJEMPLO PRÁCTICO

Una trabajadora permanece en IT ocho meses. Cuatro meses después sufre una recaída y como no han transcurrido seis meses desde el alta, se considera que esta baja forma parte del mismo proceso y por tanto continúa con el anterior cómputo de IT, del que ya llevaba agotados ocho meses.

Si se ha extinguido el derecho a la prestación de incapacidad temporal por el transcurso del plazo de 545 días naturales de duración, con o sin declaración de incapacidad permanente, solo podrá generarse derecho a la prestación económica de incapacidad temporal por la misma o similar patología si media un periodo superior a 180 días naturales, a contar desde la resolución de la incapacidad permanente.

Si no hubieran transcurrido los 180 días naturales desde la denegación de la incapacidad permanente, podrá iniciarse un nuevo proceso de incapacidad temporal por la misma o similar patología, por una sola vez, cuando el INSS considere que el trabajador puede recuperar su capacidad laboral, en cuyo caso la Entidad Gestora acordará la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal.

5.4. Prórroga extraordinaria de la situación de IT (art. 174.2 TRLGSS)

Una vez transcurrida la duración máxima de 545 días (18 meses), procederá su examen por el INSS en el plazo máximo de tres meses a efectos de su calificación en el grado de incapacidad que corresponda. Cuando continúe la necesidad de tratamiento médico, por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, podrá demorarse la calificación por el período preciso, que en ningún caso podrá rebasar los 730 días siguientes a la fecha en que se inició la incapacidad temporal (art. 174.2 TRLGSS). En el caso de otorgarse esta prórroga no existirá obligación por parte de la empresa de cotizar a la Seguridad Social.

5.5. Extinción

La prestación de IT se extinguirá por los siguientes motivos (art. 174.1 TRLGSS):

- Por el transcurso del plazo máximo de 545 días naturales desde la baja médica, sin perjuicio de que pueda prorrogarse esta situación, con carácter extraordinario y hasta un máximo de 730 días, cuando exista posibilidad de recuperación.
- Por alta médica por curación o mejoría que permita realizar el trabajo habitual.
- Por ser dado de alta al trabajador con o sin declaración de incapacidad permanente. En este caso si hubiera existido propuesta de incapacidad permanente el trabajador estará en situación de prolongación de efectos económicos de la incapacidad temporal hasta que se califique la incapacidad permanente (art. 174.5 TRLGSS).
- Por reconocimiento de la pensión de jubilación.
- Por la incomparecencia injustificada para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al INSS o a la Mutua (SSTS 22 de enero de 2016, rec.

3039/2014 y 31 de enero de 2013, rec. 2780/2012, entre otras), salvo que exista justificación suficiente de la incomparecencia (SSTSJ La Rioja de 15 de octubre de 2015, rec. 285/2015 o Madrid de 11 de septiembre de 2014, rec. 2023/2013).

– Por fallecimiento del beneficiario.

5.6. Denegación, anulación o suspensión del derecho a la prestación

La IT podrá ser denegada o anulada en los siguientes supuestos (art. 175.1 TRLGSS):

– IT derivada de una intervención que no guarda relación alguna con un accidente, una enfermedad o una malformación congénita, como sería el caso de una intervención por motivos estéticos (STS 21 de febrero de 2012, rec. 769/2011).

– Cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación (SSTSJ Cataluña de 12 de abril de 2016, rec. 774/2016 y 8 de abril de 2016, rec. 767/2016 o Andalucía/Granada de 4 de abril de 2013, rec. 370/2013).

– Cuando se trabaje por cuenta propia o ajena, sin que pueda considerarse trabajo la realización de actividades extralaborales compatibles con la situación médica del beneficiario (STSJ País Vasco de 25 de septiembre de 2012, rec. 1949/2012).

La incomparecencia del beneficiario a cualquiera de las convocatorias realizadas por los médicos adscritos al INSS o a las Mutuas para examen y reconocimiento médico producirá la suspensión cautelar del derecho, al objeto de comprobar si la incomparecencia fue o no justificada, estando prevista la regulación reglamentaria del proceso de suspensión del derecho y sus efectos (art. 175.3 TRLGSS).

También podrá ser suspendido el subsidio cuando, el beneficiario rechace o abandone el tratamiento prescrito (STSJ Galicia de 9 de abril de 2015, rec. 473/2013).

6. COMPETENCIA EN MATERIA DE CONTROL DE LA IT

6.1. Control de la IT durante los primeros 365 días de baja

En esta materia se han producido modificaciones importantes introducidas por el RD 625/2014, de 18 de julio y la Orden ESS/1187/2015, de 15 de junio.

6.1.1. Ámbito de aplicación del RD 625/2014

Es aplicable a todas las situaciones de IT, con independencia de la contingencia determinante (común o profesional) y a todos los regímenes de Seguridad Social, excepto Clases Pasivas, Fuerzas Armadas y Personal funcionario de la Administración de Justicia.

6.1.2. Modalidades de los partes de baja, alta y confirmación

De los partes de baja ha de darse traslado al INSS dentro del día siguiente a su expedición y en función de la duración prevista de la baja se establecen las siguientes reglas:

Duración prevista de la IT	Primera revisión	Confirmación de la baja
Inferior a 5 días	Máximo 3 días	
Entre 5 y 30 días	Máximo 7 días	A los 14 días
Entre 31 y 60 días	Máximo 7 días	A los 28 días
Más de 61 días	Máximo 14 días	A los 35 días

Cuando la baja tenga una duración prevista inferior a 5 días, se expedirá simultáneamente el parte de baja y el de alta.

6.1.3. Determinación del origen de la contingencia causante de la IT

Cuando se estime que la baja emitida corresponde a una contingencia distinta se seguirá el procedimiento del artículo 6 RD 1430/2009, de 11 de septiembre, en la redacción dada por la Disposición final tercera del RD 625/2014.

Si la Mutua considerara que la baja emitida por contingencia profesional tiene su origen en enfermedad común o accidente no laboral remitirá al trabajador al Servicio Público de Salud para su tratamiento, acompañando informe médico explicativo. Si el facultativo del Servicio Público de Salud emite parte de baja, podrá formular, en su caso, su discrepancia y en tal supuesto, sin perjuicio de que la baja surta sus efectos, se seguirá el procedimiento sobre determinación del origen de la contingencia. En cualquier caso el trabajador podrá instar en cualquier momento el procedimiento, al margen de que exista o no discrepancia del facultativo del Servicio Público de Salud.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador inicia un proceso de IT derivada de accidente de trabajo y posteriormente la Mutua considera que las lesiones derivan de enfermedad común, procederá a cursar el alta del trabajador, remitiéndole al Servicio de Salud con informe médico explicativo. El facultativo del Servicio de Salud en el caso de dar la baja por contingencia común podrá expresar su discrepancia con la Mutua, y en tal caso se seguirá ante el INSS el procedimiento sobre determinación del origen de la contingencia.

6.1.4. Informes complementarios y de control

Los informes complementarios están previstos para las situaciones de baja con duración superior a los 30 días y se emiten con el segundo parte de confirmación, actualizándose cada dos nuevos partes, indicando las dolencias, tratamiento, pruebas médicas realizadas e incidencia en la capacidad laboral del trabajador.

Los informes de control se emiten por la Inspección Médica o por el médico de atención primaria bajo la supervisión de la inspección, efectuándose trimestralmente.

6.1.5. Partes médicos de alta

En contingencias comunes los emite el facultativo del Servicio Público de Salud, estando también autorizados para emitir las altas la Inspección Médica y el INSS. Producirán sus efectos al día siguiente y existe obligación de reincorporación inmediata al trabajo.

En contingencias profesionales el alta la expedirá el médico de la Mutua, cuando tuviera a su cargo la gestión de tales prestaciones.

6.1.6. Propuestas de alta médica formuladas por las Mutuas en procesos de IT derivados de contingencia común

Cuando la Mutua considere que el trabajador no está impedido para trabajar podrá formular propuesta de alta a la Inspección Médica, entregando copia al trabajador. Si la Mutua no recibe contestación de la Inspección en los cinco días siguientes, podrá solicitar el alta al INSS, que resolverá en cuatro días.

6.1.7. Efectos de la expedición del parte médico de alta por el INSS

Durante los 180 días siguientes al alta el INSS será la única entidad competente para expedir nueva baja por la misma o similar patología.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si el INSS ha dado un alta, durante los 180 días siguientes el facultativo de atención primaria no podrá dar una nueva baja por la misma o similar patología, aunque sí podrá hacerlo por patología diferente que no tenga relación con las dolencias respecto de las cuales el INSS tramitó el alta.

6.1.8. Impugnación del alta médica por el trabajador

El RD 1430/2009, de 11 de septiembre, regula dos procedimientos de impugnación de las altas médicas. Uno se refiere al procedimiento administrativo de disconformidad con el alta médica emitida por las Entidades Gestoras al agotarse los 365 días de duración de la IT, procedimiento al que nos hemos referido anteriormente en el epígrafe 5.2.1.3, al que nos remitimos. El segundo procedimiento es el de revisión de las altas médicas expedidas por las Mutuas y empresas colaboradoras en procesos de IT derivados de contingencias profesionales, que sí ha sido objeto de modificaciones y a cuya modalidad de impugnación nos referimos en el epígrafe nueve de este mismo capítulo.

6.1.9. Requerimientos a trabajadores para reconocimientos médicos

El INSS podrá disponer el reconocimiento médico de los trabajadores en situación de IT e igual facultad corresponderá a las Mutuas cuando tengan a su cargo la gestión de la prestación económica derivada de contingencias comunes.

La citación habrá de comunicarse al trabajador con una antelación mínima de cuatro días hábiles, haciéndole saber que si no se persona se suspenderá la prestación y si la falta de personación no se justifica en los 10 días siguientes se extinguirá el subsidio.

6.2. Control de la IT a partir de los 365 días de baja

El INSS y el Instituto Social de la Marina son los únicos competentes, en sus respectivos ámbitos, para:

- Reconocer la situación de prórroga expresa de la situación de IT.
- Dar el alta médica con propuesta de declaración de incapacidad permanente.
- Emitir el alta médica por curación.
- Emitir nueva baja médica cuando se produzca en el plazo de 180 días posteriores al alta médica, por la misma o similar patología.

7. EFECTOS DE LA SITUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL

7.1. En relación con el contrato de trabajo

La situación de incapacidad temporal suspende el contrato de trabajo conforme al art. 45 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que se exonera al trabajador de prestar servicios y al empresario de remunerar el trabajo.

7.2. En relación con la Seguridad Social

Durante la situación de IT subsiste la obligación de cotizar a la Seguridad Social, salvo que se extinga el contrato de trabajo por cualquier causa y ello en tanto no se agote el plazo máximo de 545 días de duración.

8. INCAPACIDAD TEMPORAL-DESEMPLEO (ART. 283 TRLGSS)

8.1. Extinción del contrato de trabajo en situación de incapacidad temporal

En este caso los efectos son diferentes en función de que la situación de baja del trabajador derive de contingencias comunes o de contingencias profesionales.

En el primer caso el trabajador continua percibiendo la prestación por incapacidad temporal, que le será abonada por el INSS o por la Mutua, según proceda, si bien la cuantía del subsidio será igual a la de la prestación por desempleo, de forma que durante los seis primeros meses, contados a partir del momento de la extinción del contrato, el porcentaje sobre la base reguladora será del 70 por 100 y a partir de los seis meses del 50 por 100, con los límites establecidos para la cuantía máxima de la prestación por desempleo, en función de la situación familiar del trabajador y la base reguladora de la prestación sobre la que se aplica el porcentaje anterior ya no será la correspondiente

al mes anterior al inicio de la incapacidad temporal, sino que dicha base será la que corresponde a la prestación por desempleo, es decir, la del promedio de los 180 días anteriores a la fecha de la extinción del contrato.

EJEMPLO PRÁCTICO

Un trabajador viene vinculado a una Administración pública mediante contrato de interinidad por vacante, que se prolonga ya por un periodo de dos años. Un domingo es atropellado por un vehículo y causa baja por accidente no laboral, siendo la base de cotización en el mes anterior a la baja de 1.000 euros, por lo que viene percibiendo un subsidio mensual por importe de 750 euros, equivalentes al 75 por 100 de la base reguladora.

Con motivo de cubrirse el puesto de trabajo que ocupa interinamente se le comunica el cese, por lo que a partir de dicho momento continúa percibiendo la incapacidad temporal pero en cuantía igual a lo que le correspondería por desempleo, de forma que siendo la base reguladora de la prestación por desempleo la de 33 euros diarios (base de los últimos seis meses, dividida por 180), resultará que el importe del subsidio pasa a ser del 70 por 100 de esta última cantidad. En el supuesto de que permanezca en tal situación más de seis meses pasaría a percibir el 50 por 100 de dicha base reguladora de 33 euros/día.

62

En este caso la duración de la IT tampoco puede exceder de los 545 días, computados desde la fecha de la baja. De producirse el alta por curación el trabajador podrá acceder a la prestación de desempleo si reúne los requisitos exigibles y si expresamente lo solicita, pero en tal supuesto el periodo transcurrido desde la finalización del contrato hasta la fecha del alta se tomará como periodo consumido de prestación por desempleo.

Si en el momento de extinguirse el contrato, el trabajador se encuentra en IT derivada de contingencias profesionales, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal, en cuantía igual a la que tuviera reconocida, hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces, en su caso, a la situación legal de desempleo.

EJEMPLO PRÁCTICO

Retomando el ejemplo anterior, si la situación de IT deriva de accidente de trabajo, continuará percibiendo el subsidio de IT en la misma cuantía que antes de producirse la extinción del contrato y seguirá en esta situación hasta el alta médica.

8.2. Acceso a la situación de IT siendo perceptor de prestación contributiva de desempleo

Cuando la baja médica se produce siendo el trabajador beneficiario de prestación contributiva por desempleo, percibirá el subsidio de IT en cuantía igual a la prestación por desempleo, sin que se amplíe el periodo de la prestación por desempleo.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si el trabajador referido en el ejemplo anterior estuviera percibiendo prestación contributiva por desempleo, siendo la base reguladora de dicha prestación la de 30 euros diarios, en el supuesto de pasar a la situación de IT percibiría el subsidio correspondiente en cuantía igual a la prestación por desempleo, sin que además dicha situación de IT prolongue el desempleo contributivo más allá del periodo que se le hubiera reconocido.

8.3. Mantenimiento de la situación de IT tras agotar el periodo reconocido de prestación contributiva por desempleo

En tal supuesto el trabajador tiene derecho a continuar percibiendo subsidio por incapacidad temporal, si bien procede diferenciar dos situaciones distintas:

– Si la situación de IT constituye recaída de un proceso anterior iniciado durante la vigencia de un contrato de trabajo, percibirá la prestación en igual cuantía que la que tenía reconocida en su condición de perceptor de prestación por desempleo.

– Si la situación de IT no constituye recaída de un proceso anterior, el trabajador seguirá percibiendo el subsidio en cuantía igual al 80 por 100 del IPREM mensual.

9. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE REVISIÓN DE LAS ALTAS MÉDICAS EXPEDIDAS POR LAS MUTUAS EN PROCESOS DERIVADOS DE CONTINGENCIA PROFESIONAL

63

Frente a las altas médicas emitidas por las Mutuas antes del transcurso de los 365 días, en supuestos de contingencia profesional, el interesado podrá iniciar ante el INSS el procedimiento de revisión del alta regulado en el RD 1430/2009, de 11 de septiembre, procediendo diferenciar dos situaciones:

9.1. Alta médica de la Mutua de un proceso de IT derivado de contingencia profesional, durante los 365 primeros días de baja, existiendo disconformidad del trabajador

En este caso el trabajador dispone del plazo de 10 días hábiles para impugnar el alta ante el INSS, debiendo acompañar a la solicitud el historial médico relacionado con su proceso de IT, o copia de solicitud del historial a la Mutua. Asimismo deberá comunicar a la empresa de forma inmediata la impugnación.

La iniciación del procedimiento suspende los efectos del alta médica dada por la Mutua, prorrogándose la IT durante la tramitación del procedimiento administrativo ante el INSS; recayendo resolución por la que o bien dejará sin efecto el alta de la Mutua o confirmará la misma, con la particularidad de que en este último caso se considerará prestación indebida el subsidio por IT desde el alta inicial, con obligación de reintegro de lo percibido por parte del trabajador, con lo cual durante ese periodo carecería de todo tipo de ingresos al no tener derecho al salario y haberse declarado la prestación indebida del subsidio de IT.

EJEMPLO PRÁCTICO

Un trabajador que lleva seis meses en situación de IT derivada de accidente de trabajo es dado de alta por la Mutua y al estar disconforme el trabajador por entender que presenta lesiones incompatibles con el trabajo, impugna el alta ante el INSS, continuando percibiendo prestación de IT durante la tramitación de la impugnación. Si el INSS confirma la decisión de la Mutua el alta pasa a ser definitiva y el trabajador viene obligado a devolver el subsidio de IT percibido desde el alta inicial. Por el contrario, si se estima la impugnación, continuará en situación de IT.

9.2. Alta por la Mutua de un proceso de IT por accidente de trabajo, durante los primeros 365 días en dicha situación, y baja inmediatamente después, como enfermedad común, por el Servicio Público de Salud

En este caso el trabajador deberá acudir al facultativo del Servicio Público de Salud mostrando su disconformidad con el alta de la Mutua. Si este considera que no está en condiciones de reincorporarse al trabajo emitirá parte médico de baja por enfermedad común, comunicando tal situación al INSS por vía electrónica e informando al trabajador de que puede impugnar el alta médica de la Mutua en el plazo de 10 días hábiles y mediante el procedimiento a que se ha hecho referencia en el apartado anterior.

A partir de esta nueva baja el trabajador comenzará a percibir prestación de IT derivada de enfermedad común, pudiéndose iniciar el procedimiento administrativo sobre determinación del origen de la baja, con la finalidad de precisar si la misma deriva de contingencia profesional o tiene el carácter de enfermedad común.

Este procedimiento resulta más recomendable que el descrito anteriormente, ya que aquí no puede existir pago indebido de prestación, de manera que el trabajador mientras permanezca amparado por la baja emitida por el médico de familia tendrá derecho al subsidio, sin que en ningún caso pueda existir obligación alguna de reintegro.

CONCEPTOS BÁSICOS A RECORDAR

- Para causar derecho a la prestación por incapacidad temporal el trabajador ha de estar en situación de alta o asimilada al alta.
- A efectos del percibo del subsidio de incapacidad temporal se entenderá que el trabajador se encuentra en alta presunta cuando la situación de incapacidad derive de contingencia profesional y ello aunque el empresario haya incumplido sus obligaciones en materia de afiliación o alta.
- El periodo de cotización exigido con carácter general es el de 180 días en los cinco años anteriores al hecho causante, siempre que la situación de IT derive de enfermedad común, ya que tratándose de contingencia profesional o de accidente no laboral en situación de alta no se exige periodo alguno de cotización.

- Si se trata de un trabajador a tiempo parcial la cotización exigible en los supuestos de IT que deriven de enfermedad común es el resultado de aplicar el coeficiente global de parcialidad a los 180 días exigidos con carácter general.

- El coeficiente global de parcialidad, **a efectos de la prestación de IT**, se obtiene dividiendo el número de días teóricos de cotización a tiempo parcial de los últimos cinco años anteriores al hecho causante por el número de días de alta en dicho periodo.

- La cuantía del subsidio de IT derivado de **contingencia** común asciende al 60 por 100 de la base reguladora durante los días 4 a 20 siguientes a la baja y al 75 por 100 a partir del día 21 y mientras persista dicha situación. **Si deriva de contingencia profesional su importe es el 75 por cien de la base reguladora y desde el día siguiente a la baja.**

- Las prestaciones de IT pueden ser objeto de mejora voluntaria por convenio colectivo o acuerdo entre las partes.

- La duración máxima de la incapacidad temporal es la de 365 días prorrogables de forma expresa por otros 180 días más.

- Agotado el plazo de duración máxima, incluida la prórroga, de 545 días, la situación de IT puede ser objeto de otra prórroga hasta una máximo de 180 días, solo si se presume la posibilidad de recuperación del trabajador en ese periodo.

- Si el trabajador extingue un contrato de trabajo hallándose en situación de IT pasará a IT-desempleo, percibiendo el subsidio por incapacidad temporal en cuantía equivalente a la prestación por desempleo.

3 PRESTACIONES POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO, RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL, MATERNIDAD, PATERNIDAD Y CUIDADO DE MENORES AFECTADOS POR CÁNCER O ENFERMEDAD GRAVE

1. NORMATIVA REGULADORA

1.1. Prestación por riesgo durante el embarazo

- Arts. 186 y 187 TRLGSS.
- Arts. 45.1.d) y 48.5 ET.
- Art. 26 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL).
- Ley 39/1999, de 5 de noviembre, sobre conciliación de la vida familiar y laboral.
- RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de maternidad, paternidad, riesgos durante el embarazo y lactancia.

1.2. Prestación por riesgo durante la lactancia natural

- Arts. 188 y 189 TRLGSS.
- Arts. 45.1.d) y 48. 5 ET.
- Art. 26 Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.
- RD 295/2009, de 6 de marzo.

1.3. Prestación por maternidad

- Arts. 177 a 182 TRLGSS.
- Arts. 45.1.d) y 48.4 ET.
- Ley 4/1995 de 23 de marzo, reguladora del permiso parental y por maternidad en materia de excedencia para el cuidado de los hijos.
- Ley 39/1999, de 5 de noviembre, sobre conciliación de la vida familiar y laboral.
- RD 295/2009, de 6 de marzo.

1.4. Prestación por paternidad

- Arts. 183 a 185 TRLGSS.
- Arts. 45.1.d) ET y 48.7 ET.
- RD 295/2009, de 6 de marzo.
- Ley 9/2009, de 6 de octubre, sobre ampliación del permiso de paternidad.

1.5. Prestación por cuidado de menores afectados por cáncer o enfermedad grave

- Art. 38.1.c) ET.
- Arts. 190 a 192 TRLGSS.
- RD 1148/2011, de 29 de julio, sobre aplicación y desarrollo de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer o enfermedad grave, **cuyo anexo ha sido objeto de modificación por la Orden TMS/103/2019, de 6 de febrero.**

2. PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO

La LPRL establece que cuando la evaluación de riesgos revele la existencia de riesgo para las mujeres embarazadas, el empresario adaptará las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora (art. 26.2 y 3 LPRL), sin que el cambio de puesto de trabajo, por adaptación, pueda suponer disminución retributiva (STS 24 de enero de 2017, rec. 1902/2015, para un supuesto de rebaja salarial por no realización de guardias médicas, que se considera contraria al derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo).

Cuando la adaptación no sea posible o persista el riesgo, se establece la posibilidad de cambiar de puesto de trabajo o de funciones, pudiendo ser destinada la trabajadora a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría profesional, conservando el derecho a la retribución de origen. Si el cambio no es posible, puede declararse la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo [art. 45.1.d) ET].

68

2.1. Situación protegida

Se considera situación protegida la de la trabajadora embarazada, durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo, en los supuestos en que debiendo esta cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, dicho cambio no resulta técnica u objetivamente posible, o no puede razonablemente exigirse por motivos justificados (art. 186 TRLGSS y art. 31 RD 295/2009, de 6 de marzo).

Esta prestación se viene reconociendo de forma bastante restrictiva y, a título de ejemplo, ha sido admitida en las siguientes situaciones:

- Dependienta que durante su jornada de trabajo ha de permanecer en situación de bipedestación o deambulación prolongada (STS 10 de diciembre de 2018, rec. 2654/2016).
- Psicóloga en un centro de mujeres víctimas de violencia de género (STSJ Castilla-La Mancha de 9 de abril de 2018, rec. 489/2017).
- Ayudanta de charcutería (STSJ Madrid de 20 de octubre de 2017, rec. 693/2017).
- Operaria expuesta a agentes cancerígenos (STSJ Navarra de 5 de mayo de 2016, rec. 107/2016).
- ATS que presta servicios en un centro de atención a personas con discapacidad (STSJ Galicia de 2 de mayo de 2012, rec. 3206/2011).
- Operaria de limpieza viaria (STSJ Cataluña de 8 de marzo de 2011, rec. 958/2010).

Por el contrario se ha denegado la prestación por inexistencia de riesgo específico relacionado con las condiciones de trabajo en los siguientes casos:

- Trabajadora encargada de las ventas en una gasolinera, que puntualmente realiza trabajos de expedición de combustible (STSJ Andalucía/Málaga de 28 de junio de 2017, rec. 500/2017).
- Conduccionista de autobús urbano (STSJ País Vasco de 11 de julio de 2017, rec. 1452/2017).
- Técnica especialista de radiodiagnóstico (SSTSJ La Rioja de 28 de abril de 2016, rec. 81/2016 y País Vasco de 11 de marzo de 2014, rec. 336/2014).
- Educadora en centro de acogida de menores (STSJ Navarra de 18 de octubre de 2012, rec. 318/2012).

2.2. Requisitos de acceso a la prestación

Son beneficiarias de la prestación las trabajadoras por cuenta ajena en las que concurren las siguientes circunstancias:

- Estar en situación de alta.
- Tener suspendido el contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo.

Dado que el tratamiento jurídico de la prestación es el propio de una contingencia profesional, no se exige periodo alguno de cotización para acceder a la misma.

2.3. Contenido de la prestación

2.3.1. Prestación económica

Consiste en un subsidio del 100 por 100 de la base reguladora, que es la misma que la establecida para la prestación de IT derivada de contingencias profesionales (art. 187 TRLGSS).

Para el cálculo de la prestación ha de acudir a la base de cotización por contingencias profesionales del mes anterior a la fecha en que se inicia la suspensión.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si la base de cotización por contingencias profesionales en el mes anterior a la fecha en que se inicia la suspensión del contrato es de 1.000 euros, resultará que el importe de la prestación asciende a 1.000 euros, equivalentes al 100 por 100 de la citada base reguladora.

En las situaciones de pluriempleo, si la suspensión del contrato se produce en los distintos trabajos que realice simultáneamente la trabajadora, para determinar la base reguladora del subsidio procederá computar las cotizaciones realizadas en las distintas empresas, teniendo en cuenta el tope máximo establecido a efectos de cotización.

Cuando la suspensión del contrato no se produce en todos los trabajos, la base reguladora del subsidio será la correspondiente a la base de cotización por contingencias profesionales del mes anterior, en la empresa en que se produzca la suspensión.

En las situaciones de pluriactividad, si la situación de riesgo durante el embarazo afecta a todas las actividades desempeñadas, se tendrá derecho al subsidio en cada uno de los regímenes, siempre que se reúnan los requisitos exigidos de manera independiente en cada uno de ellos. Si la situación de riesgo no afecta a la totalidad de actividades, únicamente se tendrá derecho al subsidio en el régimen en que estén incluidas las actividades en las que exista dicho riesgo.

Para las trabajadoras contratadas a tiempo parcial en la determinación de la base reguladora del subsidio habrá de estarse a la normativa del subsidio por IT para trabajadores a tiempo parcial, examinada en el capítulo anterior.

2.3.2. Obligación de cotizar

Durante la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo subsiste la obligación de cotizar (art. 144.4 TRLGSS).

En los casos en que no se suspenda el contrato pero se produzca un cambio de puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora, la aportación empresarial a la Seguridad Social se reducirá en un 50 por 100 por contingencias comunes.

70

2.4. Nacimiento, duración y extinción del derecho

El derecho al subsidio nace el mismo día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo y finalizará el día anterior a aquél en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o el de reincorporación a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado. Asimismo se extinguirá el derecho por **finalización** del contrato de trabajo y por fallecimiento de la beneficiaria (art. 35 RD 295/2009), habiendo declarado el TS que no procede extinguir la prestación por el cese de actividad de la empresa al no tratarse de una causa legalmente prevista (STS 10 de diciembre de 2014, rec. 3152/2013).

2.5. Denegación, anulación y suspensión del derecho

El derecho al subsidio podrá ser denegado, anulado o suspendido cuando la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente (**STSJ Andalucía/Sevilla de 8 de marzo de 2017, rec. 986/2016**) para obtener o conservar el subsidio y también cuando realice cualquier trabajo o actividad, iniciados con posterioridad a la suspensión del contrato, que resulten incompatibles con su estado (art. 36 RD 295/2009).

Por tanto, la trabajadora puede compatibilizar la percepción del subsidio con otro trabajo que inicie con posterioridad al comienzo de la suspensión, siempre que el nuevo trabajo no resulte perjudicial con su situación de embarazo.

2.6. Procedimiento para el reconocimiento del derecho

Se inicia a instancia de la trabajadora y mediante solicitud dirigida al INSS o a la Mutua, en la que deberá constar la fecha de suspensión del contrato de trabajo, los datos relativos a la actividad de la trabajadora, su categoría profesional y funciones que venía realizando, describiendo detalladamente el trabajo concreto que tenía atribuido y el riesgo específico que dicho trabajo representa para el embarazo (art. 39 RD 295/2009).

Con la solicitud deberán acompañarse los informes médicos del Servicio Público de Salud y los informes de los servicios médicos del INSS o de la Mutua, en los que se acredite la situación de embarazo y que las condiciones del puesto desarrollado por la trabajadora **pueden influir** negativamente en su salud o en la del feto. Asimismo deberá adjuntarse declaración de la empresa sobre la inexistencia de puestos de trabajo compatibles con el estado de la trabajadora.

2.7. Gestión de la prestación económica

El responsable de la prestación será el INSS o la Mutua, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas (art. 187.4 TRLGSS y art. 38 RD 295/2009).

3. PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL

La Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece que cuando la evaluación de riesgos realizada en la empresa revele la existencia de riesgo para las mujeres o el hijo/a durante el periodo de lactancia natural, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición al mismo, adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora afectada (art. 26.4 LPRL y art. 49 RD 295/2009).

Si la adaptación no es posible o, a pesar de la misma, persiste el riesgo, se establece la posibilidad de cambio de puesto de trabajo o de funciones, pudiendo incluso ser destinada la trabajadora a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría profesional, conservando en tal caso el derecho a la retribución de su puesto de origen.

Si el cambio de puesto no resulta técnica u objetivamente posible, puede acordarse la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural [art. 45.1.d) ET].

3.1. Situación protegida

Se considera situación protegida la de la trabajadora que ha dado a luz y se encuentra en periodo de lactancia natural, en los supuestos en que debiendo cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, dicho cambio no resulta técnica u objetivamente posible, o no puede razonablemente exigirse por motivos justificados (art. 188 TRLGSS y 49 RD 295/2009).

Cuando los riesgos que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del hijo no estén relacionados con las condiciones de trabajo del puesto desempeñado, tal situación no se considera situación protegida a estos efectos.

Con carácter general los tribunales han aplicado muy restrictivamente la posibilidad de suspender el contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural y así se deniega el derecho en los siguientes supuestos:

- Vigilante de seguridad (STSJ País Vasco de 31 de enero de 2017, rec. 2579/2016).
- Trabajadora social en centro de rehabilitación de personas con enfermedad mental (STSJ Madrid de 19 de diciembre de 2016, rec. 858/2016).
- Educadora de centro de enseñanza de menores, por falta de prueba de la existencia de riesgos específicos (STS 13 de mayo de 2015, rec. 3114/2013).
- ATS/DUE en servicio de urgencias (SSTS 28 de octubre de 2014, rec. 2542/2013; 7 de abril de 2014, rec. 1724/2013 y 21 de marzo de 2013, rec. 1563/2012).
- ATS/DUE en servicio de neonatología (STS 24 de octubre de 2013, rec. 2488/2012).
- Camillera de una Mutua (STS 23 de enero de 2012, rec. 1706/2011).
- Médica pediatra de centro de salud (STS 21 de septiembre de 2011, rec. 2342/2010).
- Farmacéutica de hospital (STS 3 de mayo de 2011, rec. 2707/2010).

Frente al anterior criterio se ha mantenido la posibilidad de suspender el contrato de trabajo en los siguientes casos:

- **Enfermera de transporte sanitario con turnos de 12 horas (STS 11 de julio de 2018, rec. 396/2017).**
- ATS-DUE que trabaja en el servicio de urgencias del 112, realizando sus funciones dentro de Unidad de Asistencia Domiciliaria Rural (STS 26 de junio de 2018, rec. 1398/2018 y SSTSJ de Madrid de 29 de junio de 2018, rec. 864/2017 y Baleares de 9 de mayo de 2018, rec. 210/2017).
- Enfermera de urgencias hospitalarias, al haberse aportado prueba eficaz sobre la existencia de riesgos específicos y la imposibilidad de cambios o adaptación del puesto de trabajo (STS 3 de abril de 2018, rec. 762/2017).
- Personal tripulante de cabina de pasajeros, sobre la base de considerar que los cambios de turnos, horarios de viaje, etc. pueden suponer un riesgo para la mujer lactante, justificando en estos casos la suspensión del contrato (SSTS 22 de noviembre de 2012, rec. 1298/2011; 21 de junio de 2012, rec. 2361/2011 y 24 de abril de 2012, rec. 818/2011).
- **Veterinaria adscrita a la toma de muestras de animales para la detección de brucelosis y tuberculosis (STSJ Castilla y León/Valladolid de 7 de marzo de 2018, rec. 2245/2017).**
- **ATS/DUE en servicio de urgencias hospitalarias para trabajo a turnos (STSJ Galicia de 8 de noviembre de 2017, rec. 1052/2014).**
- Técnica en prevención de riesgos laborales por la exposición a radiaciones (STSJ Galicia de 17 de febrero de 2017, rec. 2438/2016).

- Operaria de producción expuesta a agentes cancerígenos (STSJ Navarra de 5 de mayo de 2016, rec. 107/2016).

- Conductora de camión de recogida de basuras con horario nocturno y continuado (STSJ Cantabria de 12 de enero de 2016, rec. 715/2015).

3.2. Requisitos de acceso a la prestación

Son beneficiarias las trabajadoras por cuenta ajena que se encuentren en alta y tengan suspendido el contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural.

No se va a exigir acreditar periodo previo de cotización, al tratarse de una prestación a la que se otorga la condición de contingencia profesional.

3.3. Contenido de la prestación

3.3.1. Prestación económica

Consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente, la cual será la establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, tomando como referencia la fecha en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo (art. 189 TRLGSS).

3.3.2. Obligación de cotizar

Durante la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural subsiste la obligación de cotizar (art. 144.4 TRLGSS).

3.4. Nacimiento, duración y extinción del derecho

El subsidio nace el día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo y se extinguirá en el momento en que el hijo cumpla nueve meses, salvo que la trabajadora se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo o a otro compatible con su situación, y también se extinguirá en los supuestos de extinción del contrato de trabajo, interrupción de la lactancia natural y fallecimiento de la beneficiaria o del hijo lactante.

3.5. Procedimiento para el reconocimiento del derecho

El procedimiento se inicia a instancia de la trabajadora y mediante solicitud dirigida al INSS o a la Mutua correspondiente.

3.6. Gestión de la prestación económica

El responsable de la prestación será el INSS o la Mutua, según los casos, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas.

4. PRESTACIÓN POR MATERNIDAD

4.1. Situación protegida

Se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple, siempre que en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el art. 48.4, 5 y 6 ET y durante los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral previstos en el art. 49 párrafos a) y b) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del EBEP (art. 177 TRLGSS y art. 2 RD 295/2009). También constituye situación protegida la adopción de un hijo biológico del otro miembro de una pareja de hecho (STS 15 de septiembre de 2010, rec. 2289/2009) o del hijo del otro cónyuge (SSTSJ País Vasco de 16 de junio de 2015, rec. 1025/2015 y Canarias/Las Palmas de 27 de abril de 2015, rec. 115/2015), y la gestación por sustitución con hijos inscritos en el Registro Consular correspondiente (SSTS 22 de marzo de 2018, rec. 2770/2016 o 14 de diciembre de 2017, rec. 2859/2016).

4.2. Modalidades de disfrute del permiso por maternidad

Los periodos de descanso por maternidad podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, si bien para que sean a tiempo parcial será imprescindible el acuerdo previo entre **la empresa** y el trabajador afectado.

El disfrute a tiempo parcial podrá ser reconocido tanto a la madre como al padre, si bien la madre no podrá hacer uso de esta modalidad durante las seis semanas inmediatas posteriores al parto, que serán de descanso obligatorio a tiempo completo.

4.3. Requisitos de acceso a la prestación (art. 178 TRLGSS)

4.3.1. *Estar en alta o situación asimilada*

Se encontrará en alta la persona trabajadora que viniera prestando servicios por cuenta ajena, siendo situaciones asimiladas al alta para esta prestación, entre otras:

- El percibo de la prestación por desempleo en su modalidad contributiva.
- El mes siguiente al cese en el cargo público o en el ejercicio de funciones sindicales de ámbito provincial, autonómico o estatal, que hubieran dado lugar a la situación de excedencia forzosa, durante cuyo mes debe solicitarse el reingreso al trabajo.
- Trabajadora que da a luz después de su despido que es declarado posteriormente nulo (STS 22 de enero de 2016, rec. 1981/2014) o improcedente (STS 13 de noviembre de 2014, rec. 2684/2013).
- Alta de IT e inicio del descanso por maternidad sin solución de continuidad (STS 19 de diciembre de 2016, rec. 602/2015).
- El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional.

-
- La situación del trabajador durante el periodo correspondiente a vacaciones anuales que no hayan sido disfrutadas con anterioridad a la finalización del contrato.
 - Los periodos considerados como de cotización efectiva respecto de las trabajadoras que sean víctimas de violencia de género.
 - Los periodos entre campañas del **personal** fijo-discontinuo que no perciban prestaciones por desempleo de nivel contributivo, sin perjuicio del devengo de la prestación cuando se produzca el reinicio de la actividad.
 - Situación de excedencia para cuidado de hijos (SSTS 10 de febrero de 2015, rec. 25/2014 y 15 de diciembre de 2003, rec. 1071/2003).
 - Los noventa días siguientes a la baja en el RETA (SSTS 19 de diciembre de 2016, rec. 602/2015; 10 de junio de 2014, rec. 2546/2013 y 5 de diciembre de 2008, rec. 2836/2007).

EJEMPLO PRÁCTICO

Una trabajadora que percibe prestación contributiva por desempleo da a luz un mes antes de agotar dicha prestación. En este caso tendrá derecho al subsidio por maternidad, suspendiendo la prestación por desempleo. Si el nacimiento sobreviniera siendo perceptora de subsidio por desempleo, carecería del derecho a la prestación por maternidad, ya que dicha situación no se considera asimilada a la de alta a estos efectos.

4.3.2. Reunir un periodo mínimo de cotización

El periodo de cotización dependerá de la edad del solicitante de la prestación:

- Si es menor de 21 años, no se exigirá periodo mínimo de cotización.
- Si tiene entre 21 y 26 años, se exigen 90 días cotizados en los siete años anteriores al inicio del descanso o 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral.
- Si es mayor de 26 años, 180 días cotizados en los siete años anteriores al momento de inicio del descanso o 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral.

Cuando el periodo de descanso sea disfrutado, simultánea o sucesivamente, por la madre y el padre, tendrán ambos la condición de beneficiarios del subsidio, siempre que reúnan de forma independiente los requisitos exigidos.

En caso de parto, si la madre trabajadora no reúne el periodo mínimo de cotización requerido, el padre, a opción de la madre, podrá percibir el subsidio durante la totalidad del permiso de descanso que corresponda, descontando un periodo de seis semanas y siempre que el padre acredite el requisito de carencia (art. 5 RD 295/2009).

4.4. Contenido de la prestación (art. 179 TRLGSS)

4.4.1. Prestación económica y cálculo de la prestación

La prestación por maternidad consiste en el abono de un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora y el sujeto responsable del pago es el INSS.

Si el periodo de descanso es disfrutado por el padre y por la madre, la prestación se determinará para cada uno en función de su respectiva base reguladora.

Para calcular la base reguladora ha de tenerse en cuenta si la suspensión se produce a tiempo completo o a tiempo parcial. En el primer caso, suspensión a tiempo completo, la base reguladora será la correspondiente a contingencias comunes en el mes anterior al inicio de la suspensión, dividida por el número de días a que corresponda. Si se está percibiendo prestación por desempleo y pasa a la situación de maternidad, la base reguladora será la de desempleo y el porcentaje a percibir será el del 100 por 100 de la base. En el supuesto de que en la fecha del hecho causante la trabajadora tenga reducción de jornada por cuidado de hijo, se computarán las bases de cotización del año inmediatamente anterior (STS 2 de noviembre de 2004, rec. 5876/2003).

Si el contrato es a tiempo parcial, la base reguladora del subsidio se reducirá en proporción inversa a la reducción de la jornada laboral (art. 7.1 RD 295/2009).

En los supuestos de trabajadores contratados a tiempo parcial la base reguladora diaria de la prestación será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del hecho causante entre 365. Si la antigüedad del trabajador en la empresa fuera menor de un año, la base reguladora será el resultado de dividir el total de las bases acreditadas por el número de días naturales a que estas correspondan (art. 7.2 RD 295/2009 y art. 6 RD 1131/2002).

EJEMPLO PRÁCTICO

Si una trabajadora a tiempo parcial cotiza mensualmente por contingencias comunes 500 euros, resultará que el total anual cotizado asciende a 6.000 euros, que divididos por 365 días dan como resultado 16,43 euros, cantidad esta que constituirá la base reguladora diaria de la prestación.

Cuando en los doce meses anteriores a la baja existan cotizaciones a tiempo completo y parcial, deberá computarse la media de bases de cotización de los 365 días anteriores al hecho causante (STSJ Cataluña de 4 de diciembre de 2015, rec. 4676/2015).

En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, se tendrá derecho a un subsidio especial por cada hijo o menor acogido, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante un periodo de seis semanas siguientes al parto o a la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si una trabajadora con una base de cotización por contingencias comunes de 30 euros/día, da a luz trillizos, resultará que tiene derecho a un permiso por maternidad de 20 semanas, durante las cuales el subsidio será de 900 euros al mes. Junto a lo anterior y durante las seis primeras semanas percibirá un subsidio especial por cada hijo a partir del segundo de 30 euros diarios, de forma que en esas seis semanas percibirá 90 euros diarios.

4.4.2. *Obligación de cotizar*

La obligación de cotizar se mantiene durante todo el periodo, siempre que se mantenga vigente el contrato de trabajo o se perciba prestación contributiva por desempleo.

4.5. **Nacimiento, duración y extinción**

4.5.1. *Nacimiento*

El derecho al subsidio nacerá desde el momento en que se inicie el periodo de descanso, o en el caso de adopción o acogimiento, en las fechas de la decisión administrativa o judicial que declare tal situación (art. 8.1 RD 295/2009).

4.5.2. *Duración*

En los casos de parto, la prestación se abonará durante dieciséis semanas, ampliables por parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El periodo de descanso se distribuirá a opción de la interesada, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto (art. 48.4 ET y arts. 8.2 RD 295/2009). En caso de discapacidad del hijo la prestación por maternidad será de dieciocho semanas.

Sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que la madre y el padre trabajen, aquélla, al iniciarse el periodo de descanso por maternidad, podrá optar porque el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud. La opción ejercitada podrá ser revocada por la madre si sobrevinieren hechos que hagan inviable la aplicación de la misma, tales como ausencia, enfermedad o accidente del padre, abandono de familia, separación u otras causas análogas (art. 8 RD 295/2009). No es exigible que la opción en favor del padre la ejercite la madre en el momento de solicitar el subsidio (SSTS 26 de septiembre de 2018, rec. 1352/2017 y 20 de mayo de 2009, rec. 3749/2008).

En los casos de parto prematuro o cuando, por cualquier causa, el hijo deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, por un periodo superior a siete días, el período de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales.

En el supuesto de fallecimiento del hijo o del menor acogido, la beneficiaria tendrá derecho a la prestación económica durante las dieciséis semanas, salvo que decida reincorporarse a su puesto de trabajo, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio. Asimismo, en caso de aborto y siempre que el feto hubiera permanecido en el seno materno durante ciento ochenta días, la madre tendrá derecho a la prestación económica durante las dieciséis semanas siguientes (art. 8.4 RD 295/2009).

EJEMPLO PRÁCTICO

Si se produjera el fallecimiento del hijo a las dos semanas de su nacimiento, la madre tendrá derecho al disfrute íntegro de la prestación por maternidad, de forma que tras el fallecimiento podrá continuar con el permiso de maternidad hasta el máximo de dieciséis semanas. Igualmente, en caso de aborto, si el feto tiene más de 180 días la madre tendrá derecho al permiso durante las dieciséis semanas siguientes al aborto.

Si falleciera la madre, el padre podrá percibir la totalidad o, en su caso, la parte que reste del periodo de subsidio (art. 8.9 RD 295/2009).

Cuando se extinga el contrato durante la suspensión por maternidad, seguirá percibiendo la prestación hasta que concluya la misma, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación (art. 10.4 RD 295/2009). Si encontrándose percibiendo prestación por desempleo se accede a la prestación por maternidad aquella será suspendida y deberá reanudarse una vez agotada la prestación por maternidad (art. 284 TRLGSS).

En el caso de adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o provisional, de menores de seis años, la prestación tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, contadas, a elección del trabajador, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción. Se ampliará a dieciocho semanas la adopción o acogimiento de mayores de seis años y menores de 18 años, cuando se trate de discapacitados o minusválidos.

En la adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, el periodo de suspensión, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

4.5.3. Extinción

La extinción de la prestación por maternidad se producirá por:

- Transcurso de los plazos máximos de duración de los periodos de descanso.
- Cuando se produzca la reincorporación voluntaria al trabajo con anterioridad al plazo máximo de duración.
- Por el fallecimiento del beneficiario, salvo que pueda continuar en el disfrute el progenitor sobreviviente.
- Por adquirir el beneficiario la condición de pensionista de jubilación o por incapacidad permanente.

EJEMPLO PRÁCTICO

Dado que el permiso por maternidad solo tiene carácter obligatorio durante las seis semanas siguientes al parto, si la trabajadora decide reincorpo-

rarse al trabajo después de las seis semanas, tal reincorporación voluntaria supone la extinción del permiso y de la prestación por maternidad.

4.5.4. Denegación, anulación y suspensión del derecho

El subsidio podrá ser denegado, anulado o suspendido cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente (STSJ Andalucía/Sevilla de 25 de marzo de 2015, rec. 1741/2014), y también cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los periodos de descanso, salvo la percepción del subsidio en régimen de jornada a tiempo parcial (art. 180 TRLGSS y art. 11 RD 295/2009).

4.6. Subsidio especial por maternidad

Se reconocerá, cuando la trabajadora, de alta en Seguridad Social, no reúna el periodo mínimo de cotización exigible (arts. 181 TRLGSS y 15 y siguientes RD 295/2009).

El subsidio consistirá en el abono del 100 por 100 del IPREM (Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples) vigente en cada momento, salvo que la trabajadora tuviera una base reguladora inferior, en cuyo caso se percibirá el 100 por 100 de la misma (art. 182.2 TRLGSS y art. 16 RD 295/2009).

La duración de este subsidio será de 42 días naturales a contar desde el parto y se incrementará en 14 días naturales en los casos de nacimiento en familia numerosa, o en una familia monoparental, o en los supuestos de parto múltiple o cuando la madre o el hijo estén afectados de discapacidad en un grado superior al 65 por ciento, pudiendo denegarse, anularse o suspenderse por las mismas causas previstas para la prestación por maternidad (art. 182.3 TRLGSS y art. 17.2 RD 295/2009).

EJEMPLO PRÁCTICO

Isabel, de 32 años, ha suspendido su contrato de trabajo por maternidad, acreditando solo 100 días de cotización. Dado que no acredita el periodo mínimo de cotización exigido no podría acceder a la prestación por maternidad, si bien, podría solicitar el subsidio especial por maternidad que le sería reconocido durante 42 días, a razón del 100 por 100 del IPREM/día.

5. PRESTACIÓN POR PATERNIDAD

5.1. Situación protegida

Se consideran situaciones protegidas el nacimiento de hijo/a, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple, siempre que en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el art. 48.7 ET (art. 183 TRLGSS y art. 22 RD 295/2009).

En los supuestos de parto, la prestación por paternidad podrá solicitarse exclusivamente por el otro progenitor. En la adopción o acogimiento, la prestación por paternidad podrá solicitarse por cualquiera de los progenitores.

5.2. Requisitos de acceso a la prestación

Serán beneficiarios de esta prestación los trabajadores por cuenta ajena que tengan suspendido su contrato de trabajo al amparo de lo previsto en el art. 48.7 del ET, se encuentren de alta en Seguridad Social y acrediten un periodo mínimo de cotización de 180 días en los siete años anteriores al inicio de la suspensión, o 360 días a lo largo de su vida laboral (art. 184 TRLGSS y art. 25 RD 295/2009), habiéndose reconocido el derecho aun cuando el hijo no haya sobrevivido más de 24 horas desprendido del seno materno (STSJ País Vasco de 9 de diciembre de 2010, rec. 2484/2010).

EJEMPLO PRÁCTICO

Miguel, acaba de ser padre. Si se encuentra prestando servicios para una empresa y además reúne más de 180 días de cotización en los últimos siete años, tendrá derecho a la prestación por paternidad, que si se produce a partir del 1 de enero de 2017 será de cuatro semanas.

5.3. Contenido de la prestación

5.3.1. Prestación económica

Consiste en el abono de un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora y el sujeto responsable del pago es el INSS (art. 185 TRLGSS).

Para calcular la base reguladora ha de tenerse en cuenta si la suspensión del contrato se produce a tiempo completo o a tiempo parcial.

En el primer caso, la base reguladora estará constituida por la base de cotización correspondiente a contingencias comunes en el mes anterior al inicio de la suspensión, dividida por el número de días a que corresponda. Si el trabajador está percibiendo prestación por desempleo y pasa a la situación de paternidad, la base reguladora será la de la prestación por desempleo.

Cuando la suspensión del contrato de trabajo por paternidad lo sea a tiempo parcial, la base reguladora del subsidio se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral.

5.3.2. Obligación de cotizar

Al igual que en las situaciones de incapacidad temporal, de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, durante la lactancia natural y maternidad, la normativa de Seguridad Social impone la obligación de cotizar durante el periodo de descanso por

paternidad, siempre que se mantenga vigente el contrato de trabajo o se perciba prestación contributiva por desempleo (art. 144.4 TRLGSS).

5.4. Nacimiento, duración y extinción

5.4.1. Nacimiento

El subsidio nace desde el momento en que se inicie el periodo de descanso, pudiendo solicitarse desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción, o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato por maternidad del otro progenitor, o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión (art. 48.7 ET y 26 RD 295/2009).

EJEMPLO PRÁCTICO

Con motivo del nacimiento de su hijo, Fabián, acaba de disfrutar tres días de permiso retribuido. A partir de ese momento y hasta la finalización del permiso de maternidad del otro progenitor podrá solicitar la prestación por paternidad siempre que reúna los requisitos necesarios para ello, o bien podrá solicitarlo cuando finalice la suspensión del contrato por maternidad.

5.4.2. Duración

El trabajador que reúna los requisitos legalmente exigibles tendrá derecho a la suspensión del contrato durante cinco semanas ininterrumpidas, ampliables en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple en dos días más por cada hijo/a a partir del segundo (art. 48.7 ET).

La prestación podrá reconocerse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial con un mínimo del 50 por 100, previo acuerdo entre empresa y trabajador. En el supuesto de percibirse a tiempo parcial la duración se ampliará proporcionalmente al tiempo trabajado.

El periodo de suspensión será ininterrumpido salvo la última semana del periodo total a que se tenga derecho que, previo acuerdo con la empresa, podrá disfrutarse en forma independiente dentro de los nueve meses siguientes al nacimiento del hijo/a, resolución sobre adopción o acogimiento, debiendo adoptarse el acuerdo al inicio del periodo de suspensión.

Tratándose de personal funcionario, estatutario o laboral al servicio de la Administración General del Estado, de sus Organismos o de sus Entidades Públicas Dependientes, el permiso de paternidad se amplía a 16 semanas en virtud de los acuerdos alcanzados, el 29 de octubre de 2018, en la Mesa General de Negociación, implantándose progresivamente la medida en la forma siguiente:

-
- En 2019, ocho semanas.
 - En 2020, doce semanas.
 - En 2021, dieciséis semanas.

5.4.3. Extinción

La extinción se producirá por el transcurso del plazo de duración de los periodos de descanso, o cuando se produzca la reincorporación voluntaria al trabajo con anterioridad.

5.4.4. Denegación, anulación y suspensión del derecho

El derecho al subsidio podrá ser denegado, anulado o suspendido cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio, y también cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los periodos de descanso, salvo la percepción del subsidio en jornada a tiempo parcial (art. 185 TRLGSS y 28 RD 295/2009).

6. PRESTACIÓN POR CUIDADO DE MENORES AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE

6.1. Situación protegida (art. 190 TRLGSS)

Se considera situación protegida la reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario, que lleven a cabo los progenitores, adoptantes o acogedores de carácter familiar preadoptivo o permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado del menor a su cargo afectado por cáncer u otra enfermedad grave de las incluidas en el listado del anexo del RD 1148/2011, de 29 de julio, que implique un ingreso hospitalario de larga duración, que requiere su cuidado directo y permanente durante la hospitalización y tratamiento de la enfermedad, considerándose como ingreso hospitalario de larga duración la continuidad del tratamiento médico o el cuidado del menor en el propio domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave de que se trate, y sin que la escolarización del menor sea causa de extinción de la prestación (STS 28 de junio de 2016, rec. 80/2015 y STSJ Cataluña de 18 de julio de 2017, rec. 3817/2017).

6.2. Beneficiarios de la prestación (art. 191 TRLGSS)

Son beneficiarios los progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, siempre que ambos trabajen y reduzcan su jornada al menos en el 50 por 100, para dedicarse al cuidado directo, continuo y permanente de menores de 18 años a su cargo, que se encuentren afectados por cáncer o enfermedad grave, en este último caso en los términos reglamentariamente establecidos.

6.3. Requisitos de acceso a la prestación

Se exigen los mismos requisitos y en los mismos términos y condiciones que los establecidos para la prestación de maternidad contributiva, es decir, estar en alta o situación asimilada y reunir un periodo mínimo de cotización (ver infra 4.3), debiendo el beneficiario reducir su jornada de trabajo, al menos en el 50 por 100 de su duración y a fin de que se dedique al cuidado directo, continuo y permanente del menor.

La prestación solamente se reconoce para el supuesto de que ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente trabajen, ahora bien si concurren en ambos las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla sólo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos.

6.4. Contenido de la prestación (art. 192 TRLGSS)

6.4.1. Prestación económica

La prestación consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si el trabajador/a reduce su jornada en un 60 por 100 para atender de manera directa y permanente a un hijo menor hospitalizado por un tumor maligno, el subsidio a percibir será equivalente al 60 por 100 de la base reguladora de la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencia profesional y correspondiente al mes anterior a la solicitud de la reducción de jornada.

La gestión y el pago de la prestación económica corresponderá a la Mutua o, en su caso, a la Entidad Gestora con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales.

6.4.2. Incremento al 100 por 100 de la cotización realizada durante la reducción de jornada

Las cotizaciones realizadas durante los periodos de la reducción de jornada se computarán incrementadas al 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido sin la reducción la jornada de trabajo, incremento que se producirá exclusivamente a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal (art. 237.3, párrafo segundo TRLGSS).

6.5. Nacimiento, duración y extinción de la prestación

6.5.1. Nacimiento

Se producirá a partir del momento de la solicitud de reducción de jornada, siempre que concurren los requisitos legalmente exigibles para el nacimiento de la prestación.

6.5.2. Duración

El derecho a la prestación se mantiene durante todo el periodo en el que persista la reducción de jornada, que a su vez se extiende por el plazo durante el que concurren en el beneficiario los requisitos exigibles para el acceso a la prestación.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador con jornada reducida en un 50 por 100 para atender al cuidado de un hijo menor que se encuentra hospitalizado por una enfermedad grave, es objeto de un despido y accede al percibo de prestaciones por desempleo, en ese momento cesará el derecho a la prestación, toda vez que es requisito constitutivo de la misma el que ambos progenitores trabajen.

6.5.3. Extinción

La extinción del derecho a la prestación se producirá en los siguientes supuestos:

- Cuando cese la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del hijo o del menor acogido por parte del beneficiario. En estos casos el cese ha de venir precedido de un informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente.
- Cuando el menor cumpla los 18 años.
- Cuando dejen de concurrir en el beneficiario de la prestación los requisitos legalmente exigibles para acceder a la misma.

CONCEPTOS BÁSICOS A RECORDAR

- En la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo no se exige periodo previo de cotización al asimilarse dicha situación a contingencia profesional.
- La cuantía de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural consisten en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora.
- El derecho al subsidio por riesgo durante el embarazo nace el día en que se inicia la suspensión del contrato y finaliza el día anterior al inicio de la suspensión del contrato por causa de maternidad.

- Durante las situaciones de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural se mantiene la obligación de cotizar, siempre que se encuentre vigente el contrato de trabajo.

- La prestación por maternidad no exige periodo de cotización previo si quien la solicita tiene menos de 21 años. Para mayores de esta edad, entre 21 y 26 años, el periodo de cotización es de 90 días en los siete años anteriores a iniciarse el descanso, y para los mayores de 26 años, 180 días en igual periodo.

- La duración del subsidio por maternidad es de 16 semanas ampliables por parto múltiple a dos semanas más por cada hijo a partir del segundo.

- En caso de parto prematuro si el recién nacido debe permanecer hospitalizado el periodo de suspensión se amplía en tantos días como dure la hospitalización, con un máximo de 13 semanas.

- El subsidio especial por maternidad se reconoce a la trabajadora que permaneciendo en alta no reúne el periodo de cotización exigible, siendo su duración la de 42 días naturales posteriores al parto y su importe el 100 por 100 del IPREM.

- Para el acceso a la prestación por paternidad se exige un periodo de cotización de 180 días en los siete años anteriores o de 360 días a lo largo de la vida laboral.

- Son beneficiarios de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer o enfermedad grave los progenitores del menor de 18 años, siempre que ambos trabajen y que reduzcan su jornada al menos en el 50 por 100, para dedicarse al cuidado directo, continuo y permanente del menor.

4

INCAPACIDAD PERMANENTE (I): CONCEPTO, GRADOS Y REQUISITOS DE ACCESO

1. NORMATIVA REGULADORA

- Arts. 193 y ss. TRLGSS.
- Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social.
- Art. 7 del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre.
- Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, que desarrolla la Ley 31/1985.
- Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, que desarrolla, en materia de incapacidades laborales del Sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre.
- Orden de 18 de enero de 1996 que desarrolla el RD 1300/1995.
- Decreto 1646/1972, de 23 de junio, que desarrolla la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social.
- Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de prestaciones económicas de la Seguridad Social.
- Orden de 15 de abril de 1969, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el RGSS.
- Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social.
- Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de la Seguridad Social.

2. CONCEPTO

Se halla en incapacidad permanente el trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médica, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyen o anulan su capacidad laboral (art. 193.1 TRLGSS).

3. ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL CONCEPTO DE INCAPACIDAD PERMANENTE

3.1. Sobre el requisito de haber estado sometido al tratamiento médico prescrito

La definición legal de la incapacidad permanente parece dar a entender que ha de venir precedida de una incapacidad temporal, máxime teniendo en cuenta la redacción del

artículo 193.2 TRLGSS conforme al cual “la incapacidad permanente habrá de derivarse de la situación de incapacidad temporal”, salvo los supuestos que la propia norma enumera:

- Que la incapacidad afecte a quienes carezcan de protección de IT.
- Que el posible beneficiario se halle en situación asimilada a la de alta que no contemple la prestación de IT.
- Que exista una asimilación a trabajador por cuenta ajena que tampoco tenga prevista dicha prestación de IT.
- Que se acceda a la incapacidad permanente desde una situación de no alta.

Sin embargo nada impide que pueda accederse a la incapacidad permanente desde una situación de alta y sin pasar previamente por una incapacidad temporal. El criterio mantenido al respecto por nuestros tribunales es que la enumeración de supuestos contenida en el artículo 193.2 TRLGSS no puede considerarse cerrada, pudiendo ampliarse a otros casos en los que las lesiones se hayan consolidado como definitivas sin que sea necesario un proceso previo de curación.

STS de 16 de enero de 2001, rec. 1830/2000

“Si bien es normal que preceda al estado de incapacidad permanente otro, de tipo transitorio, hay realidades patológicas en que el estado de incapacidad permanente ha surgido de forma completa e irreversible, por lo que no es necesaria la previa y transitoria incapacidad y eso es así por la propia naturaleza de las cosas que impiden pasar por un estado transitorio de incapacidad cuando la misma ha sido presentada en su total y compleja patología”. En iguales términos STS 1 de octubre de 2001, rec. 4396/2000.

Así, a título de ejemplo, se ha reconocido la incapacidad permanente en situaciones no precedidas de incapacidad temporal en los siguientes casos:

- Trabajador que se hallaba percibiendo prestación contributiva por desempleo, sin solicitar baja por enfermedad.
- Permanencia de situación de alta en la empresa, realizando las funciones habituales, sin pasar a la situación de IT.
- Pérdida paulatina de visión derivada de un proceso diabético, hasta hacer imposible el trabajo, solicitándose directamente la incapacidad permanente.

Por ello, no habría obstáculo para reconocer la incapacidad permanente a quien permanece en situación de alta en la empresa, realizando sus funciones habituales, sin pasar a la situación de incapacidad temporal.

Una cuestión ciertamente polémica es la de precisar si puede accederse a la incapacidad permanente cuando el trabajador rechaza el tratamiento prescrito. En principio, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente, reconoce en su artículo 4.2 que todo usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, pero no establece cuales serán las consecuencias de tal negativa, si bien, aunque referida a la prestación de

incapacidad temporal, el artículo 175.3 TRLGSS dispone que podrá ser suspendido el derecho al subsidio cuando, sin causa razonable, el beneficiario rechace o abandone el tratamiento que le fuera indicado.

En materia de incapacidad permanente la cuestión se ha planteado con relación a la negativa del trabajador a someterse a una intervención quirúrgica, y el criterio mayoritariamente mantenido es que tal negativa únicamente puede perjudicar los intereses prestacionales del trabajador en los supuestos en los que la Entidad Gestora demuestre la irracionalidad de la decisión adoptada por el trabajador (SSTSJ Castilla y León/Valladolid de 10 de enero de 2007, rec. 2134/2006 y 8 de junio de 2005, rec. 214/2005, y Castilla-La Mancha de 7 de septiembre de 2006, rec. 164/2006).

Por ello debe entenderse fundamentado el rechazo a una intervención quirúrgica en los siguientes casos:

- Cuando se trate de un tratamiento especialmente penoso.
- Existencia de dudas razonables sobre su eficacia (SSTSJ Comunidad Valenciana de 11 de marzo de 2003, rec. 3262/2002 y Murcia de 17 de marzo de 1999, rec. 711/1998).
- Que la intervención quirúrgica se presente como irrelevante para recuperar la capacidad laboral del trabajador.
- Que hayan existido anteriores intervenciones que se hayan saldado con resultado negativo.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador presenta la completa rigidez de un dedo a consecuencia de un accidente y la Mutua plantea su amputación para mejorar la capacidad laboral, la negativa del trabajador a tal intervención, amparándose en su derecho a mantener su integridad física no deberá ser obstáculo para el reconocimiento de la incapacidad permanente en el grado que corresponda.

3.2. Presentar reducciones anatómicas o funcionales graves

Las lesiones que posibilitan el reconocimiento de una incapacidad permanente pueden ser tanto de naturaleza física como psíquica y así se ha mantenido que cuando el trabajador presenta un cuadro grave, persistente y progresivo con profundas alteraciones de la personalidad nada impide el reconocimiento de una incapacidad.

En cuanto a las adicciones, principalmente por alcohol o drogas, también puede dar lugar al reconocimiento de incapacidad permanente, siempre que produzcan alteraciones de conducta graves que resulten rebeldes a cualquier clase de tratamiento, como sucede con el alcoholismo crónico con repercusión laboral (SSTSJ Murcia de 12 de noviembre de 2007, rec. 1205/2007; Cantabria de 11 de mayo de 2005, rec. 235/2005 o País Vasco de 23 de septiembre de 2004, rec. 1341/2004), salvo que presente evolución favorable (STSJ Asturias de 12 de enero de 2001, rec. 852/2000) o rechace el tratamiento (STSJ Cantabria de 13 de septiembre de 2006, rec. 625/2006).

En cuanto al nivel de gravedad exigible el artículo 193 TRLGSS se limita a señalar que las reducciones anatómicas o funcionales han de ser graves, pero no indica el criterio a seguir para apreciar la gravedad. No obstante, el artículo 194 TRLGSS, en la redacción actualmente vigente que es la que se contiene en la Disposición transitoria vigésimo sexta, al definir los grados de incapacidad establece que el nivel inferior, constituido por la incapacidad permanente parcial, es el que ocasiona al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 del rendimiento normal en su profesión habitual, de forma que ha de entenderse que por debajo de ese nivel de incidencia en la capacidad laboral para la profesión habitual no existe incapacidad permanente.

En definitiva, la gravedad de las lesiones se mide en relación con el rendimiento normal para la profesión habitual, de forma que iguales lesiones pueden ser incapacitantes en unos casos y en otros no, en función de la profesión habitual del trabajador.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un futbolista profesional sufre la extirpación total de menisco, la lesión podrá ser constitutiva de una incapacidad permanente para su profesión habitual. Sin embargo la misma lesión padecida por un administrativo es muy probable que no constituya incapacidad permanente en ningún grado.

90

Así pues, cuando la incidencia en la capacidad laboral es inferior al porcentaje indicado, el trabajador carece del derecho a prestaciones más allá de la asistencia sanitaria, si bien cuando las lesiones deriven de accidente de trabajo o enfermedad profesional y aparezcan recogidas en el baremo aprobado por Orden de 15 de abril de 1969, tendrá derecho al percibo de una indemnización a tanto alzado, por una sola vez, en la cuantía que actualmente se establece en la Orden ESS/66/2013, de 28 de enero.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si a consecuencia de un accidente de trabajo un oficial de carpintería pierde el dedo índice de la mano derecha y dicha lesión no le incapacita al menos en un 33 por 100 de su rendimiento normal, percibirá una indemnización, por una sola vez, de 2.420 euros. Por el contrario, si la lesión deriva de accidente no laboral carecerá del derecho a indemnización alguna.

Cuestión polémica ha sido también la relativa a precisar si la denegación de un permiso o licencia habilitante para el desempeño de un trabajo (por ejemplo, no renovación del permiso de conducir por incapacidad física) ha de conllevar automáticamente a la declaración de incapacidad permanente para la profesión de que se trate, la que ha sido resuelta por el TS en el sentido de declarar que las resoluciones administrativas sobre vigencia, renovación o extinción de autorizaciones necesarias para el desempeño de una profesión no vinculan al INSS, sin perjuicio de que tales resoluciones hayan de

ponderarse para la adopción de la decisión que proceda (STS 28 de septiembre de 2017, rec. 3978/2015).

3.3. Las lesiones han de ser susceptibles de determinación objetiva

Cuando la norma exige el carácter objetivo de las lesiones a lo que se refiere es a que se puedan demostrar médicamente, rechazando así aquellas dolencias que obedezcan a manifestaciones subjetivas del interesado.

STSJ Castilla y León/Burgos de 22 de diciembre de 2016, rec. 659/2016

“El carácter objetivable de las reducciones anatómicas o funcionales ... implica la exigencia de que se puede fijar un diagnóstico médico de forma indudable y de acuerdo con los criterios comúnmente aceptados de la ciencia médica, huyendo de las meras especulaciones subjetivas, o de las vaguedades, inconcreciones o descripciones carentes de base científica”.

Tratándose de lesiones físicas u orgánicas no existen graves dificultades para la determinación objetiva de las mismas, surgiendo más problemas cuando se trata de enfermedades mentales o de aquellas otras que se caracterizan por la existencia de dolor y con relación a las cuales puede existir un componente subjetivo.

Con relación a las enfermedades psíquicas es cierto que en un principio la calificación de la incapacidad permanente se llevaba a cabo atendiendo al criterio fisiológico de las lesiones introducido en los baremos aprobados a tal fin; sin embargo la jurisprudencia pronto reconoció la incapacidad derivada de alteraciones mentales siendo frecuentes los pronunciamientos que reconocen la incapacidad permanente en alguno de sus grados derivados de dolencias psíquicas.

STS de 19 de septiembre de 1988

“... aun cuando las enfermedades mentales, recogidas bajo la rúbrica general de psicosis, tanto las orgánicas como las funcionales, las primeras con lesiones anatómicas ... y las segundas sin ellas, no cabe derivar de esto último que las neurosis ... no puedan ser susceptibles de constatación objetiva”.

Así pues, no existe impedimento alguno para calificar como constitutivas de incapacidad permanente, en el grado que proceda, a las lesiones de origen psíquico.

En cuanto al dolor y pese a las dificultades de su objetivación tampoco ha de existir problema para que genere una incapacidad permanente, pues aunque no existan medios científicos que permitan conocer su alcance, ello no justifica que se deje de valorar cuando se haya acreditado la realidad del mismo, ya que no deja de ser algo objetivo, real, que implica una alteración de la salud tanto si la causa es física como si es resultado de una somatización (STSJ País Vasco de 4 de mayo de 2004, rec. 659/2004).

Así son numerosos los pronunciamientos judiciales que toman en consideración el dolor para declarar la incapacidad, como ha sucedido en los siguientes casos:

– Existencia de graves dolores lumbares que irradian hasta las piernas y determinan inestabilidad vertebral (STS 23 de mayo de 1988).

– Trabajador que camina con dificultad, sufriendo grandes dolores ante cualquier movimiento (STS 25 de enero de 1989).

– Padecimiento de intensas neuralgias (STS de 30 de enero de 1989).

– Limitación funcional de la cadera ante grandes dolores producidos por el movimiento (STS 31 de mayo de 1990).

– Existencia de dolor continuo, con tratamiento en unidad de dolor (STSJ País Vasco de 20 de junio de 2000, rec. 834/2000).

Particular atención merece la valoración del dolor en la fibromialgia, enfermedad que se caracteriza por dolor musculoesquelético crónico, rigidez matutina, sueño no reparador, fatiga y trastornos emocionales. Se trata de una enfermedad crónica caracterizada por causar dolor generalizado que se presenta con distinta intensidad en los sujetos que la sufren, pudiendo comprender desde el mero malestar hasta el dolor acentuado que impide incluso la realización de actividades cotidianas.

La postura inicial de nuestros tribunales fue la de rechazar la fibromialgia como lesión incapacitante, si bien el hecho de que la OMS reconociera la enfermedad como un síndrome real ha motivado un cambio de criterio, aunque son numerosos los pronunciamientos que rechazan la incapacidad permanente, reconduciendo la cuestión al reconocimiento de incapacidad temporal durante los periodos álgidos de dolor.

El reconocimiento de la fibromialgia se produce a partir de la existencia de al menos doce puntos de dolor muscular difuso*¹ y en función de cual sea el número de puntos afectados se puede producir el reconocimiento de la incapacidad permanente, existiendo pronunciamientos que por debajo de los 12 puntos reconocen la incapacidad permanente, si bien asociada a otros padecimientos. A título de ejemplo se ha reconocido la incapacidad permanente por fibromialgia en los siguientes supuestos:

– STSJ Castilla-La Mancha de 16 de marzo de 2017, rec. 474/2016, con relación a pinche de cocina, al que se reconoce incapacidad permanente total.

– STSJ Aragón de 16 de marzo de 2017, rec. 102/2017, sobre incapacidad permanente total a auxiliar de ayuda a domicilio.

– STSJ Asturias de 30 de marzo de 2017, rec. 352/2017, que reconoce la incapacidad permanente total a expendedora de gasolinera.

– STSJ Galicia de 18 de junio de 2010, rec. 2225/2010, con reconocimiento de incapacidad permanente total a dependienta.

3.4. Las lesiones han de ser permanentes y previsiblemente definitivas

Cuando existe la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral lo que procede es el mantenimiento de la situación de incapacidad temporal, salvo en aquellos casos en

* En el cuerpo humano existen un total de 18 puntos, coincidentes con las articulaciones, en los que se manifiesta el dolor que produce la existencia de fibromialgia, que se conocen como puntos gatillo, ya que al presionar sobre ellos hace que se dispare el dolor.

que la posibilidad de recuperación se presente como incierta o a largo plazo, o bien se haya agotado el plazo máximo de duración de la IT, en cuyo caso, si se estima que existe posibilidad de recuperación, procederá la declaración de incapacidad permanente con suspensión del contrato de trabajo en los términos del artículo 48.2 ET.

La regla general, es que la incapacidad permanente extinga el contrato de trabajo, salvo en el grado de parcial, por lo que si posteriormente se tramita un expediente de revisión por mejoría y se deja sin efecto la declaración de incapacidad el trabajador no tiene derecho a reintegrarse a su anterior puesto de trabajo. Por el contrario si en el procedimiento inicial de declaración de incapacidad el INSS considera que el trabajador puede mejorar su capacidad laboral, y así se hace constar en la resolución sobre reconocimiento de la incapacidad, en tal caso no se extingue el contrato sino que se suspende por el plazo máximo de dos años, con derecho a reincorporación en caso de mejoría.

3.5. Las lesiones que dan lugar a la declaración de incapacidad han de ser posteriores a la afiliación

Las lesiones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación no impedirán la calificación de la incapacidad permanente si con posterioridad a la afiliación se han agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones una disminución de la capacidad laboral (art. 193.1 párrafo 2º TRLGSS).

La situación que se ha de tener en cuenta a los efectos de la declaración de incapacidad permanente, es la que el trabajador presenta en el momento en que se inicia el expediente de incapacidad (SSTS 21 de febrero de 2008, rec. 64/2007 y 28 de noviembre de 2006, rec. 4126/2005), de forma que las patologías anteriores a la afiliación y alta pueden ser apreciadas a efectos de calificar la incapacidad, si posteriormente se ha producido una agravación trascendente (STS 6 de noviembre de 2008, rec. 4255/2007).

STS de 19 de enero de 2010, rec. 1155/2009

El agravamiento de los padecimientos del actor que recoge la sentencia de instancia es suficiente para producir un efecto invalidante posterior al alta, que anula la capacidad laboral que aquel mantenía y que le permitió realizar los trabajos determinantes de su inclusión en la Seguridad Social.

4. MODALIDADES Y GRADOS DE INCAPACIDAD PERMANENTE

4.1. Modalidades de incapacidad permanente

Nuestro ordenamiento contempla dos supuestos diferenciados de incapacidad, uno que viene referido a la declaración de incapacidad permanente con suspensión del contrato de trabajo en los términos del art. 48.2 ET y el segundo, el más común, que hace

referencia a la declaración de incapacidad permanente con extinción del contrato de trabajo (salvo en la incapacidad permanente parcial), de forma que puede hablarse de una incapacidad permanente no definitiva y de una incapacidad permanente definitiva.

4.1.1. Incapacidad permanente no definitiva

La declaración de incapacidad permanente se lleva a cabo con suspensión del contrato de trabajo, por entender que cabe la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del trabajador (art. 48.2 ET).

ASPECTOS A DESTACAR

Para que la declaración de incapacidad permanente suspenda el contrato de trabajo han de concurrir los siguientes requisitos: a) que la incapacidad temporal se haya extinguido por haberse reconocido al trabajador una incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez; b) que sea previsible que las lesiones del trabajador, dentro de los dos años siguientes a la fecha de declaración de la incapacidad permanente, vayan a mejorar, permitiéndole la reincorporación a su anterior puesto de trabajo y c) que tales extremos consten expresamente en la resolución administrativa o judicial que reconoce la situación de incapacidad permanente (ver STS de 31 de enero de 2008, rec. 3812/2006).

En estos casos se ha denegado la indemnización prevista en convenio colectivo como mejora voluntaria, por entender que la situación incapacitante es provisional y no definitiva (STS 4 de febrero de 2016, rec. 2281/2014).

4.1.2. Incapacidad permanente definitiva

Sería el supuesto más común ya que, sin perjuicio de que el grado de incapacidad se pueda revisar por agravación, mejoría o error de diagnóstico, las lesiones que dan lugar a la incapacidad se entiende que son previsiblemente definitivas y por ello la declaración de tal incapacidad en los grados de total absoluta o gran invalidez extingue el contrato de trabajo en los términos del art. 49.e) ET.

4.2. Grados de incapacidad permanente

El artículo 194 TRLGSS dispone que la incapacidad permanente se clasificará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades que se apruebe reglamentariamente, estableciendo la Disposición transitoria vigésima sexta que los dispuesto en el citado artículo 194 “únicamente será de aplicación a partir de la fecha en que entren en vigor las disposiciones reglamentarias a que se refiere el apartado 3 del mencionado artículo 194”, añadiendo que hasta tanto no se produzca tal desarrollo reglamentario la redacción del

artículo 194 será la que se contiene en la expresada Disposición transitoria vigésima sexta, que define los distintos grados de incapacidad en los términos que a continuación se indican.

4.2.1. Incapacidad permanente parcial

Será declarado en incapacidad permanente parcial (IPP) el trabajador que tenga disminuida la capacidad de trabajo para su profesión habitual en un porcentaje no inferior al 33 por 100, siempre que pueda seguir desarrollando las tareas fundamentales de su profesión (art. 194.3 TRLGSS en la redacción de la Disposición transitoria vigésima sexta).

Tratándose de trabajadores autónomos la incapacidad permanente parcial solo se reconoce si deriva de contingencia profesional (SSTS 22 de marzo de 2017, rec. 3757/2015 y 29 de marzo de 2016, rec. 3756/2014) y, además, la disminución del rendimiento normal del trabajo no ha de ser inferior al 50 por 100 (STS 18 de octubre de 2016, rec. 2367/2015).

4.2.2. Incapacidad permanente total para la profesión habitual

Se encuentra en esta situación el trabajador que presenta lesiones que le impiden la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión habitual, siempre que pueda realizar cualquier otro oficio (art. 194.4 TRLGSS en la redacción de la Disposición transitoria vigésima sexta). La decisión por órganos administrativos sobre extinción de autorizaciones necesarias para el desempeño de la profesión (carnet de conducir, etc.) no vincula a la Entidad Gestora a efectos de calificar un grado de incapacidad (STS 28 de septiembre de 2017, rec. 3978/2015).

4.2.3. Incapacidad permanente absoluta

Este grado de incapacidad impide al trabajador la realización de cualquier profesión u oficio (art. 194.5 TRLGSS en la redacción de la Disposición transitoria vigésima sexta).

4.2.4. Gran invalidez

Procede reconocer esta situación a quien necesita ayuda de una tercera persona para la realización de los actos más esenciales en la vida diaria, tales como comer, vestirse, lavarse, etc. (art. 194.6 TRLGSS en la redacción de la Disposición transitoria vigésima sexta). A título de ejemplo se viene reconociendo como gran invalidez la ceguera, equiparándose a la misma el glaucoma terminal en ambos ojos, con importante pérdida de la agudeza visual (STS 20 de abril de 2016, rec. 2977/2014).

5. CONCEPTO DE PROFESIÓN HABITUAL

La calificación del grado de incapacidad permanente se lleva a cabo en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo, y cuando se trata de incapacidad

permanente parcial o de incapacidad permanente total la reducción se mide en relación con la profesión habitual del trabajador (art. 194.2 TRLGSS en la redacción de la Disposición transitoria vigésima sexta).

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador de la construcción, por ejemplo, sufre la amputación de un brazo a consecuencia de un accidente de trabajo, las lesiones serán, cuando menos, constitutivas de una incapacidad permanente total para su profesión habitual; sin embargo si esta misma lesión la sufre un abogado que trabaja por cuenta ajena, producida por un accidente no laboral, tal dolencia no tiene que ser constitutiva necesariamente de una incapacidad permanente para su profesión. En definitiva no son las lesiones en sí mismas consideradas las que posibilitan la declaración de incapacidad sino la incidencia de dichas lesiones en la capacidad de trabajo.

Por ello, para la declaración de incapacidad en los grados de parcial o total será necesario precisar el concepto de profesión habitual, pues en unos casos se ha entendido que era equiparable a categoría profesional, en otros se ha equiparado profesión habitual y grupo profesional, otras veces se ha atendido a la categoría profesional reconocida y no a la efectivamente desempeñada y finalmente, más razonablemente, se ha atendido a las funciones concretas que venía realizando el trabajador habitualmente.

En cualquier caso los criterios a seguir pueden ser diferentes en función del origen de la incapacidad permanente y así cuando se trata de enfermedad común la profesión habitual será la desempeñada en los doce meses anteriores al hecho causante, mientras que tratándose de accidente, común o laboral, se considera profesión habitual a las labores realmente desarrolladas al ocurrir el accidente (STS 26 de abril de 2017, rec. 3050/2015).

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador viene realizando habitualmente determinadas funciones y excepcionalmente se le atribuye un nuevo trabajo en el que sufre un accidente, a efectos de profesión habitual habrá de atenderse al trabajo en el momento del accidente y no a las funciones que realizaba anteriormente.

Sobre este tema vino a incidir la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que al regular la compatibilidad entre pensión de incapacidad permanente total y trabajo, estableció dicha compatibilidad cuando las funciones (del nuevo trabajo) no coincidan con aquellas que dieron lugar a la incapacidad permanente total, de modo que se pone el acento en las funciones que se venían realizando, criterio que expresamente incorpora el artículo 198 del TRLGSS. En suma, procederá equiparar profesión habitual con funciones, rechazando la equiparación con categoría o grupo profesional.

6. REQUISITOS DEL BENEFICIARIO

En todos los supuestos ha de distinguirse si la incapacidad deriva de enfermedad común, accidente no laboral, accidente laboral, o enfermedad profesional.

Con carácter general el beneficiario ha de ser menor de aquella edad en la que pueda acceder a la jubilación ordinaria, salvo que se trate de una incapacidad derivada de contingencias profesionales (accidente de trabajo o enfermedad profesional), o que no se tenga derecho a pensión de jubilación, aun cuando se trate de enfermedad común o accidente no laboral, en cuyo caso puede accederse a la incapacidad con edad superior a la ordinaria de jubilación (art. 195.1 TRLGSS), si bien en este caso el porcentaje aplicable a la base reguladora para calcular el importe de la prestación no será el del grado de incapacidad reconocido, sino que procederá aplicar el que corresponda al periodo mínimo de cotización establecido en cada momento para el acceso a la pensión de jubilación y que en la actualidad es el del 50 por 100 de la base reguladora (art. 196.5 TRLGSS).

EJEMPLO PRÁCTICO

Un trabajador con 67 años de edad no podrá acceder a la prestación de incapacidad derivada de enfermedad común, salvo que no reúna el periodo mínimo de cotización para la pensión de jubilación. Por ello si tiene cotizaciones suficientes para la incapacidad permanente, pero no para la jubilación, podrá solicitar aquella, aunque supere la edad ordinaria de jubilación y le será reconocida, en su caso, por importe equivalente al 50 por 100 de la base reguladora (STS 21 de diciembre de 2011, rec. 1300/2011).

Salvo el supuesto anterior, la edad no es un factor a considerar para el reconocimiento de la incapacidad permanente (ver STS 20 de diciembre de 2016, rec. 535/2015).

6.1. Incapacidad derivada de enfermedad común

6.1.1. Requisitos del beneficiario

– Estar afiliado y en alta o situación asimilada, a excepción de la pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez (art. 195.1 y 4 TRLGSS).

El requisito de estar en alta o situación asimilada viene siendo interpretado de forma flexible y así se han considerado situaciones asimiladas, a efectos del reconocimiento de pensión de incapacidad permanente las siguientes:

- Trabajador que sufre accidente no laboral a los pocos días de causar baja voluntaria en su última ocupación, con la intención de iniciar nueva relación laboral (STS de 23 de febrero de 2017, rec. 2120/2015).
- Trabajador afectado de graves dolencias que justifican el haber descuidado su inscripción formal como demandante de empleo (SSTS 8 de marzo de 2017, rec. 2686/2016 y 3 de junio de 2014, rec. 2588/2013).

- Reconocimiento de una incapacidad permanente no contributiva (SSTS de 10 de noviembre de 2016, rec. 901/2015 y 22 de enero de 2013, rec. 1008/2012).

– Reunir un periodo mínimo de cotización que será:

a) Para la incapacidad permanente parcial, 1.800 días en los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha de la incapacidad (art. 195.2 TRLGSS).

b) Para la incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, el periodo a exigir será distinto en función de que el trabajador sea menor o mayor de 31 años.

Si es menor de 31 años deberá acreditar como cotizado la tercera parte del tiempo transcurrido ente la fecha en que cumplió los 16 años (edad mínima de acceso al trabajo) y la fecha del hecho causante de la pensión [art. 195.3.a) TRLGSS].

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador que tiene 28 años y 4 meses de edad es declarado en situación de incapacidad permanente total, el período exigible de cotización será el de cuatro años, o sea, la tercera parte del tiempo transcurrido entre los 16 y los 28 años (12 años: 3 = 4 años), ya que no se tienen en cuenta las fracciones de edad inferiores a seis meses y las que superen los seis meses se computan como medio año (art. 4.1 RD 1799/1985).

Si tiene 31 años o más se exigirá un periodo de cotización genérico y un periodo de cotización específico [art. 195.3.b) TRLGSS].

Por un lado, debe tener cotizado una cuarta parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los veinte años y el día en que se produzca la incapacidad, con un mínimo de cinco años; sin computarse las fracciones inferiores a seis meses.

Además de ese periodo de carencia genérica, al menos la quinta parte deberá haberse cotizado en los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante, siendo este el periodo que conocemos como cotización o carencia específica.

EDAD DEL TRABAJADOR EN LA FECHA DE LA INCAPACIDAD	CARENCIA GENERAL			CARENCIA ESPECÍFICA
	Años + Meses = Días			Dentro de los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha de la incapacidad
Desde 31 a 40 años	5	ó	1.825	365 días
40 años + 6 meses	5	1	1.855	371 días
41 años	5	3	1.915	383 días
41 años + 6 meses	5	4	1.945	389 días
42 años	5	6	2.005	401 días
42 años + 6 meses	5	7	2.035	407 días
43 años	5	9	2.095	419 días
43 años + 6 meses	5	10	2.123	423 días
44 años	6	ó	2.190	438 días

44 años + 6 meses	6	1	2.220	444 días
45 años	6	3	2.280	456 días
45 años + 6 meses	6	4	2.310	462 días
46 años	6	6	2.370	474 días
46 años + 6 meses	6	7	2.400	480 días
47 años	6	9	2.460	492 días
47 años + 6 meses	6	10	2.490	498 días
48 años	7	0	2.555	511 días
48 años + 6 meses	7	1	2.585	517 días
49 años	7	3	2.645	529 días
49 años + 6 meses	7	4	2.675	535 días
50 años	7	6	2.735	547 días
50 años + 6 meses	7	7	2.765	553 días
51 años	7	9	2.825	565 días
51 años + 6 meses	7	10	2.855	571 días
52 años	8	0	2.920	584 días
52 años + 6 meses	8	1	2.950	590 días
53 años	8	3	3.010	602 días
53 años + 6 meses	8	4	3.040	608 días
54 años	8	6	3.100	620 días
54 años + 6 meses	8	7	3.130	626 días
55 años	8	9	3.190	638 días
55 años + 6 meses	8	10	3.220	644 días
56 años	9	0	3.283	657 días
56 años + 6 meses	9	1	3.315	663 días
57 años	9	3	3.375	675 días
57 años + 6 meses	9	4	3.405	681 días
58 años	9	6	3.465	693 días
58 años + 6 meses	9	7	3.495	699 días
59 años	9	9	3.555	711 días
59 años + 6 meses	9	10	3.585	717 días
60 años	10	0	3.650	730 días
60 años + 6 meses	10	1	3.680	736 días
61 años	10	3	3.740	748 días
61 años + 6 meses	10	4	3.770	754 días
62 años	10	6	3.830	766 días
62 años + 6 meses	10	7	3.860	772 días
63 años	10	9	3.920	784 días
63 años + 6 meses	10	10	3.950	790 días
64 años	11	0	4.015	803 días
64 años + 6 meses	11	1	4.045	809 días
65 años	11	3	4.105	821 días

Si el solicitante no está en situación de alta o asimilada, sólo podrá acceder a la pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez si reúne un periodo de cotización de 15 años a lo largo de su vida laboral, de los cuales la quinta parte han de haber sido cotizados en los últimos diez años (art. 195.4 TRLGSS). Por el contrario, si las

lesiones que padece solo son constitutivas de una incapacidad permanente total para la profesión habitual carecería del derecho a prestación al exigirse para la misma la situación de alta o asimilada y al margen de que tuviera cotizaciones suficientes.

6.1.2. Reglas especiales sobre cómputo de cotizaciones

La regla general es que las cotizaciones hayan sido efectivamente realizadas por corresponderse con un periodo de trabajo efectivo y por tanto serían cotizaciones reales y debidamente ingresadas, computándose la parte proporcional de gratificaciones extraordinarias a efectos de alcanzar el periodo mínimo de carencia exigible (SSTS, Sala General, de 28 de enero de 2013, rec. 812/2012 y 2 de julio de 2014, rec. 269/2013, entre otras). También se computan las cotizaciones efectuadas al amparo de un convenio especial suscrito con posterioridad a la denegación de la incapacidad permanente por no acreditar el periodo mínimo de cotización (STS 21 de enero de 2015, rec. 127/2014).

Sin embargo existen otros supuestos en los que se computan ciertos periodos como cotizados, cuando realmente no ha existido tal cotización efectiva, como sucede por ejemplo con las cotizaciones computables en la excedencia por cuidado de hijos, cuidado de familiares, periodo que falte para agotar el periodo máximo de duración de la incapacidad temporal, etc., remitiéndonos sobre el particular a lo ya dicho sobre cómputo de cotizaciones “no reales” (capítulo 2, apartado 3.2) y a las reglas específicas sobre cómputo de cotizaciones para los trabajadores a tiempo parcial (capítulo 2, apartado 3.5).

Cuando la pensión se reconozca en el Régimen General por acreditar periodo de cotización suficiente, sin acudir al cómputo recíproco de cotizaciones, no es exigible el requisito de estar al corriente del pago de las cuotas en el periodo que el beneficiario estuvo de alta en el RETA (STS 27 de abril de 2016, rec. 1084/2014).

6.1.3. Cómputo de los periodos de cotización para los trabajadores a tiempo parcial

En el caso de que el trabajador acredite periodos de cotización a tiempo parcial se determinarán los días teóricos cotizados aplicando a los días en alta el coeficiente de parcialidad y a continuación se calculará el coeficiente global de parcialidad dividiendo los días teóricos de cotización por el número de días en situación de alta y ese coeficiente se aplica a los días de cotización exigible a un trabajador con jornada completa y en iguales circunstancias, siendo el resultado el número de días de cotización exigibles al trabajador a tiempo parcial (véase capítulo 1 epígrafe 5.5).

6.2. Incapacidad derivada de accidente no laboral, accidente de trabajo y enfermedad profesional

En caso de accidente no laboral el trabajador ha de estar en alta o situación asimilada, salvo que se trate de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, en cuyo caso no se precisa el cumplimiento de dicho requisito, si bien el periodo de carencia pasa a ser de quince años (art. 195.4, párrafo segundo, TRLGSS).

En los casos en que la incapacidad derive de accidente de trabajo o enfermedad profesional, se puede acceder a la prestación aunque el trabajador no haya sido dado de alta, ya que en estos casos, como se ha visto, se encuentra en alta presunta.

En todos estos casos no es exigible periodo de cotización alguno, salvo la excepción ya señalada de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez derivada de accidente no laboral y en situación de no alta.

EJEMPLO PRÁCTICO

A un trabajador de 60 años para causar una prestación de incapacidad permanente total le van a ser exigidos 10 años cotizados si aquella deriva de enfermedad común y se encuentra en situación de alta, ya que dicho periodo representa la cuarta parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió 20 años y los 60 años que tiene en el momento del hecho causante. Sin embargo, si la prestación procede de accidente no laboral (en alta), accidente laboral o enfermedad profesional, no le será exigido periodo de cotización alguno.

CONCEPTOS BÁSICOS A RECORDAR

- La declaración de incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, exige que las lesiones que padece el trabajador disminuyan o anulen su capacidad para el trabajo, de forma presumiblemente definitiva.
- Si las lesiones no fueran definitivas pero se hubiera agotado el plazo máximo de duración de la IT, también puede declararse la incapacidad, si bien con el carácter de no definitiva. Este reconocimiento de incapacidad no definitiva suspende y no extingue el contrato de trabajo.
- Los grados de incapacidad permanente son parcial, total, absoluta y gran invalidez.
- La incapacidad permanente parcial no extingue el contrato de trabajo por lo que el trabajador tiene derecho a continuar prestando servicios en la empresa.
- Si la declaración de incapacidad es la de total para la profesión habitual, absoluta para todo tipo de trabajo o la de gran invalidez, se produce la extinción del contrato de trabajo, si bien en el caso de incapacidad permanente total puede, por convenio colectivo, establecerse la obligación de dar ocupación al trabajador en otro puesto de trabajo.
- La declaración de incapacidad permanente total es compatible con la realización de otro trabajo distinto a aquel para el que el trabajador ha sido declarado incapaz.
- Para acceder a la incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, derivada de contingencia profesional, no se exige periodo alguno de cotización.
- La incapacidad permanente parcial derivada de contingencia común exige acreditar un periodo de cotización de 1.800 días.

-
- En el supuesto de reconocimiento de una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, derivada de accidente no laboral, si el trabajador no se encuentra en situación de alta le será exigible un periodo de cotización de 15 años.
 - No se puede acceder a la prestación de incapacidad permanente total si el trabajador no se encuentra en situación de alta o asimilada.

5

INCAPACIDAD PERMANENTE (II): CONTENIDO Y DINÁMICA DE LA PRESTACIÓN

1. CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN

La prestación consiste en una cantidad a tanto alzado o en el importe de una pensión vitalicia que dependerá del grado de incapacidad reconocido.

En todas las pensiones de incapacidad permanente, la cuantía de la pensión se calcula aplicando un determinado porcentaje a la base reguladora. Dicho porcentaje es diferente en función del grado de incapacidad reconocido, como veremos, pero dentro de cada grado el porcentaje no se modifica sea cual sea el origen de la incapacidad.

En todo caso el reconocimiento de una incapacidad permanente comporta otros derechos adicionales como la asistencia sanitaria, las prestaciones farmacéuticas, el acceso a los servicios sociales del IMSERSO, etc.

2. PROCEDIMIENTO DE CÁLCULO DE LA BASE REGULADORA DE LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE

2.1. Base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivadas de enfermedad común

2.1.1. Reglas generales

Se tienen en cuenta las cotizaciones realizadas por el trabajador en los ocho años anteriores al reconocimiento de la incapacidad, con la particularidad de que los dos años más próximos a su declaración se computan por el importe real cotizado, mientras que las cotizaciones de los seis años anteriores se revalorizan con la aplicación del IPC. Una vez obtenido el importe total de las cotizaciones de los ocho años, con sus revalorizaciones, su importe se divide por 112, resultado de sumar a los 96 meses que integran los ocho años, las 16 pagas extraordinarias del periodo [art. 197.1.a) TRLGSS].

A continuación se suman los años acreditados como cotizados y los que falten para acceder a la jubilación ordinaria, que a partir del 1 de enero de 2013 puede ser objeto de retraso, en función de las cotizaciones realizadas, hasta los 67 años, aunque existe un dilatado periodo transitorio que abarca hasta el año 2027, conforme a la siguiente escala [art. 197.1.b) en relación con la Disposición transitoria séptima TRLGSS]:

Año	Períodos cotizados	Edad exigida
2013	35 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 35 años y 3 meses.	65 años y 1 mes.
2014	35 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 35 años y 6 meses.	65 años y 2 meses.
2015	35 años y 9 meses o más.	65 años.
	Menos de 35 años y 9 meses.	65 años y 3 meses.
2016	36 o más años.	65 años.
	Menos de 36 años.	65 años y 4 meses.
2017	36 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 36 años y 3 meses.	65 años y 5 meses.
2018	36 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 36 años y 6 meses.	65 años y 6 meses.
2019	36 años y 9 meses o más.	65 años.
	Menos de 36 años y 9 meses.	65 años y 8 meses.
2020	37 o más años.	65 años.
	Menos de 37 años.	65 años y 10 meses.
2021	37 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 37 años y 3 meses.	66 años.
2022	37 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 37 años y 6 meses.	66 años y 2 meses.
2023	37 años y 9 meses o más.	65 años.
	Menos de 37 años y 9 meses.	66 años y 4 meses.
2024	38 o más años.	65 años.
	Menos de 38 años.	66 años y 6 meses.
2025	38 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 38 años y 3 meses.	66 años y 8 meses.
2026	38 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 38 años y 3 meses.	66 años y 10 meses.
A partir del año 2027	38 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 38 años y 6 meses.	67 años.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si el trabajador tuviera 60 años de edad y 25 de cotización efectiva, suponiendo que la incapacidad le sea reconocida en el año 2018, su edad ordinaria de jubilación sería a los 65 años y 6 meses, por lo que como tiene 60 años, le faltarían 5 años y 6 meses para la edad de jubilación, que unidos a los 25 años cotizados darían, en este supuesto hipotético, un total de treinta años y seis meses de cotización.

Totalizadas las cotizaciones, ha de acudirse a lo establecido en el art. 210 TRLGSS, que regula los porcentajes de la pensión de jubilación, si bien hasta 2027 para el exceso de los 15 primeros años se aplica los siguientes (DT 9ª TRLGSS):

Durante los años 2013 a 2019	Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 163, el 0,21 por 100, y por los 83 meses siguientes el 0,19 por 100.
Durante los años 2020 a 2022	Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 106, el 0,21 por 100, y por los 146 meses siguientes el 0,19 por 100.
Durante los años 2023 a 2026	Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 49, el 0,21 por 100, y por los 209 meses siguientes el 0,19 por 100.
A partir del año 2027	Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 248, el 0,19 por 100, y por los 16 meses siguientes el 0,18 por 100.

De esta forma partiendo de un periodo de cotización computable de 30 años y 6 meses del ejemplo anterior, el porcentaje aplicable será el siguiente:

- Por los 15 primeros años de cotización: 50 por 100.
- Por los 15 años y 6 meses que restan hasta los 30 años y 6 meses y que equivalen a 186 meses: 38,60 por 100 obtenido en la siguiente forma:
 - A los primeros 163 meses (después de los 15 años) se le aplica el porcentaje del 0,21 por 100, dando como resultado 34,23 por 100.
 - A los 23 meses restantes se le aplica el 0,19 por 100 dando como resultado 4,37 por 100.

En definitiva, en este caso el porcentaje aplicable del 88,60 (50 por 100 de los 15 primeros años, 34,23 por 100 de los 163 meses siguientes y 4,37 por 100 de los 23 últimos meses) y si la cotización de los ocho años anteriores a la jubilación fuera de 1.500 euros, daría como resultado 1.329 euros, que constituiría la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común.

2.1.2. Integración de periodos en descubierto para el cálculo de la base reguladora

Si en el periodo que haya de tomarse para el cálculo de la base aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido la obligación de cotizar, las primeras 48 mensualidades en descubierto se integrarán con la base mínima de cotización de todas las existentes en cada momento y el resto de mensualidades que excedan de las 48 primeras se computarán por el 50 por 100 de dicha base mínima de cotización (art. 197.4 TRLGSS).

ASPECTOS A DESTACAR

Como el periodo computable para el cálculo de la base reguladora es el de los ocho años anteriores a la fecha del hecho causante, si en esos ocho años existen periodos durante los cuales no se ha cotizado a la Seguridad

Social por cualquier motivo, los periodos no cotizados se integran con la base mínima de cotización vigente en la fecha del descubierto de cotización y hasta un máximo de 48 mensualidades. Si el periodo de descubierto fuera superior a esas 48 mensualidades, lo que exceda se integra con el 50 por ciento de la base mínima de cotización correspondiente a ese periodo.

Por ello, si los periodos en descubierto son dilatados y se superan los citados 48 meses, tal situación repercutirá a la baja en el cálculo de la base reguladora.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si una trabajadora no ha cotizado a la Seguridad Social durante un periodo de cinco años y ese periodo se encuentra dentro de los ocho años anteriores a la declaración de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, resultará que hasta un máximo de 48 meses el periodo sin cotización se “rellena” con la base mínima de cotización a la Seguridad Social vigente en la fecha de los descubiertos y los otros doce meses se integran con el 50 por 100 de dicha base mínima de cotización.

Cuando el periodo en descubierto en el que no haya existido obligación de cotizar sea inmediatamente posterior a la realización de un trabajo a tiempo parcial, las lagunas de cotización deberán integrarse con la base mínima correspondiente al número de horas contratadas a tiempo parcial, independientemente de que a lo largo de toda la vida laboral del trabajador se acredite un mayor número de cotizaciones a tiempo completo (STS 20 de abril de 2017, rec. 1480/2011 y 16 de marzo de 2017, rec. 1871/2013).

2.2. Base reguladora de la incapacidad permanente derivada de accidente no laboral

Si el trabajador está en situación de alta o asimilada, la base reguladora será el resultado de dividir por 28 la suma de 24 mensualidades cotizadas, elegidas por el beneficiario en los siete años inmediatamente anteriores a la incapacidad [art. 15.2.a) de la Orden de 15 de abril de 1969], si bien en este caso de existir lagunas de cotización en el periodo elegido, estas no se integran con la base mínima (STS 1 de febrero de 2010, rec. 359/2009).

EJEMPLO PRÁCTICO

Un trabajador perceptor del subsidio por desempleo, es declarado en IPT derivada de accidente no laboral, acreditando las siguientes cotizaciones en los siete años anteriores: año 2009, 1.000 euros/mes; año 2010, 850 euros/mes; año 2011, 1.100 euros/mes; año 2012, 1.200 euros/mes; año 2013, 1.200 euros/mes; años 2014 y 2015, 0 euros/mes (subsidio por desempleo). En este caso la base reguladora se calculará tomando en cuenta las cotizaciones de 2012 y 2013 por ser los periodos en los que la cotización es más

alta, dividiendo la cantidad resultante por 28. Así tendríamos que la cotización ascendería a 28.800 euros (1.200 euros/mes x 24 meses) y dividiendo dicha base por 28 se obtendría una base reguladora 1.028,57 euros.

Si el trabajador no estuviera en situación de alta o asimilada, solo tendría derecho a la pensión de incapacidad permanente derivada de accidente no laboral si el grado de incapacidad reconocido fuera el de absoluta o gran invalidez, para los cuales no se exige la situación de alta, pero en este caso la base reguladora se calcularía teniendo en cuenta los últimos ocho años de cotización y dividiendo su importe por 112, sin aplicación de ningún otro factor de corrección (art. 197.3 TRLGSS).

EJEMPLO PRÁCTICO

Si el trabajador no está en situación de alta o asimilada y se le reconoce una incapacidad permanente absoluta, se tomarían los últimos ocho años cotizados y se dividiría su importe por 112 y el resultado de dicha operación constituiría la base reguladora de la incapacidad permanente absoluta.

2.3. Base reguladora de la incapacidad permanente derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional

La base reguladora se calculará teniendo en cuenta los salarios reales del trabajador en el año anterior, integrando dicho salario los siguientes conceptos [art. 15.2.b) Orden de 15 de abril de 1969]:

- Sueldo diario, que se multiplica por los 365 días.
- Importe anual de las pagas extraordinarias, incluida la de beneficios si la hubiere.
- Pluses y retribuciones complementarios de todo tipo, percibidos en el año. En este caso el total de lo percibido por tales pluses (antigüedad, plus de asistencia, plus de actividad, nocturnidad, etc.) se divide por el número de días efectivamente trabajados y el resultado se multiplica por 273, o por los días de trabajo establecidos en convenio.
- Horas extraordinarias si las hubiere.

La base reguladora es el resultado de dividir por 12 la suma de los conceptos citados.

Las reglas anteriormente expresadas para el cálculo de la base reguladora, que son las comunes, no son de aplicación cuando se trata de determinar dicha base respecto de los trabajadores fijos-discontinuos, pues para tal supuesto es de aplicación lo establecido en el artículo 7.3 del RD 1131/2002, de 31 de octubre, en el que se establece que “para la determinación de la base reguladora de las pensiones derivadas de contingencias profesionales, en los supuestos en que el trabajador no preste servicios todos los días o, prestándolos, su jornada de trabajo sea no obstante irregular o variable, el salario diario será el que resulte de dividir por siete o treinta el semanal o mensual pactado en función de la distribución de las horas de trabajo concretadas en el contrato para cada uno de estos periodos”, añadiendo su último párrafo que “en el caso de contratos de trabajo fijo-discontinuo, el salario diario será el que resulte de dividir, entre el número de

días naturales de campaña transcurridos hasta la fecha del hecho causante, los salarios recibidos por el trabajador en el mismo periodo”. Por tanto, en estos casos el periodo de cálculo no es el último año completo sino el que comprende los días transcurridos entre aquel en el que dio comienzo la campaña del fijo-discontinuo y el día en el que se produjo el accidente de trabajo (STS 25 de febrero de 2008, rec. 4689/2006).

3. CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE

3.1. Incapacidad permanente parcial

La prestación consistirá en una cantidad a tanto alzado de 24 mensualidades de la base reguladora (art. 196.1 TRLGSS y art. 9 Decreto 1646/1972, de 23 de junio).

La base reguladora será la base de cotización del mes anterior a la situación de incapacidad temporal que haya precedido a la incapacidad permanente parcial.

EJEMPLO PRÁCTICO

Un trabajador es dado de baja en el mes de octubre por un accidente no laboral y en el mes anterior la base de cotización por contingencias comunes era la de 1.000 euros. Si este trabajador fuera declarado incapacitado permanente parcial, la indemnización a percibir será la de 24 mensualidades de la base de 1.000 euros, es decir 24.000 euros.

3.2. Incapacidad permanente total para la profesión habitual

3.2.1. Cuantía

Esta prestación consiste en el abono de una pensión vitalicia en cuantía del 55 por 100 de la base reguladora (arts. 196.2 TRLGSS, 12.2 Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre y 15 de la Orden de 15 de abril de 1969) que puede ser incrementada en un 20 por 100 si se dan las siguientes circunstancias (art. 6.2 Decreto 1646/1972):

- Tener más de 55 años.
- No trabajar por cuenta propia o ajena.
- Que existan condiciones socio-laborales en el lugar de residencia que dificulten notoriamente su acceso al trabajo.

Los porcentajes se aplican con independencia de que la incapacidad permanente derive de contingencias común o profesional, por lo que lo que hace que varíe la cuantía de la prestación es el importe de la base reguladora.

Tratándose de trabajadores por cuenta ajena el incremento del 20 por 100 viene reconocido de forma prácticamente automática, dados los altos índices de paro existentes. Sin embargo, para los trabajadores autónomos se le ha denegado el incremento al no acreditar el solicitante la concurrencia de las circunstancias que justifican su reconoci-

miento (STS 16 de febrero de 2017, rec. 2535/2015); denegándose también al trabajador agrícola por cuenta propia que sigue siendo titular de una explotación agraria que tiene arrendada (STS 5 de julio de 2016, rec. 379/2015).

La cuantía de la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común no podrá ser inferior al **importe mínimo fijado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común de titulares menores de 60 años con cónyuge no a cargo (artículo 196.2 TRLGSS, en la redacción dada por el RDL 28/2018)**.

Cabe la posibilidad de sustituir la pensión de incapacidad permanente total por una indemnización a tanto alzado si el beneficiario es menor de 60 años (art. 10 Decreto 1646/1972 y Orden de 31 de julio de 1972). La cuantía de tal indemnización se calcula en función de la edad del trabajador y aplicando la siguiente escala:

Edad cumplida	Número de mensualidades
Menor de 54 años	84
54	72
55	60
56	48
57	36
58	24
59	12

3.3. Incapacidad permanente absoluta

La prestación de incapacidad permanente absoluta consiste en el abono mensual de una pensión del 100 por 100 de la base reguladora, que se calculará en la forma indicada al analizar el cálculo de la base reguladora de la incapacidad permanente total, al cual nos remitimos (art. 196.3 TRLGSS y 17 Orden 15 de abril de 1969).

En todo caso hay que precisar que si la incapacidad permanente absoluta deriva de accidente no laboral y el solicitante no se encuentra en situación de alta o asimilada, la base reguladora se calculará como si se tratara de una incapacidad derivada de enfermedad común, pero aplicando solamente las disposiciones previstas en la regla a) del apartado 1 del art. 197 TRLGSS, es decir, dividiendo por 112, las bases de cotización de los 96 meses anteriores a la declaración de incapacidad.

EJEMPLO PRÁCTICO

Un trabajador es declarado en situación de incapacidad permanente absoluta derivada de accidente no laboral. La base de cotización actualizada de los últimos ocho años asciende a 102.000 euros, y en los dos últimos años cotizados, la cotización real efectuada asciende a 30.000 euros ¿Cuál sería el importe de la pensión de incapacidad permanente absoluta en el supuesto de que el trabajador estuviera en alta? ¿Y si no lo estuviera?

Si está en alta, se toman las bases de cotización de los últimos dos años (30.000 euros) y se dividen por 28, lo que da un resultado de 1.071,42 euros mensuales, por lo que al ser la pensión del 100 por 100 de dicha base, cobraría la citada cantidad en 14 pagas anuales.

Si no está en alta, se tomarán las bases de cotización de los últimos ocho años (102.000 euros), y se dividen por 112, lo que da un resultado de 910,71 euros, por lo que este será el importe de la pensión en 14 pagas anuales.

3.4. Gran invalidez

Si el trabajador fuese calificado como gran inválido, tendrá derecho a la pensión correspondiente, incrementada con un complemento destinado a remunerar a la persona que le atienda (art. 196.4 TRLGSS). Dicho complemento será equivalente a la suma del 45 por 100 de la base mínima de cotización vigente en la fecha del hecho causante, más el 30 por 100 de la última base de cotización del interesado, sin que en ningún caso, el incremento pueda ser inferior al 45 por 100 de la pensión percibida por el trabajador (ver SSTS 6 de abril de 2015, rec. 175/2014 y 16 de junio de 2010, rec. 3774/2009, sobre cálculo del complemento de gran invalidez que rectifica el criterio del INSS).

EJEMPLO PRÁCTICO

Si la base mínima de cotización en el momento de la declaración de incapacidad es de 600 euros y su última base es de 1.200 euros, el complemento (no la pensión básica) se calculará de la siguiente forma: al 45 por 100 de la base mínima de 600 euros (270) se le suma el 30 por 100 de la última base de 1.200 euros (360), por lo que, el complemento será de 630 euros, que al ser superior al 45 por 100 de la pensión, no vendrá afectado por mínimos.

3.5. Incapacidad permanente derivada de contingencias comunes reconocida a quienes hayan alcanzado la edad ordinaria de jubilación y no reúnan los requisitos para acceder a dicha pensión

Para los trabajadores mayores de 65 años que accedan a pensión de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y que no reúnan los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, la cuantía de la pensión de incapacidad, con independencia del grado reconocido, será equivalente al porcentaje que corresponda al periodo mínimo de cotización establecido en cada momento para acceder a la pensión de jubilación, de forma que en el momento actual el porcentaje a aplicar a la base reguladora será el del 50 por 100 (art. 196.5 TRLGSS y arts. 10 y ss. RD 1132/2002).

La base reguladora sobre la que se aplica el porcentaje anterior se calcula conforme a las reglas generales examinadas anteriormente para los supuestos de incapacidad permanente total o absoluta derivada de contingencias comunes, aplicando tan sólo la regla a) del número 1 del art. 197 TRLGSS ya explicada.

EJEMPLO PRÁCTICO

Un trabajador con 66 años de edad que tiene cotizados un total de 12 años no podría acceder a la pensión de jubilación. Ahora bien, sí podría acceder a la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes, si presenta lesiones que justifican dicho reconocimiento. En el supuesto de que la base actualizada de cotización de los últimos ocho años fuera de 1.000 euros y el grado de incapacidad fuera el de absoluta, la pensión sería la del 50 por 100 de la base, es decir el porcentaje mínimo de la pensión de jubilación, por lo que dicha pensión sería de 500 euros mensuales.

3.6. Cálculo de la pensión de incapacidad permanente para los trabajadores a tiempo parcial

A efectos de determinar la cuantía de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, al número de días cotizados que resulte de la aplicación del coeficiente de parcialidad (ver capítulo 1, epígrafe 5.5) se le aplicará un coeficiente del 1,5, sin que el número de días resultante pueda ser superior al periodo de alta a tiempo parcial (art. 248.3 TRLGSS).

EJEMPLO PRÁCTICO

Si el número de días que acredita un trabajador a tiempo parcial es el de 7.000, sumando los días teóricos de cotización y los que le faltan para alcanzar la edad de jubilación, a estos días se le aplicará el coeficiente de 1,5 y el resultado será de 10.500 días (7.000 x 1,5). A este periodo es al que se le aplica la escala del art. 210.1 TRLGSS para calcular la base reguladora de la prestación, sobre la cual se aplica el porcentaje que corresponda en función del grado de incapacidad permanente que haya sido reconocido.

3.7. Incremento de la pensión de incapacidad permanente para las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados

Las pensiones de incapacidad permanente en cualquiera de sus grados serán objeto de incremento mediante la aplicación del complemento por maternidad a que se refiere el artículo 60 TRLGSS, al que nos hemos referido en el capítulo 1, epígrafe 6.5.

4. NACIMIENTO, DEVENGO Y EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE

4.1. Nacimiento

El derecho a las prestaciones económicas de incapacidad permanente se reconoce mediante resolución de la Dirección Provincial del INSS, cuando concurran en el bene-

ficiario todos los requisitos legalmente exigibles, a que anteriormente se han hecho referencia (art. 200.1 TRLGSS).

4.2. Devengo

Si la prestación consiste en una cantidad a tanto alzado se abona a partir del momento en que se dicte la resolución de la Dirección Provincial del INSS reconociendo el derecho a la indemnización, y ello con independencia de que se interponga cualquier tipo de recurso contra la resolución, dado que la misma tiene carácter ejecutivo.

Si se reconoce el derecho a una pensión, se abona por mensualidades vencidas, con dos pagas extraordinarias al año, salvo que se trate de pensiones derivadas de contingencia profesional, en cuyo caso no se abonan pagas extraordinarias, al haberse prorrateado su importe en las mensualidades ordinarias.

Siempre que el empresario haya cumplido con sus obligaciones en materia de afiliación, alta y cotización, la responsabilidad en el pago de la prestación correrá a cargo de:

- El INSS, si se trata de incapacidad derivada de contingencia común.
- El citado Instituto o la Mutua, en el caso de que la incapacidad derive de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Si la empresa hubiera incumplido sus obligaciones en materia de afiliación, alta y cotización podrá ser responsable dicha empresa del abono de la prestación, en los términos que han sido analizados anteriormente, si bien existirá siempre obligación de anticipo de la prestación con cargo al INSS o a la Mutua si el trabajador se encuentra dado de alta en el momento del hecho causante que ocasiona la incapacidad, y en todo caso si la misma procede de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Para la fecha de efectos económicos procede diferenciar las siguientes situaciones:

- Si se accede desde la situación de activo, los efectos de la pensión coinciden con el cese en el trabajo (STS 22 de junio de 2016, rec. 353/2015).

- Cuando el trabajador es declarado en incapacidad permanente total y pasa a desempeñar otro trabajo o una segunda actividad, la fecha de efectos económicos coincidirá con el cese en el trabajo original (STS 26 de abril de 2017, rec. 3050/2015).

- En el caso de que exista alta con informe propuesta para declaración de incapacidad, la fecha de efectos se retrotrae a la del alta, salvo que la prestación reconocida sea de cuantía inferior a la que se venía percibiendo por la IT prorrogada, en cuyo caso los efectos coincidirán con la resolución definitiva que reconozca la incapacidad.

- Si la incapacidad permanente se reconoce por sentencia judicial la fecha de efectos se retrotrae al reconocimiento médico del EVI, salvo que se acredite prestación de servicios o se viniera percibiendo subsidio de IT en cuantía superior a la pensión reconocida (SSTS 21 y 22 de junio de 2016, recs. 3885/2014 y 353/2015).

- En caso de revisión del grado de incapacidad, los efectos económicos serán desde el día siguiente al de la resolución administrativa que pone fin al procedimiento de revisión (STS 25 de octubre de 2016, rec. 2300/2015).

4.3. Extinción

Reconocido el derecho a una pensión de incapacidad permanente, podrá extinguirse por las siguientes causas (art. 23.1 Orden 15 de abril de 1969):

- Por revisión del grado de incapacidad reconocido.
- Por reconocimiento de pensión de jubilación, cuando se opte por esta última.
- Por fallecimiento del beneficiario.

5. REVISIÓN DEL GRADO DE INCAPACIDAD

Una vez reconocida la incapacidad permanente, es posible que las lesiones que han servido de base para otorgar el grado de incapacidad de que se trate experimenten una agravación o una mejoría sensible, en cuyo caso es posible revisar el grado de incapacidad, bien sea para que se reconozca uno superior, o bien, cuando se trate de mejoría, para que se declare un grado inferior o la plena capacidad laboral del trabajador, y en este último caso dejaría de percibir la prestación de incapacidad, careciendo del derecho a reincorporarse a la empresa de origen, salvo que la incapacidad se hubiera reconocido con suspensión del contrato de trabajo en los términos del artículo 48.2 ET. Si se careciera del derecho a la reincorporación al trabajo podría solicitarse subsidio por desempleo en los términos del artículo 274.1.d) TRLGSS.

Asimismo puede producirse la revisión cuando se evidencie la existencia de un error de diagnóstico, que haya inducido a una errónea calificación de la incapacidad.

Así pues, la incapacidad permanente reconocida puede ser objeto de revisión en los siguientes casos:

- Por agravación o mejoría de las lesiones que motivaron la inicial calificación de la incapacidad.
- Por error de diagnóstico.

Cuando se trate de revisión por agravación o mejoría, es necesario que transcurra el plazo que obligatoriamente ha de establecerse en cualquier resolución que reconozca un grado de incapacidad, o que confirme el grado reconocido previamente.

EJEMPLO PRÁCTICO

Un trabajador es declarado en situación de incapacidad permanente absoluta por padecer una insuficiencia renal crónica. Ante la agravación de las dolencias, es objeto de un trasplante, que mejora su situación personal.

En este caso, si se entendiera que el trabajador ha recuperado total o parcialmente su capacidad laboral, podría ser objeto de revisión de grado de incapacidad, bien para que se declarara en un grado inferior que en este caso sería el de permanente y total para la profesión habitual, o bien podría entenderse que no está afecto de ningún grado de incapacidad, en cuyo supuesto se extinguiría su derecho a pensión.

La revisión por agravación o mejoría puede llevarse a cabo en tanto el beneficiario no haya cumplido la edad ordinaria de jubilación (art. 200.2 TRLGSS).

6. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE SOBRE EL CONTRATO DE TRABAJO

6.1. Incapacidad permanente parcial

Reconocido dicho grado de incapacidad, el trabajador tiene derecho a mantener su contrato de trabajo, ya que las lesiones que dan lugar al reconocimiento de este grado de incapacidad no le impiden desarrollar las funciones básicas de su profesión.

6.2. Incapacidad permanente total

Si en el momento de la declaración de este grado de incapacidad se considera por el INSS que las lesiones pueden ser objeto de mejoría, se producirá la suspensión del contrato de trabajo por un periodo máximo de dos años (art. 48.2 ET).

Por el contrario, si se entiende que las lesiones tienen carácter de irreversibles, la declaración de incapacidad permanente produce la extinción del contrato de trabajo, salvo que por convenio colectivo la empresa venga obligada a facilitar al trabajador otro puesto de trabajo acorde con sus aptitudes físicas [art. 49.1.e) ET].

La prestación por incapacidad permanente total es compatible con la realización de cualquier otro trabajo por cuenta propia o ajena en el que las funciones básicas a realizar no coincidan con las que llevaba a cabo el trabajador en el momento en que le fue reconocido dicho grado de incapacidad.

6.3. Incapacidad permanente absoluta

También aquí el contrato se suspende o se extingue en función de que se considere que las lesiones son susceptibles de mejoría o tienen el carácter de irreversibles.

En este supuesto el convenio no puede prever la asignación de otro puesto de trabajo, ya que el trabajador tiene totalmente agotada su capacidad laboral.

En relación con la posible compatibilidad entre la incapacidad permanente absoluta y el trabajo, se trata de un tema ciertamente complejo ya que el art. 141.2 de la anterior LGSS disponía que las pensiones vitalicias en caso de incapacidad absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión, habiendo declarado los tribunales, inicialmente, que la actividad, de existir, ha de ser de carácter ocasional y en cualquier caso no ser la misma por la que el beneficiario fue declarado en situación de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, habiéndose establecido la posibilidad de suspender el abono de la pensión, en el marco de un procedimiento de revisión de grado, cuando el beneficiario desempeñe una actividad (art. 18.4 de la Orden de 18 de enero de 1996).

El anterior criterio fue modificado por el TS manteniendo la compatibilidad entre la incapacidad permanente absoluta y la gran invalidez con el trabajo por cuenta propia o ajena, siempre que no se haya producido un cambio o revisión de las lesiones, incluso aunque se trate de una actividad nueva y realizable a tiempo completo, siempre que su realización no resulte perjudicial o inadecuada para el estado del incapacitado y no suponga incurrir en un supuesto de revisión por mejoría, de manera que lo que se valora a efectos de establecer la compatibilidad no son las rentas prestacionales o laborales, sino la relación entre el trabajo y la situación clínica del pensionista (STS 25 de abril de 2018, rec. 2322/2016).

Sobre el tema ha venido a incidir la Ley 27/2011 al establecer que el disfrute de la pensión de incapacidad permanente absoluta y de gran invalidez a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social, con lo cual implícitamente se viene a reconocer la compatibilidad de la pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez con el trabajo hasta el momento de la edad de acceso a la pensión de jubilación, declarándose la incompatibilidad a partir de dicho momento, criterio que ha sido expresamente recogido en el art. 198.2 y 3 TRLGSS.

6.4. Gran invalidez

También en este caso, el contrato se suspende o se extingue en función de que se considere que las lesiones son susceptibles de mejoría o tienen el carácter de irreversibles.

Tampoco el convenio podría prever la asignación de otro puesto de trabajo, ya que el trabajador tiene totalmente agotada su capacidad laboral, siendo también de aplicación a la gran invalidez las reglas sobre compatibilidad con el trabajo a que nos hemos referido en el apartado anterior.

7. COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE CON OTRAS PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

El artículo 163.1 TRLGSS, al igual que ya establecía el 122 LGSS/1994, dispone que las pensiones del Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente, añadiendo que en caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas.

Esta norma ha sido interpretada por nuestros tribunales, con relación a las pensiones de incapacidad permanente, en el sentido de declarar su compatibilidad con otras pensiones en los siguientes casos:

- Pensión de incapacidad permanente del Régimen General, derivada de enfermedad profesional, con pensión de jubilación de clases pasivas (STS 10 de mayo de 2006, rec. 4521/2004).

– Pensión de incapacidad absoluta derivada de enfermedad profesional con pensión de jubilación del RETA (STS 8 de marzo de 2012, rec. 891/2011).

– Pensiones de incapacidad permanente total causadas en distintos regímenes de Seguridad Social (Régimen General y Régimen Especial de Trabajadores Autónomos) por cotizaciones no simultáneas y suficientes en cada régimen (STS 20 de enero de 2011, rec. 708/2010).

– Pensión de incapacidad permanente total con jubilación parcial, cuando la incapacidad fue reconocida para un trabajo realizado con anterioridad y para otra empresa (STS de 28 de octubre de 2014, rec. 1600/2013).

– Pensión de incapacidad permanente en el Régimen General y en el Régimen Especial Agrario por cumplir los requisitos exigidos en cada régimen para causar la pensión (SSTS 22 de noviembre de 2010, rec. 233/2010 y 11 de mayo de 2010, rec. 3640/2010).

– Incapacidad permanente absoluta en el Régimen General con incapacidad permanente total en el RETA, en función de existir cotizaciones suficientes en ambos regímenes (STS 12 de mayo de 2010, rec. 3316/2009).

– Pensiones de gran invalidez reconocidas en el RETA y en el Régimen General, computando cotizaciones diferentes, si bien el complemento para tercera persona no puede percibirse doblemente, debiendo el beneficiario optar por el que le resulte más favorable (STS 21 de febrero de 2018, rec. 1498/2016).

Así pues la incompatibilidad se produce solamente cuando se trate de pensiones de incapacidad permanente en cuyo caso procederá optar por la más favorable (SSTS 5 de febrero de 2008, rec. 462/2007 y 18 de julio de 2003, rec. 2924/2002).

8. LESIONES PERMANENTES NO INVALIDANTES

8.1. Concepto

Son aquellas lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo, causadas por accidente de trabajo o enfermedad profesional que, sin llegar a constituir una incapacidad permanente, supongan una disminución o alteración de la integridad física del trabajador y aparezcan recogidas en el baremo establecido al efecto, cuyas cuantías indemnizatorias son las establecidas en la Orden ESS/56/2013, de 28 de enero (arts. 201 y ss. TRLGSS).

8.2. Beneficiarios

Trabajadores por cuenta ajena que a consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional sufran lesiones, mutilaciones o deformidades, de carácter definitivo, que no tengan entidad suficiente para generar una incapacidad permanente (art. 202 TRLGSS).

8.3. Contenido de la prestación

La prestación consiste en el abono de una indemnización, por una sola vez, cuya cuantía viene fijada en el baremo citado, en función de la lesión sufrida.

8.4. Revisión

En el supuesto de agravación de las lesiones, mutilaciones o deformidades, el trabajador puede solicitar el reconocimiento del derecho a prestación por incapacidad permanente (SSTS 30 de junio de 2008, rec. 4827/2006 y 4 de mayo de 2006, rec. 644/2005).

9. RELACIÓN ENTRE INCAPACIDAD PERMANENTE Y DISCAPACIDAD

Los incapacitados permanentes en los grados de total, absoluta y gran invalidez no ostentan automáticamente, a todos los efectos, la condición de personas con discapacidad, con los derechos y ventajas que ello comporta, ya que la equiparación del artículo 1.2 de la Ley 51/2003, se limita únicamente a los efectos previstos en la mencionada ley y normas de desarrollo (STS 7 de abril de 2016, rec. 2026/2014), **habiéndose declarado ineficaz, por incurrir en *ultra vires*, el artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, en cuanto dispone que es aplicable “a todos los efectos” la equiparación de los pensionistas de incapacidad permanente total y absoluta con el grado de discapacidad del 33 por 100 (SSTS –Pleno– de 29 de noviembre de 2018, dos sentencias, recs. 239/2018 y 1826/2017).**

CONCEPTOS BÁSICOS A RECORDAR

- La base reguladora de la incapacidad permanente parcial es la correspondiente al mes anterior a la fecha de la baja por IT de la que deriva dicha incapacidad permanente parcial.
- Si se trata de una pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común se tiene en cuenta la base de cotización de los últimos ocho años, actualizando con el IPC los seis primeros, y el resultado se divide por 112. A continuación se tienen en cuenta los años cotizados y los que le restan al trabajador para alcanzar la edad ordinaria de jubilación y con la suma de ambos periodos se calcula el porcentaje aplicable a las bases de cotización de los últimos ocho años, siendo el resultado obtenido el importe de la base reguladora.
- Cuando la pensión de incapacidad permanente deriva de accidente no laboral se tienen en cuenta las cotizaciones realizadas por el interesado en un periodo de 24 meses, elegido en los siete años inmediatamente anteriores y el resultado se divide por 28.
- La cuantía de la prestación de incapacidad permanente parcial es la del 55 por 100 de la base reguladora, incrementada en un 20 por 100 para mayores de 55 años.
- La pensión de incapacidad permanente total puede ser sustituida por una indemnización a tanto alzado, siempre que el beneficiario sea menor de 60 años.

- La pensión de incapacidad permanente absoluta asciende al 100 por 100 de la base reguladora.

- La incapacidad permanente puede ser objeto de revisión por agravación o mejoría y por error de diagnóstico.

- La existencia de lesiones permanentes no invalidantes solo puede ser reconocida por accidente de trabajo o por enfermedad profesional.

- La cuantía de la prestación por lesión permanente no invalidante consiste en el abono de una indemnización, por una sola vez, abonable conforme a baremo.

- Las lesiones permanentes no invalidantes pueden ser objeto de revisión por agravación y al objeto de obtener una prestación de incapacidad permanente.

6

PRESTACIÓN DE JUBILACIÓN ORDINARIA: ASPECTOS GENERALES

1. NORMATIVA REGULADORA

- Arts. 204 y ss. TRLGSS.
- Orden de 18 de enero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el Régimen General de la Seguridad Social.
- Real Decreto 1647/1997 de 31 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1997, de 15 de julio.
- Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social.
- RDL 5/2013, de 5 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

2. CONCEPTO

La pensión de jubilación ordinaria consiste en una renta vitalicia que sustituye y compensa la pérdida de ingresos profesionales de una persona, cuando cesa en su vida laboral, a consecuencia del cumplimiento de una determinada edad.

El artículo 204 TRLGSS establece que “La prestación económica por causa de jubilación, en su modalidad contributiva, será única para cada beneficiario y consistirá en una pensión vitalicia que le será reconocida, en las condiciones, cuantía y forma que reglamentariamente se determinen, cuando, alcanzada la edad establecida, cese o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena”.

Por tanto, dos elementos son fundamentales para acceder a la pensión de jubilación: la edad y el cese en el trabajo, si bien con relación a este último se admite que el cese pueda tener carácter parcial, haciéndolo compatible con jubilación parcial y también, como veremos, a partir del 1 de abril de 2013 se podrá percibir pensión de jubilación y mantener el trabajo.

3. CARACTERES DE LA PRESTACIÓN

Sin perjuicio de otras notas que son comunes al resto de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social, podemos señalar, como peculiaridades concretas de la pensión de jubilación, las siguientes:

– Naturaleza económica, pues con independencia de otros derechos de protección social inherentes a la prestación de jubilación, la pensión se configura con un carácter económico que sustituye a los ingresos que el trabajador percibía anteriormente.

– Carácter vitalicio, ya que la duración de la prestación es de carácter indefinido, sin perjuicio de que, en determinados supuestos, pueda suspenderse la prestación, cuando dejen de concurrir las circunstancias legalmente exigibles, como sucede por ejemplo cuando un jubilado reanuda la actividad laboral por cuenta propia o ajena.

– Prestación netamente contributiva, ya que su cuantía se calcula en función de los años cotizados y de la cantidad cotizada a lo largo de un dilatado periodo de tiempo, a diferencia de lo que ocurre con otras prestaciones del sistema, las cuales, una vez reunido el periodo mínimo de cotización, va a resultar intrascendente el número de años cotizados (incapacidad temporal, incapacidad permanente, viudedad, orfandad, etc.).

– Carácter imprescriptible (art. 212 TRLGSS), ya que el derecho al reconocimiento de la pensión no prescribe, lo que supone que el trabajador puede solicitar la misma en cualquier momento posterior a la fecha en la que concurran los requisitos necesarios para acceder a la pensión, si bien, en el supuesto de demora en la petición, los efectos económicos se producirán sólo a partir de los tres meses anteriores a la solicitud, si el trabajador está en situación de alta; si el trabajador no está en alta o está en situación asimilada al alta, los efectos serán a partir de la fecha de la solicitud.

4. REQUISITOS DE ACCESO

4.1. Situación de alta real, alta asimilada o no alta del solicitante

Hemos visto que la mayor parte de las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social exigen el requisito de la situación de alta o asimilada del trabajador, situación esta que no concurre en la pensión de jubilación, ya que desde el año 1985 se ha suprimido este requisito para acceder a la pensión, siempre que se solicite tras el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, manteniéndose el requisito del alta para las jubilaciones con edad inferior a la ordinaria (art. 205.3 TRLGSS).

4.2. Edad mínima

4.2.1. Jubilación ordinaria a partir del 1 de enero de 2013

A partir del 1 de enero de 2013, la edad de jubilación a los 65 años queda limitada a quienes tengan acreditada una determinada cotización comprendida entre 35 años y tres meses (en 2013) y 38 años y 6 meses (a partir del año 2027), mientras que quienes no alcancen dicha cotización irán demorando la edad de jubilación, paulatinamente, de los 65 a los 67 años, aplicando la siguiente escala, incorporada como disposición transitoria séptima TRLGSS:

«Disposición transitoria séptima. Aplicación paulatina de la edad de jubilación y de los años de cotización.

Las edades de jubilación y el periodo de cotización a que se refiere el art. 205.1.a), así como las referencias a la edad que se contienen en los arts. 152.1, 207.1.a) y 2, 214.1.a) y 311.1, se aplicarán de forma gradual, en los términos que resultan del siguiente cuadro:

Año	Períodos cotizados	Edad exigida
2013	35 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 35 años y 3 meses.	65 años y 1 mes.
2014	35 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 35 años y 6 meses.	65 años y 2 meses.
2015	35 años y 9 meses o más.	65 años.
	Menos de 35 años y 9 meses.	65 años y 3 meses.
2016	36 o más años.	65 años.
	Menos de 36 años.	65 años y 4 meses.
2017	36 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 36 años y 3 meses.	65 años y 5 meses.
2018	36 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 36 años y 6 meses.	65 años y 6 meses.
2019	36 años y 9 meses o más.	65 años.
	Menos de 36 años y 9 meses.	65 años y 8 meses.
2020	37 o más años.	65 años.
	Menos de 37 años.	65 años y 10 meses.
2021	37 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 37 años y 3 meses.	66 años.
2022	37 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 37 años y 6 meses.	66 años y 2 meses.
2023	37 años y 9 meses o más.	65 años.
	Menos de 37 años y 9 meses.	66 años y 4 meses.
2024	38 o más años.	65 años.
	Menos de 38 años.	66 años y 6 meses.
2025	38 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 38 años y 3 meses.	66 años y 8 meses.
2026	38 años y 3 meses o más.	65 años.
	Menos de 38 años y 3 meses.	66 años y 10 meses.
A partir del año 2027	38 años y 6 meses o más.	65 años.
	Menos de 38 años y 6 meses.	67 años.

En definitiva, existe una edad ordinaria de jubilación a los 65 años para quienes reúnan un determinado periodo de cotización, y otra edad de jubilación que se irá incrementando de forma gradual a partir de 2013 hasta alcanzar los 67 años en enero de 2027.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador tiene previsto jubilarse en el año 2016, para poder hacerlo a los 65 años necesitará acreditar un periodo mínimo cotizado de 36 años y de no ser así su jubilación no podrá producirse hasta los 65 años y 4 meses según la tabla anterior.

4.2.2. Posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación

El establecimiento de una edad límite para mantener la actividad laboral fue declarado nulo por el Tribunal Constitucional, que no obstante posibilitó que, en el marco de la negociación colectiva, la jubilación forzosa fuera utilizada como instrumento para realizar una política de empleo, y así se recogió en la Disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores.

Tal posibilidad fue suprimida por medio del Real Decreto Ley 5/2001, de 2 de marzo (tramitado como Ley 12/2001, de 9 de julio) que derogó la citada Disposición del Estatuto de los Trabajadores, si bien la Ley 14/2005, de 1 de julio, volvió a incorporar al Estatuto de 1995 la Disposición adicional décima, conforme a la cual en los convenios colectivos podrían establecerse cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento del trabajador de la edad ordinaria de jubilación, siempre que concurrieran determinados requisitos.

Posteriormente la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, declaró nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación establecida en las normas de Seguridad Social, por lo que nuevamente desaparecía de nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de pactar en los convenios colectivos la extinción de contratos por cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación.

En esta situación, al suscribirse por los agentes sociales el IV Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva, en 5 de julio de 2018, las organizaciones firmantes solicitaron de la Administración que promoviera los cambios legales necesarios para habilitar a la negociación colectiva para establecer cláusulas de extinción de los contratos de trabajo por cumplimiento de la edad de jubilación, ligadas a objetivos de política de empleo y relevo generacional; habiéndose llevado a cabo tales cambios por medio de la Disposición final primera del RDL 28/2018, de 28 de diciembre, que vuelve a dar nueva redacción a la Disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores, admitiendo que los convenios colectivos puedan establecer cláusulas que posibiliten la extinción de los contratos de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad legal de jubilación y siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

– El trabajador afectado por la extinción del contrato ha de cumplir los requisitos para tener derecho a la pensión de jubilación en cuantía del 100 por cien de la base.

– La medida debe vincularse a objetivos de política de empleo tales como la mejora de la estabilidad en el empleo por la transformación de contratos temporales en indefinidos, la contratación de nuevos trabajadores, el relevo generacional o cualesquiera otras dirigidas a favorecer la calidad del empleo.

4.3. Periodo mínimo de cotización

La normativa reguladora de la pensión de jubilación exige “tener cubierto un periodo mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho. A efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias” [art. 205.1.b) TRLGSS].

En base a lo anterior, se hace necesario distinguir entre el periodo mínimo de cotización exigible con carácter general (carencia genérica) y el periodo de cotización que ha de tenerse acreditado en un determinado periodo de tiempo (carencia específica).

4.3.1. Periodo mínimo de cotización exigido con carácter general (carencia genérica)

Todos los solicitantes de pensión de jubilación han de tener acreditado el periodo mínimo de cotización de quince años, sin computar la parte proporcional de pagas extraordinarias.

A tal efecto son computables tanto las cotizaciones realmente satisfechas, como aquellas otras referidas a periodos asimilados, sin que en ningún caso computen a efectos del periodo de carencia las cotizaciones causadas durante la percepción del subsidio por desempleo para mayores de 52/55 años (STS 15 de febrero de 2016, rec. 3249/2014).

Tratándose de trabajadores autónomos es exigible el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas y de no ser así procede la invitación al pago de las que se hallen pendientes, si bien tal invitación solo opera cuando se tiene cubierto el periodo mínimo de cotización necesario para lucrar la prestación (STS 29 de junio de 2016, rec. 2700/2014).

4.3.1.1. Cotizaciones reales

Se computan para alcanzar el periodo mínimo de cotización las siguientes cotizaciones:

– Las realizadas por el trabajador con anterioridad al 1 de enero de 1967, al SOVI o Mutualismo Laboral (art. 9.4 Orden de 18 de enero de 1967).

– Las realizadas a cualquier Régimen Especial de Seguridad Social, siempre que los periodos no se superpongan con los del Régimen General (Decreto 2957/1973, de 16 de noviembre y RD 691/1991, de 12 de abril).

– Las efectuadas en cualquiera de los países que integran la Unión Europea, o en cualquier otro país extranjero que no forme parte de la misma, siempre que exista convenio de Seguridad Social que imponga el cómputo recíproco de cotizaciones.

EJEMPLO PRÁCTICO

Un trabajador español ha cotizado en Alemania 20 años y posteriormente, al retornar a España, ha cotizado a la Seguridad Social española 10 años antes de cumplir la edad ordinaria de jubilación.

En este caso como el trabajador no tiene cotizados en España los 15 años necesarios, es posible tomar en consideración las cotizaciones realizadas en Alemania, con lo cual el trabajador tendría un total de 30 años de cotización, lo que permitiría acceder a pensión de jubilación en España.

En este caso la Seguridad Social española una vez calculado el importe de la pensión, abonaría la misma sólo en la parte proporcional correspondiente a las cotizaciones realizadas en España, de forma que si de un total de 30 años cotizados, 10 corresponden a España, ello equivale a un tercio de la cotización y por tanto la Seguridad Social española abonaría solo un tercio de la pensión, teniendo el trabajador derecho a solicitar la pensión de jubilación en Alemania conforme a las cotizaciones realizadas en dicho país.

- Las realizadas por el Servicio Público de Empleo Estatal a quienes perciban subsidio por desempleo para mayores de 55 años.

EJEMPLO PRÁCTICO

Un trabajador que tiene 17 años de cotización efectiva a la Seguridad Social, solicita y le es reconocido subsidio por desempleo para trabajadores mayores de 55 años, percibiendo el citado subsidio durante un total de ocho años antes de cumplir la edad ordinaria de jubilación.

En este caso, el trabajador tendrá derecho a que se le computen la totalidad de cotizaciones, es decir los 17 años que tiene antes de acceder al subsidio y los ocho años cotizados por el Servicio Público de Empleo Estatal mientras ha sido beneficiario del mismo, por lo que en total acreditará 25 años de cotización, con las consecuencias legales que ello comporta.

- También son idóneos los periodos cotizados por el trabajador, en virtud de convenio especial con la Seguridad Social.

En este caso, si el trabajador pierde su puesto de trabajo y no tiene derecho o ya ha agotado la prestación contributiva por desempleo, puede suscribir convenio especial con la Seguridad Social para seguir cotizando y mantener su anterior nivel de cotización, resultando computables estas cotizaciones para la pensión de jubilación.

4.3.1.2. Otras cotizaciones “no reales” objeto de cómputo para alcanzar el periodo de carencia genérica

En el capítulo 1, apartado 5.2 se ha hecho referencia a las reglas especiales sobre cómputo de cotizaciones no reales en situaciones tales como los beneficios de cotización

por cuidado de hijos o menores acogidos, excedencia por cuidado de hijos, excedencia por cuidado de familiares a cargo, etc., y lo ya dicho en el citado apartado resulta aplicable para alcanzar la cotización exigida en la pensión de jubilación, excepción hecha de los beneficios por cuidado de hijos, cuyos periodos computables como cotizados lo son a todos los efectos “salvo para el cumplimiento del periodo mínimo de cotización exigido” (art. 236.1 TRLGSS).

Con relación a los trabajadores que no vengan obligados a cotizar por contar con 65 o más años y reunir los requisitos del artículo 152 TRLGSS para acceder a la pensión de jubilación con posterioridad al 1 de enero de 2013, el periodo durante el que se haya extendido la no obligación de cotizar será considerado como efectivamente cotizado a efectos del cálculo de la pensión correspondiente (Disposición transitoria duodécima TRLGSS).

4.3.2. Periodo específico de cotización (carencia específica)

No basta con que el trabajador reúna el periodo mínimo de cotización de quince años para acceder a la jubilación, sino que, además, es necesario que al menos dos años estén comprendidos dentro de los quince anteriores al momento de la misma.

Si el trabajador accede a la pensión desde una situación de alta, este periodo de dos años habrá de acreditarse en los quince años inmediatamente anteriores a la pensión de jubilación. Sin embargo, como puede accederse también a la pensión desde una situación de no alta o situación asimilada, durante la cual no exista obligación de cotizar, el periodo de dos años habrá de estar comprendido, en tal caso, dentro de los quince años anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar.

EJEMPLO PRÁCTICO

Un trabajador ha cotizado 20 años al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos hasta el 31 de diciembre de 1983, trabajando posteriormente cuatro meses como oficial de primera en una empresa del metal y permaneciendo inscrito desde dicha fecha como desempleado, sin realizar cotización alguna a la Seguridad Social.

Con motivo de cumplir la edad ordinaria de jubilación solicita la pensión, pese a que en los 15 años anteriores no acredita dos años de carencia específica. En este caso, como el trabajador permanece inscrito en el Servicio Público de Empleo Estatal, su situación es la de asimilada a la de alta y como durante este periodo de desempleo no existe obligación de cotizar, el periodo de quince años para acreditar los dos años de cotización específica se ha de computar no desde la fecha de su jubilación, sino desde la fecha en que dejó de existir la obligación de cotizar, que en este caso fue cuando dejó de trabajar en la empresa.

4.3.3. Periodo mínimo de cotización de los trabajadores a tiempo parcial

A los trabajadores a tiempo parcial se les exige haber cotizado al menos 15 años, con independencia del porcentaje de jornada, de forma que no precisan tener 15 años efectivos de cotización, como ocurría con anterioridad al acuerdo alcanzado entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales en 2013.

La forma de calcular las cotizaciones fue profundamente modificada por el RDL 11/2013, cuyas reglas se han incorporado al artículo 247 TRLGSS como hemos venido señalando (ver capítulo 1, epígrafe 5.5), recordando que en estos casos se debe actuar en la siguiente forma:

a) En primer lugar procede cuantificar los días teóricos de cotización correspondientes a los periodos cotizados a tiempo parcial, para lo cual aplicamos a los días en alta el porcentaje de parcialidad que corresponda.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador ha permanecido en alta 3.600 días con jornada a tiempo parcial del 30 por 100 y 2.000 días más con jornada del 50 por 100, resultará que por el primer periodo se computan 1.080 días ($3.600 \times 0,30$) y por el segundo 1.000 días ($2.000 \times 0,50$) lo que hace un total de 2.080 días teóricos de cotización, a los que procederá adicionar, en su caso, los días trabajados a jornada completa.

b) A continuación calculamos el coeficiente global de parcialidad para lo cual dividimos los días teóricos de cotización por los días en los que se ha permanecido en alta.

EJEMPLO PRÁCTICO

Siguiendo con el ejemplo anterior como los días teóricos de cotización son 2.080 y los días en alta 5.600 ($3.600 + 2.000$) al efectuar la división ($2.080:5.600$) resultará que el coeficiente global de parcialidad supone un 37,14 por 100.

c) Finalmente aplicamos el anterior coeficiente global de parcialidad a los días de cotización exigibles para el acceso a la pensión de jubilación (15 años \times 365 días) que son 5.475 y el resultado ($5.475 \times 37,14$) son los días de cotización exigibles a este trabajador que en concreto suponen, en este ejemplo hipotético, 2.033,41 días, número que es inferior a los días teóricos que el trabajador tiene acreditados, por lo que reuniría la carencia exigible.

5. CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN

Consiste en un abono mensual que se determina en base a dos factores: el primero viene referido a la cotización efectuada en un periodo anterior a la jubilación, y el segundo

consiste en el número total de años que el trabajador tenga cotizados.

En definitiva, para determinar la cuantía de la pensión de jubilación, habrá de calcularse en primer lugar la base reguladora, directamente relacionada con las bases de cotización, y una vez hallada la misma se deberá aplicar un porcentaje, que estará en función del número de años considerados como cotizados.

5.1. Cálculo de la base reguladora

5.1.1. Regla general

La base reguladora de la pensión de jubilación será el cociente de dividir por 350 las bases de cotización del beneficiario durante los 300 meses inmediatamente anteriores al mes previo al hecho causante, pasándose, por tanto, del anterior cómputo de los últimos 15 años al nuevo de 25 años (art. 209.1 TRLGSS).

Esta modificación ha entrado en vigor progresivamente y conforme a la Disposición transitoria octava TRLGSS, en los siguientes términos:

A partir de 1 de enero de 2013, la base reguladora de la pensión de jubilación será el resultado de dividir por 224 las bases de cotización durante los 192 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.

A partir de 1 de enero de 2014, la base reguladora de la pensión de jubilación será el resultado de dividir por 238 las bases de cotización durante los 204 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.

A partir de 1 de enero de 2015, la base reguladora de la pensión de jubilación será el resultado de dividir por 252 las bases de cotización durante los 216 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.

A partir de 1 de enero de 2016, la base reguladora de la pensión de jubilación será el resultado de dividir por 266 las bases de cotización durante los 228 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.

A partir de 1 de enero de 2017, la base reguladora de la pensión de jubilación será el resultado de dividir por 280 las bases de cotización durante los 240 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.

A partir de 1 de enero de 2018, la base reguladora de la pensión de jubilación será el resultado de dividir por 294 las bases de cotización durante los 252 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.

A partir de 1 de enero de 2019, la base reguladora de la pensión de jubilación será el resultado de dividir por 308 las bases de cotización durante los 264 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.

A partir de 1 de enero de 2020, la base reguladora de la pensión de jubilación será el resultado de dividir por 322 las bases de cotización durante los 276 meses inmediatamente anteriores al mes previo al del hecho causante.

A partir de 1 de enero de 2021, la base reguladora de la pensión de jubilación será el resultado de dividir por 336 las bases de cotización durante los 288 meses inmediata-

mente anteriores al mes previo al del hecho causante.

A partir del 1 de enero de 2022, la base reguladora de la prestación de jubilación se calculará aplicando, en su integridad, lo establecido en el artículo 209.1 TRLGSS.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador pretende jubilarse a partir de enero de 2016, lo podrá hacer con 65 años si acredita al menos 36 años de cotización, y si no alcanzara ese período deberá tener como mínimo 65 años y 4 meses de edad (Ver tabla de aplicación paulatina de la edad de jubilación).

En cuanto al cálculo de la base reguladora esta será el resultado de dividir por 266 las bases de cotización de los 228 meses (19 años) anteriores al hecho causante de la jubilación, en aplicación de las normas transitorias sobre base reguladora de la pensión de jubilación que anteriormente han sido transcritas.

Las bases de cotización correspondientes a los 24 meses anteriores al de jubilación se computarán por su importe y la de los meses anteriores se actualizan de acuerdo con la evolución que haya experimentando el índice de precios al consumo desde la fecha de cada mes cotizado hasta el comienzo de los 24 meses anteriores a la jubilación.

En materia de integración de los periodos en descubierto que pudieran existir en el plazo de cómputo de la base reguladora se aplicarán las normas establecidas en el art. 209.1.b) TRLGSS que son coincidentes con la integración de lagunas en el cálculo de la base reguladora de la incapacidad permanente derivada de enfermedad común al que íntegramente nos remitimos (ver apartado 2.1.2 del capítulo 7).

Si se detectara que ha existido un incremento fraudulento de la cotización, para el cálculo de la base reguladora han de tomarse como referencia los salarios establecidos en el convenio colectivo que resulte aplicable (STS 30 de noviembre de 2016, rec. 2018/2015).

5.1.2. Supuestos especiales (Disposición transitoria octava, apartados 2 y 3 TRLGSS)

Quienes hayan cesado en el trabajo por causa no imputable a su libre voluntad, por cualquiera de los supuestos que configuran la situación legal de desempleo del artículo 267.1.a) TRLGSS y que hayan experimentado una reducción de las bases de cotización, respecto a las mantenidas con anterioridad a la extinción de su contrato, al menos durante 24 meses y tras haber cumplido los 55 años, la base reguladora se calculará en la siguiente forma:

- De 1 de enero de 2013 a 31 de diciembre de 2016, la base será el resultado de dividir por 280 las bases de cotización de los 240 meses anteriores al hecho causante, siempre que resulte más favorable que la base que hubiera correspondido aplicando las

reglas generales.

- De 1 de enero de 2017 a 31 de diciembre de 2021, la base reguladora será la establecida en el artículo 209.1, siempre que resulte más favorable que la resultante de aplicar las reglas transitorias.

En definitiva, los requisitos que han de concurrir para aplicar las reglas especiales de cómputo de la base reguladora son los siguientes:

- Extinción del contrato de trabajo por causa no imputable al trabajador.
- Que las bases de cotización hayan experimentado una reducción durante al menos 24 meses, con relación a las bases de cotización anteriores a la extinción del contrato.
- Que el trabajador haya cumplido los 55 años de edad.

5.2. Porcentaje aplicable a la base reguladora para obtener el importe de la pensión de jubilación

A partir del 1 de enero de 2013 los porcentajes de aplicación sobre la base reguladora son los siguientes (art. 210 TRLGSS):

- Por los 15 primeros años cotizados, el 50 por 100.
- A partir del año 16 de cotización, inclusive, el porcentaje se calcula por meses y según los siguientes tramos:
 - Entre los meses 1 y 248 se aplica el 0,19 por cada mes.
 - A partir del mes 249 y hasta el mes 264 el 0,18 por mes, ya que en ese momento se alcanza el 100 por 100 de la base reguladora, de manera que es necesaria la cotización de 37 años para obtener el citado porcentaje.

Así a título orientativo los porcentajes de aplicación son los siguientes:

Años de cotización	Porcentaje sobre la base reguladora	Años de cotización	Porcentaje sobre la base reguladora
A los 15 años	50 por 100	A los 27 años	77,36 por 100
A los 16 años	52,28 por 100	A los 28 años	79,64 por 100
A los 17 años	54,56 por 100	A los 29 años	81,92 por 100
A los 18 años	56,84 por 100	A los 30 años	84,20 por 100
A los 19 años	59,12 por 100	A los 31 años	86,48 por 100
A los 20 años	61,40 por 100	A los 32 años	88,76 por 100
A los 21 años	63,68 por 100	A los 33 años	91,04 por 100
A los 22 años	65,96 por 100	A los 34 años	93,32 por 100
A los 23 años	68,24 por 100	A los 35 años	95,60 por 100
A los 24 años	70,52 por 100	A los 36 años	97,84 por 100
A los 25 años	72,80 por 100	A los 37 años	100 por 100
A los 26 años	75,08 por 100		

Los porcentajes anteriores son estimativos ya que el porcentaje se fija por meses y no por años, por lo que sobre los porcentajes anteriores se habrán de tener en cuenta los meses adicionales que resulten.

Los nuevos porcentajes de la pensión, entrarán en vigor de forma gradual, conforme a lo previsto en la nueva Disposición transitoria novena TRLGSS, por lo que los porcentajes que se aplicarán sobre la base reguladora durante el periodo transitorio de 2013 a 2027 serán los siguientes:

Durante los años 2013 a 2019.	Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 163, el 0,21 por 100 y por los 83 meses siguientes, el 0,19 por 100.
Durante los años 2020 a 2022.	Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 106, el 0,21 por 100 y por los 146 meses siguientes, el 0,19 por 100.
Durante los años 2023 a 2026.	Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 49, el 0,21 por 100 y por los 209 meses siguientes, el 0,19 por 100.
A partir del año 2027.	Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 248, el 0,19 por 100 y por los 16 meses siguientes, el 0,18 por 100.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador se jubilara en el año 2020, y por tanto dentro del periodo transitorio, acreditando 30 años y dos meses de cotización, el porcentaje de pensión sería el siguiente: por los 15 primeros años el 50 por 100 y a los restantes 182 meses se le aplicaría el 0,21 por 100 a los 106 primeros ($106 \times 0,21 = 22,26$) y a los 76 meses siguientes el 0,19 por 100 ($76 \times 0,19 = 14,44$), por lo que el porcentaje total aplicable a la base reguladora sería el de la suma del $50 + 22,26 + 14,44$, es decir el 86,70 por 100.

5.3. Cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial

5.3.1. Integración de los periodos en descubierto (art. 248.2 TRLGSS)

La integración de los periodos en descubierto durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondientes al número de horas contratadas en último término.

5.3.2. Cuantificación de la pensión

Se lleva a cabo conforme a las reglas contenidas en el artículo 248.3 TRLGSS y antes de aplicar los porcentajes de pensión a que hemos hecho referencia en el apartado anterior, procede multiplicar los días teóricos de cotización por el coeficiente 1,5 y al resultado se le aplicarán los citados porcentajes.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si el trabajador a tiempo parcial acredita un total de 2.080 días teóricos de cotización, procede aplicar a dicho periodo el coeficiente del 1,5, lo que dará como resultado 3.120 días, sobre los cuales habrán de ser aplicados los porcentajes de la pensión de jubilación.

En base a lo anterior, la aplicación del coeficiente del 1,5 permite elevar el importe de la pensión de jubilación, si bien la propia norma establece un importante factor de corrección al disponer que cuando el interesado acredite un periodo inferior a 15 años, considerando la suma de los días a tiempo completo y de los días teóricos a tiempo parcial, ya estos últimos incrementados con el 1,5, “el porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora será el equivalente al que resulte de aplicar a 50 el porcentaje que represente el periodo de cotización acreditado por el trabajador sobre quince años”.

La confusa redacción viene a significar que la norma diferencia entre que se acredite o no un periodo de cotización de 15 años. Si se acreditan 15 o más años se aplican en la actualidad las reglas siguientes: por los primeros 15 años (180 meses) el 50 por 100 de la base reguladora y a los meses que excedan de 180 se les aplica el 0,21 por 100.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador acredita un total de 250 mensualidades de cotización, una vez sumados los días cotizados a tiempo completo y los correspondientes a tiempo parcial, incrementados estos últimos con el 1,5, resultará que por los 180 primeros meses corresponderá el porcentaje del 50 por 100 de la base reguladora y a los 70 meses restantes se les aplicará el 0,21 por 100, que supone un total de 14,70 por 100, de forma que el porcentaje total aplicable será el del 64,70 por 100 (50 por los 180 primeros meses y 14,70 por los 70 meses siguientes).

Para el caso de que el trabajador tenga derecho a la pensión de jubilación pero no alcance los 180 meses de cotización (15 años) procederá aplicar la regla anteriormente transcrita.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si el trabajador con cotización a tiempo parcial acredita un total de 4.000 días de cotización, una vez aplicado el coeficiente del 1,5 a las cotizaciones a tiempo parcial, como dicho periodo es inferior a los 5.475 días (15 años), el porcentaje aplicable será el resultado de dividir los 4.000 días por los 5.475 exigibles con carácter general a los trabajadores a tiempo completo, multiplicando el resultado por 0,5, lo que en este caso supondría aplicar

un porcentaje a la base reguladora del 36,52 por 100 ($4.000 : 5.475 = 73,05$
 $\times 0,50 = 36,52$).

Conviene recordar, y esta es una precisión importante, que los trabajadores a tiempo parcial tienen derecho a la pensión mínima siempre que reúnan los requisitos exigibles con carácter general, por lo tanto si la pensión resultante fuera inferior a la mínima establecida en cada momento, tendrán derecho al complemento al mínimo, sin que en ningún caso el importe de dicho complemento pueda superar el importe de la pensión no contributiva de jubilación o invalidez.

5.4. Incremento de la pensión de jubilación para las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados

Las pensiones de jubilación serán objeto de incremento mediante la aplicación del complemento por maternidad a que se refiere el artículo 60 TRLGSS, al que nos hemos referido en el capítulo 1, epígrafe 6.5.

5.5. Aplicación del factor de sostenibilidad

El factor de sostenibilidad definido en el art. 211 TRLGSS como un instrumento que con carácter automático permite vincular el importe de las pensiones de jubilación a la evolución de la esperanza de vida de los pensionistas, estaba previsto que entrara en vigor para las pensiones de jubilación causadas con posterioridad al 1 de enero de 2019, si bien la Ley 6/2018, de Presupuestos Generales del Estado para 2018, ha dispuesto que la aplicación de dicho factor se llevará a cabo una vez que, en el seno de la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo, se alcance un acuerdo acerca de la aplicación de las medidas necesarias para garantizar la sostenibilidad del sistema, añadiendo que en todo caso su entrada en vigor se producirá en una fecha no posterior al 1 de enero de 2023, de manera que queda sin efecto la inicial entrada en vigor prevista para 2019.

El factor de sostenibilidad añade una nueva variable para el cálculo inicial de la pensión, que consiste en tener en cuenta la esperanza de vida del jubilado en el momento de acceder a la pensión. Con la aplicación de este factor, que se revisará cada cinco años (art. 211.5 TRLGSS), se pretende que los jubilados perciban, a igual contribución durante la etapa como cotizantes, el mismo importe de pensión de jubilación como jubilados.

Se parte del principio de que la esperanza de vida tiende a aumentar, por lo que los futuros jubilados vivirán más años que los actuales, de modo que aplicando el factor de sostenibilidad los derechos que derivan de la cotización durante la etapa activa se repartirán durante un mayor número de años, con lo que la cuantía mensual de la pensión será más reducida. En definitiva se trata de cobrar menos al mes, pero durante más años.

5.6. Cuantía máxima y mínima de la pensión de jubilación

5.6.1. Cuantía máxima

La cuantía máxima de la pensión de jubilación no puede rebasar el tope máximo establecido anualmente en la Ley de Presupuestos. Dicho tope máximo tampoco puede superarse cuando se perciban varias pensiones públicas.

Cuando la pensión de jubilación se calcule con coeficientes reductores por razón de edad, dichos coeficientes se practican sobre la pensión resultante de aplicar a la base reguladora el porcentaje que corresponda a los meses cotizados, con la particularidad de que la pensión no puede ser superior a la cuantía que resulte de reducir el tope máximo en un 0,50 por 100 por cada trimestre o fracción en que se anticipe la pensión de jubilación.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador se jubila anticipadamente a los 63 años de edad, acreditando 40 años de cotización a la Seguridad Social, suponiendo que la base reguladora ascienda a 2.800 euros, resultará que la pensión inicialmente será equivalente al 100 por 100 de dicha base, y sobre la misma se aplicarán los coeficientes reductores que en este caso serían de 1,875 por trimestre, lo que equivaldría a una reducción del 15 por 100 ($1,875 \times 8$ trimestres), de forma que la pensión quedaría establecida en este caso en 2.380 euros (2.800×85 por 100). En este caso como el trabajador ha anticipado la pensión en ocho trimestres, la cuantía de la pensión máxima anualmente establecida se reduciría en un 4 por 100 ($0,50 \times 8$ trimestres), de manera que la pensión resultante en ningún caso podría superar el importe de la pensión máxima en la fecha del hecho causante reducida en un 4 por 100.

No se aplica el coeficiente reductor a que hemos hecho referencia cuando se trate de jubilaciones anticipadas en favor de mutualistas o jubilaciones anticipadas referidas a trabajadores discapacitados o que realicen actividades penosas, tóxicas o insalubres.

5.6.2. Pensión mínima de jubilación

También anualmente la Ley de Presupuestos establece unas cuantías mínimas de las pensiones de jubilación, que son distintas en función de que el beneficiario tenga más o menos de 65 años y que tenga o no cónyuge a cargo, de manera que cuando no se alcancen tales mínimos y se carezca de otros ingresos, el beneficiario tendrá derecho a percibir un complemento hasta alcanzar el mínimo establecido, si bien con relación a las pensiones reconocidas a partir del 1 de enero de 2013 es necesario acreditar la residencia en España. La cuantía del complemento al mínimo no puede superar el importe de la pensión no contributiva de jubilación o invalidez.

5.7. Incremento de la pensión por retraso voluntario de la edad de jubilación

Cuando el beneficiario de la pensión retrase voluntariamente su jubilación más allá de la edad a la que pueda acceder a la misma, se le reconocerá un porcentaje adicional de pensión por cada año completo cotizado entre la fecha en la que pudo jubilarse y la de la jubilación real, con el siguiente importe (art. 210.2 TRLGSS):

- Hasta 25 años cotizados en la fecha en la que se pudo acceder a la jubilación, el 2 por 100 por cada año adicional trabajado.
- Entre 25 y 37 años cotizados, el 2,75 por 100 por cada año.
- A partir de 37 años cotizados, el 4 por 100 por cada año.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si el trabajador tiene 40 años cotizados podrá jubilarse a los 65 años, ya que con la Reforma de la Seguridad Social producida, mantienen dicha edad de jubilación quienes tienen cotizados 38 años y 6 meses. Pues bien, si este trabajador prorroga su actividad laboral durante dos años más, hasta los 67 años, tendrá derecho a incrementar el porcentaje de pensión en un 4 por 100 por cada año, de acuerdo con la escala anterior, de forma que su pensión pasará a ser del 108 por 100 de la base reguladora.

El incremento de pensión solo es aplicable cuando se produce a una edad real superior a la edad ordinaria de jubilación, y no cuando la edad real se anticipa a la ordinaria por aplicación de coeficientes reductores (STS 7 de noviembre de 2016, rec. 3994/2014).

6. NACIMIENTO, DEVENGO, SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

6.1. Nacimiento

Para los trabajadores en alta, si la solicitud de pensión se realiza durante los tres meses anteriores o posteriores al cese en el trabajo, la pensión de jubilación nacerá a partir del día siguiente a la fecha de cese en el trabajo. Si dicha solicitud se presenta transcurrido el plazo de tres meses desde el cese, se tendrá derecho solamente al cobro de los tres meses inmediatamente anteriores a la solicitud.

Para los trabajadores en situación asimilada a la de alta o en situación de no alta, los efectos de la pensión de jubilación serán a partir del momento de la solicitud, siempre que en dicha fecha se reúnan los requisitos exigibles para acceder a la pensión.

6.2. Devengo

Las pensiones de jubilación se devengan por mensualidades naturales vencidas, con dos pagas extraordinarias que se abonan en junio y noviembre de cada año, y su importe íntegro está sometido a retención en el impuesto sobre la renta de las personas físicas.

6.3. Suspensión

El derecho a la pensión de jubilación se suspenderá como consecuencia de la realización, por parte del pensionista, de trabajos por cuenta propia o ajena que den lugar a inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social, sin perjuicio de los casos de compatibilidad de pensión y trabajo (arts. 213 y 214 TRLGSS).

6.4. Extinción

La pensión de jubilación se extingue por fallecimiento del beneficiario (art. 17 Orden de 18 de enero de 1967).

Asimismo, también se extingue en el supuesto de opción en favor de otra pensión que resulte incompatible con la de jubilación.

7. RÉGIMEN DE COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

7.1. Compatibilidad con el trabajo por cuenta propia o ajena (jubilación activa)

En esta materia se ha producido una importante modificación llevada a cabo por el RDL 5/2013, de 15 de marzo, incorporada al artículo 214 TRLGSS, de aplicación a todos los regímenes.

En efecto, a partir de la entrada en vigor del citado RDL el disfrute de la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajo por cuenta propia o ajena en los siguientes términos:

7.1.1. Requisitos del beneficiario

a) El acceso a la pensión de jubilación ha de haberse producido una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación, sin que a estos efectos sean admisibles las edades por jubilaciones anticipadas de cualquier tipo.

b) El porcentaje aplicable a la base reguladora ha de alcanzar el 100 por 100.

c) El trabajo compatible puede realizarse a tiempo completo o parcial.

d) Durante el percibo de la pensión de jubilación compatible con el trabajo las empresas no deberán haber adoptado decisiones extintivas improcedentes en los seis meses anteriores a la compatibilidad, si bien la limitación afectará a las extinciones posteriores a la entrada en vigor del RDL y para puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción (Disposición adicional primera RDL 5/2013).

EJEMPLO PRÁCTICO

Si el trabajador se jubila en el año 2019 podrá hacerlo a los 65 años si acredita un periodo mínimo de cotización de 36 años y 9 meses. Pues bien si se jubila con 65 años el porcentaje aplicable a la base reguladora es el del 100

por 100 y en este caso podrá compatibilizar la pensión de jubilación con el trabajo, en los términos que después veremos.

7.1.2. Cuantía de la pensión

La cuantía de la pensión compatible con el trabajo será equivalente al 50 por 100 del importe inicial de la pensión, excluido el complemento por mínimos, si lo hubiere, y cualquiera que sea la jornada laboral o el trabajo que realice el pensionista.

La pensión se revalorizará en su integridad en los términos en que legalmente proceda y el beneficiario percibirá el 50 por 100 de la pensión más las revalorizaciones, mientras compatibilice la pensión con el trabajo.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si se reconoce al beneficiario una pensión del 100 por 100 de la base reguladora por un importe de 1.500 euros mensuales, tendrá derecho a compatibilizar el 50 por 100 de la pensión con el trabajo por cuenta propia o ajena, y cuando deje de trabajar recuperará el 100 por 100 de la pensión.

Cuando se realice una actividad por cuenta propia (RETA) y se acredite tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena, la cuantía de la pensión compatible con el trabajo alcanza el 100 por 100.

7.1.3. Cotización a la Seguridad Social

Durante la realización del trabajo compatible con la pensión solo se cotizará por incapacidad temporal y por contingencias profesionales y, además, se establece una cotización especial de solidaridad del 8 por 100, que en el caso de trabajadores por cuenta ajena se distribuirá entre empresario y trabajador a razón del 6 por 100 y del 2 por 100, respectivamente (art. 153 TRLGSS).

7.2. Otros supuestos de compatibilidad entre pensión y trabajo

El artículo 1.2 del RDL 5/2013 dispone que “la modalidad de jubilación regulada en este capítulo (se refiere a la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo) se entenderá aplicable sin perjuicio del régimen jurídico previsto para cualesquiera otras modalidades de compatibilidad entre pensión y trabajo establecidas legal o reglamentariamente”.

En base a ello continuarán en vigor los siguientes supuestos de compatibilidad:

- a) Compatibilidad entre pensión de jubilación parcial y trabajo (art. 213.1 TRLGSS).
- b) Compatibilidad en los supuestos de jubilación flexible.
- c) Compatibilidad con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales no superen el SMI en cómputo anual (art. 213.4 TRLGSS).

d) Compatibilidad entre el percibo de la pensión de jubilación y el mantenimiento de la titularidad del negocio (art. 95.1 de la Orden de 24 de septiembre de 1970).

La citada disposición establece que el disfrute de la pensión de vejez será compatible con el mantenimiento de la titularidad del negocio de que se trate y con el desempeño de las funciones inherentes a dicha titularidad, precepto que ha sido interpretado por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social en el sentido de que las funciones a que se refiere la orden son las de orientar y fiscalizar la actuación de los colaboradores, sin intervención directa en la gestión de la empresa (art. 45.2 Decreto 2530/1970).

e) Compatibilidad del percibo de la pensión con la realización de trabajos agrícolas por cuenta propia (art. 52 del Reglamento General del Régimen Especial Agrario).

En relación con esta compatibilidad se planteó la duda sobre su vigencia tras la Ley 18/2007, de 4 de julio, si bien la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social ha considerado que la actividad de estos trabajadores tiene carácter marginal y es por tanto compatible con la pensión.

f) Profesores eméritos de Universidad y personal licenciado emérito [art. 213.2 en relación con el 137.c) TRLGSS].

g) Compatibilidad entre la pensión de jubilación en el Régimen General y el ejercicio por cuenta propia de una profesión colegiada.

El INSS ha venido manteniendo la compatibilidad entre la pensión de jubilación en el Régimen General y el ejercicio de una profesión colegiada en los casos de opción por una mutualidad de previsión social en lugar del RETA, opción reconocida en la Disposición adicional 15 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre. No obstante lo anterior la Orden 1362/2011, de 23 de mayo, vino a establecer la incompatibilidad entre pensión y trabajo por cuenta propia, con independencia de que se hubiera optado por el RETA o por una mutualidad alternativa, si bien la citada orden no era aplicable a los profesionales que ya estuvieran colegiados y realizaran una actividad por cuenta propia con anterioridad a su entrada en vigor o que ya tuvieran cumplidos 65 años. La orden que entró en vigor el 1 de julio de 2011, fue dejada sin efecto el 2 de agosto siguiente con base a lo dispuesto en la Disposición adicional 37 de la Ley 27/2011, de 2 de agosto, con lo cual la incompatibilidad duró tan solo 32 días ya que de nuevo se ha venido a reconocer la compatibilidad a que venimos haciendo referencia entre la pensión de jubilación del Régimen General y el ejercicio de una actividad por cuenta propia en una profesión colegiada (sobre el encuadramiento de los profesionales colegiados véase Disposición adicional décimoctava TRLGSS).

7.3. Compatibilidad con otras pensiones de Seguridad Social

Las pensiones del Régimen General son incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, sin perjuicio de que quien pueda tener derecho a dos o más pensiones opte por una de ellas.

Pese a esta regla general de incompatibilidad, la pensión de jubilación es compatible:

- Con la pensión de viudedad.
- Con la asignación económica por hijo a cargo en su modalidad contributiva.
- Con otras pensiones reconocidas en cualquier Régimen Especial, en el que se reúnan las condiciones exigibles, debiendo tenerse en cuenta que para compatibilizar dos pensiones de jubilación, en el Régimen General y en un Régimen Especial, es necesario que las cotizaciones acreditadas en cada uno de dichos regímenes se superpongan, al menos, durante quince años.

EJEMPLO PRÁCTICO

Un trabajador tiene acreditados 20 años de cotización al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, durante los años de 1960 a 1980. Asimismo, acredita 20 años de cotización en el Régimen General desde 1980 hasta el momento en que cumple 65 años de edad y solicita su jubilación.

En este caso el citado trabajador no tendrá derecho a dos pensiones, al no haber cotizado simultáneamente en los dos regímenes de Seguridad Social durante un periodo de 15 años, por lo que sólo tendrá derecho a una pensión, computándole todas las cotizaciones en los dos regímenes, si bien los periodos en los que hubiera cotizado simultáneamente a ambos regímenes serán computables en uno de ellos. Por el contrario, si este mismo trabajador hubiera cotizado simultáneamente a dichos regímenes, en tal caso reuniría el requisito de acreditar al menos 15 años en periodos superpuestos, por lo que tendría derecho a dos pensiones de jubilación, una por el Régimen General y otra por el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

8. NORMAS TRANSITORIAS EN MATERIA DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN

La Ley 27/2011, de 1 de agosto, dispuso que se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso, condiciones y reglas de determinación de prestaciones, vigentes antes de su entrada en vigor, a las pensiones de jubilación que **puerian causarse** antes del 1 de enero de 2019, en los siguientes supuestos (Disposición transitoria cuarta.5 TRLGSS):

– Personas cuya relación laboral se haya extinguido antes del 1 de abril de 2013, siempre que con posterioridad a tal fecha no vuelvan a quedar incluidas en algunos de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social.

– Personas con relación laboral suspendida o extinguida como consecuencia de acuerdos adoptados en expedientes de regulación o por medio de convenios colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresa, siempre que la extinción o suspensión de la relación laboral se produzca con anterioridad al 1 de enero de 2019.

– Quienes hayan accedido a la pensión de jubilación parcial antes del 1 de abril de 2013 y las personas incorporadas antes de dicha fecha a planes de jubilación parcial recogidos en convenios colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresa.

En los dos primeros supuestos se **exigía** que la aplicación de la legislación anterior **tuviera** su origen en decisiones adoptadas o en planes de jubilación parcial incluidos en acuerdos colectivos de empresa debidamente registrados en el INSS en los términos establecidos en la Disposición final quinta del RDL 5/2013.

En base a ello **continuaba** siendo de aplicación la normativa reguladora de la pensión de jubilación vigente al 1 de enero de 2013, a los supuestos enunciados anteriormente y siempre que se **diera** cumplimiento a los requisitos de comunicación al INSS a que anteriormente se ha hecho referencia.

Antes de que perdiera vigencia la citada Disposición Transitoria, el RDL 28/2018, por medio de su Disposición final segunda, apartado veintiocho, procedió a dar nueva redacción al apartado cinco de la Disposición transitoria cuarta TRLGSS, posibilitando que se siga aplicando la regulación de la pensión de jubilación vigente antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2011, a las pensiones de jubilación que se causen antes del 1 de enero de 2020, con relación a los siguientes colectivos:

a) Personas cuya relación laboral se haya extinguido antes del 1 de abril de 2013, siempre que con posterioridad a tal fecha no vuelvan a quedar incluidas en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social.

b) Las personas con relación laboral suspendida o extinguida como consecuencia de decisiones adoptadas en expedientes de regulación de empleo, o por medio de convenios colectivos de cualquier ámbito, acuerdos colectivos de empresa o decisiones adoptadas en procedimientos concursales, aprobados, suscritos o declarados con anterioridad al 1 de abril de 2013 y siempre que la extinción o suspensión de la relación laboral se produzca con anterioridad al 1 de enero de 2020; siendo condición indispensable que los indicados acuerdos colectivos de empresa se encuentren debidamente registrados en el INSS, en el plazo que reglamentariamente se determine.

Por último la citada Disposición establece que, en todo caso, las personas a las que se refieren los apartados anteriores también pueden optar porque se les aplique, para el reconocimiento de su derecho a pensión, la legislación que esté vigente en la fecha del hecho causante de la misma, sin que por tanto resulte obligatoria la aplicación de la legislación anterior.

9. REVALORIZACIÓN DE PENSIONES

Hasta el 31 de diciembre de 2013 las pensiones de Seguridad Social se revalorizaban en función del incremento del IPC. Este mecanismo de revalorización, **fue** modificado por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, con efectos de 1 de enero de 2014, a partir de cuya fecha las pensiones ya reconocidas **serían** objeto de incremento entre un mínimo de

0,25 por 100 anual y un máximo equivalente al IPC más un 0,50 por 100, estableciéndose tal incremento en la correspondiente Ley de Presupuestos de cada año, de modo que con la entrada en vigor de la ley **desapareció** la subida automática de las pensiones en función del IPC previsto, haciéndose depender la revalorización del estado general de cuentas de la Seguridad Social.

El artículo 1 del Real Decreto Ley 28/2018 dispone que las pensiones abonadas por el sistema de la Seguridad Social experimentarán en 2019 un incremento del 1,6 por 100 respecto del importe que habrían tenido en 2018 si las mismas se hubieran revalorizado conforme al IPC real del periodo de noviembre de 2017 a noviembre de 2018.

Como resultado de lo anterior habrá de partirse del importe de la pensión a 31 de diciembre de 2017, incrementar su cuantía en el 1,7 por 100 y al resultado aplicar el índice de revalorización del 1,6 previsto para 2019, sin que la pensión revalorizada pueda suponer una cuantía que supere el límite de percepción de pensión pública que para el año 2019 se ha establecido en 2.659,41 euros/mes o 37.231,74 euros/año.

Asimismo se incrementan en un 3 por cien la cuantía de 2018 de las pensiones mínimas del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones no contributivas, del SOVI, las prestaciones por hijo a cargo con 18 o más años y con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por cien y del subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte.

Con independencia de lo anterior quienes hayan visto revalorizada su pensión en 2018 habrán de recibir, antes del 1 de abril de 2019, en un pago único, la cantidad equivalente a la diferencia entre la pensión percibida en 2018 y la que hubiera correspondido de haber aplicado el IPC correspondiente al periodo comprendido entre noviembre de 2017 y noviembre de 2018, cuyo porcentaje asciende al 1,7 por cien.

CONCEPTOS BÁSICOS A RECORDAR

- Aunque el trabajador no se encuentre en situación de alta o situación asimilada podrá acceder a la pensión de jubilación, siempre que haya cumplido la edad exigible para tener derecho a la pensión ordinaria de jubilación.
- Durante el año 2019 para acceder a la pensión de jubilación a los 65 años el trabajador/a precisará acreditar al menos 36 años y 9 meses de cotización. De no ser así la edad de acceso será de 65 años y seis meses.
- Tras la reforma llevada a cabo por la Ley 3/2012 no se puede pactar en convenio colectivo una edad obligatoria de jubilación y de pactarse la cláusula sería nula de pleno derecho.
- El periodo mínimo de cotización para el acceso a la edad de jubilación es el de 5.475 días, sin que proceda computar la parte proporcional de pagas extraordinarias.
- Los trabajadores a tiempo parcial que hayan cotizado 15 años naturales tendrán derecho a pensión de jubilación, con independencia del porcentaje de jornada realizada.

-
- El cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación se lleva a cabo, en 2016 teniendo en cuenta los últimos 19 años de cotización, incrementándose en un año más en años sucesivos hasta alcanzar los 25 años.
 - Desde el 1 de enero de 2013 el porcentaje aplicable a la base reguladora para calcular el importe de la pensión se efectúa por meses efectivamente cotizados y no por años.
 - El retraso voluntario de la edad de jubilación permite el incremento de la pensión en razón a un porcentaje que es distinto en función de los años que se acrediten como cotizados.
 - En determinados supuestos la pensión de jubilación puede ser compatible con el trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena, si bien en estos casos el importe de la pensión se reduce en un 50 por 100 mientras persista la compatibilidad.
 - La pensión de jubilación también es compatible con el trabajo por cuenta propia, sin reducción alguna, siempre que los ingresos por dicho trabajo no superen el Salario Mínimo Interprofesional en cómputo anual.

7 MODALIDADES DE JUBILACIÓN CON ANTERIORIDAD AL CUMPLIMIENTO DE LA EDAD ORDINARIA

1. NORMATIVA REGULADORA

– Art. 206.1 TRLGSS referido a la jubilación anticipada por realización de trabajos de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y jubilación de personas en un grado de discapacidad igual o superior al 65 o al 45 por 100.

– Art. 207 TRLGSS relativo a la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador.

– Art. 208 TRLGSS sobre jubilación anticipada por voluntad del interesado.

– Art. 215 TRLGSS referido a la jubilación parcial y jubilación flexible.

– Disposición transitoria cuarta 1.b) TRLGSS sobre jubilación anticipada de trabajadores que acrediten cotizaciones al mutualismo laboral con anterioridad al 1 de enero de 1967.

– Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, que desarrolla la Ley 35/2002, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.

– Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, sobre jubilación de trabajadores ferroviarios, artistas y profesionales taurinos.

– Real Decreto 1559/1986, de 28 de junio, de jubilación anticipada del personal de vuelo de trabajos aéreos.

– Real Decreto 383/2008, de 14 de marzo, sobre establecimiento de coeficientes reductores de la edad de jubilación para bomberos.

– Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, de jubilación anticipada de personas con discapacidad superior al 65 por 100 y art. 206.2 TRLGSS.

– Real Decreto 1851/2009, de 4 de octubre, sobre jubilación anticipada de discapacidades regladas, con disminución de capacidad superior al 45 por 100 y art. 206.2 TRLGSS.

2. JUBILACIÓN ANTICIPADA DE TRABAJADORES QUE ACREDITEN COTIZACIONES AL MUTUALISMO LABORAL CON ANTERIORIDAD AL 1 DE ENERO DE 1967

2.1. Sujetos incluidos

Podrán acceder a esta jubilación anticipada quienes hubiesen sido cotizantes en alguna de las mutualidades laborales de trabajadores por cuenta ajena con anterioridad al 1 de enero de 1967, estando excluidos de tal derecho los siguientes colectivos:

- Trabajadores cotizantes a la Mutualidad Nacional Agraria.
- Cotizantes a la Mutualidad Laboral de Trabajadores Autónomos.
- Trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial de Trabajadores del Mar.
- Trabajadores cotizantes a la Mutualidad Nacional del Servicio Doméstico.

2.2. Requisitos de acceso a la jubilación

Además de tener la condición de mutualista antes del 1 de enero de 1967, se exige:

- Estar en alta o en situación asimilada a la de alta en el momento de la solicitud de la pensión. Si el solicitante se halla en situación de desempleo no es exigible el requisito de haber permanecido ininterrumpidamente como demandante de empleo (SSTS 29 de junio de 2015, rec. 2972/2014 y 3 de junio de 2005, rec. 3054/2004).

- Tener un mínimo de 60 años cumplidos.

- Acreditar los periodos de cotización exigibles para acceder a la jubilación.

Los requisitos anteriores son exigibles para los trabajadores que accedan a esta pensión por el Régimen General de la Seguridad Social, ya que si se pretende su reconocimiento por otro régimen de Seguridad Social que no tenga reconocida la jubilación anticipada, será necesario que al menos la cuarta parte de las cotizaciones realizadas a lo largo de la vida laboral del trabajador se hayan efectuado en regímenes que reconozcan el derecho a la jubilación anticipada o en regímenes de Seguridad Social extranjeros, salvo que el total de cotizaciones sea de 30 o más años, en cuyo caso será suficiente con que se acredite un mínimo de cotización de cinco años en los regímenes antes señalados.

2.3. Cálculo de la cuantía de la pensión

Son de aplicación las reglas analizadas en el capítulo anterior, al que nos remitimos íntegramente, respecto a la determinación de la base reguladora, integración de lagunas y porcentajes aplicables.

2.4. Coeficientes reductores

2.4.1. Trabajadores que accedan a la jubilación anticipada que no se hallen en situación legal de desempleo

En estos casos el porcentaje de reducción es del 8 por 100 por cada año o fracción de año que en el momento del hecho causante le falte al trabajador para cumplir los 65 años, de forma que los coeficientes reductores tienen el siguiente importe:

Edad de jubilación	Coeficiente
A los 60 años	0,60
A los 61 años	0,68
A los 62 años	0,76
A los 63 años	0,84
A los 64 años	0,92

2.4.2. Trabajador que accede a la jubilación anticipada por cese en el trabajo y en virtud de causa no imputable a su libre voluntad

Cuando el cese en el trabajo se produce de forma involuntaria, y siempre que el trabajador tenga treinta o más años de cotización el coeficiente reductor es el siguiente:

Periodos de cotización	Coeficiente
Entre 30 y 34 años	7,5 por 100
Entre 35 y 37 años	7 por 100
Entre 38 y 39 años	6,5 por 100
Con 40 o más años	6 por 100

Para el cómputo de los años de cotización se toman estos completos, sin que por tanto se equipare a un año la fracción del mismo.

2.4.3. Mantenimiento de coeficientes reductores más favorables

Se mantienen coeficientes reductores más favorables que los señalados anteriormente para las mujeres encuadradas en la Caja de Jubilaciones de la industria textil y en las Mutualidades Siderometalúrgicas y de la Madera y ello de conformidad con lo establecido en la Disposición transitoria primera, apartado décimo, de la Orden de 18 de enero de 1967 que ha sido declarada en vigor por SSTS 7 de marzo de 2012, rec. 2570/2011 y 11 de octubre de 2011, rec. 4120/2010, entre otras.

3. JUBILACIÓN ANTICIPADA POR CAUSA NO IMPUTABLE AL TRABAJADOR

3.1. Requisitos de acceso a la jubilación anticipada involuntaria en la legislación vigente

3.1.1. Tener la condición de trabajador por cuenta ajena

El acceso anticipado a la pensión de jubilación por la vía del artículo 207 TRLGSS solo es aplicable a los trabajadores por cuenta ajena, por lo que en aquellos casos en los que se mantenga con la empresa una relación no laboral sino mercantil, como sucede con quien desarrolla funciones de apoderado de la sociedad, con capacidad representativa frente a terceros, tal relación queda excluida del acceso a esta modalidad de jubilación anticipada (STS 24 de febrero de 2014, rec. 1684/2013), sin que tampoco se tenga derecho a la pensión cuando esta hubiera de reconocerse con cargo al RETA, ya que dicho Régimen Especial no contempla la jubilación anticipada por cese involuntario (SSTSJ Castilla y León/Valladolid de 8 de octubre de 2015, rec. 1394/2015 y Galicia de 17 de julio de 2014, rec. 2918/2012).

Cuando la vinculación con la empresa se ha producido en virtud de un contrato de alta dirección, nada impide el acceso a esta jubilación (SSTSJ Cataluña de 29 de junio de 2015, rec. 2459/2015 y 15 de marzo de 2013, rec. 338/2012). **Igualmente puede acceder a la jubilación anticipada quien tiene la condición de socia trabajadora de una coope-**

rativa de trabajo asociado, con fundamento en la extinción de su contrato por causas económicas acordada por el Juzgado de lo Mercantil en el seno del concurso en el que se hallaba la cooperativa (SSTS 19 de diciembre de 2018, rec. 2233/2017 y 20 de noviembre de 2018, rec. 3407/2016).

3.1.2. Tener cumplida una edad que sea inferior a cuatro años, como mínimo, a la edad ordinaria de jubilación, sin que resulten de aplicación los coeficientes correctores del artículo 206 TRLGSS

En cumplimiento de este requisito la edad de acceso a la jubilación anticipada es la siguiente:

Año	Períodos cotizados	Edad exigida
2013	35 años y 3 meses o más. Menos de 35 años y 3 meses.	61 años. 61 años y 1 mes.
2014	35 años y 6 meses o más. Menos de 35 años y 6 meses.	61 años. 61 años y 2 meses.
2015	35 años y 9 meses o más. Menos de 35 años y 9 meses.	61 años. 61 años y 3 meses.
2016	36 o más años. Menos de 36 años.	61 años. 61 años y 4 meses.
2017	36 años y 3 meses o más. Menos de 36 años y 3 meses.	61 años. 61 años y 5 meses.
2018	36 años y 6 meses o más. Menos de 36 años y 6 meses.	61 años. 61 años y 6 meses.
2019	36 años y 9 meses o más. Menos de 36 años y 9 meses.	61 años. 61 años y 8 meses.
2020	37 o más años. Menos de 37 años.	61 años. 61 años y 10 meses.
2021	37 años y 3 meses o más. Menos de 37 años y 3 meses.	61 años. 62 años.
2022	37 años y 6 meses o más. Menos de 37 años y 6 meses.	61 años. 62 años y 2 meses.
2023	37 años y 9 meses o más. Menos de 37 años y 9 meses.	61 años. 62 años y 4 meses.

2024	38 o más años. Menos de 38 años.	61 años. 62 años y 6 meses.
2025	38 años y 3 meses o más. Menos de 38 años y 3 meses.	61 años. 62 años y 8 meses.
2026	38 años y 3 meses o más. Menos de 38 años y 3 meses.	61 años. 62 años y 10 meses.
A partir del año 2027	38 años y 6 meses o más. Menos de 38 años y 6 meses.	61 años. 63 años.

Si en el mes en el que se puede acceder a la jubilación no existe día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el cumplimiento de la edad se produce el último día del mes (artículo 1 RD 1716/2012, de 28 de diciembre).

3.1.3. Hallarse inscrito en las oficinas de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la jubilación

Se trata de una exigencia controvertida que ha sido objeto de variadas interpretaciones, sobre todo respecto a interpretar si esos seis meses han de ser o no ininterrumpidos.

Una interpretación literal del artículo 207.1.b) TRLGSS excluiría del derecho a la pensión a quienes en los meses inmediatamente anteriores hubieran realizado una actividad laboral, por mínima que fuera, que resultara incompatible con permanecer inscrito como demandante de empleo, pues como establece el artículo 1.5 RD 1132/2002, de 31 de octubre, no obstará al cumplimiento de este requisito de estar inscrito como demandante de empleo “la simultaneidad de la inscripción ... con la realización de una actividad por cuenta propia o ajena, siempre que dicha actividad sea compatible con la inscripción como demandante de empleo ...”. De esta forma, si el trabajador, por ejemplo, realizara un trabajo a tiempo parcial, podría continuar inscrito en las oficinas del servicio público de empleo, pudiendo acceder a la jubilación anticipada si reúne el resto de los requisitos. Por el contrario si la actividad realizada lo es a jornada completa, una interpretación literal de la norma conduciría a la exclusión del derecho a la jubilación.

Sin embargo no parece que sea esta la interpretación lógica y sistemática del precepto citado, pues podría ocurrir que el hecho de trabajar solo unos días dentro de ese periodo inmediato anterior de seis meses impediría acceder a la jubilación anticipada, exigiendo un nuevo lapso de otros seis meses a partir de la finalización del trabajo para reunir de nuevo este requisito. De esta forma tendría un mejor tratamiento quien no aceptara un trabajo de corta duración, que aquel otro que lo realizara.

Por este motivo nuestros tribunales han venido modulando esta exigencia, al sostener que una breve interrupción de la inscripción derivada de la realización de un traba-

jo de corta duración no permite tener por incumplido el requisito, y así lo ha entendido la STSJ del País Vasco de 10 de junio de 2014, rec. 885/2014, referida a la realización de trabajos esporádicos anteriores, y en parecidos términos la sentencia del mismo tribunal de 8 de julio de 2014, rec. 1294/2014. Por su parte la STSJ Andalucía/Sevilla de 16 de octubre de 2014, rec. 256/2014, tampoco considera interrumpida la inscripción como demandante de empleo por la realización de un trabajo de 15 días.

STSJ Andalucía/Sevilla de 16 de octubre de 2014, rec. 256/2014

“Esta Sala considera que sí consta y se alega un claro impedimento para interrumpir la inscripción como demandante de empleo, y tal es el hecho de haber estado empleado durante catorce días. Aun incluso cuando interpretáramos el requisito bajo esta nueva perspectiva pero en forma más restrictiva, y entendiéramos que la prestación de un servicio conllevaría una interrupción en la inscripción como demandante de empleo susceptible de conllevar la iniciación del cómputo de los seis meses tras la baja en el trabajo, lo cierto que en el presente caso tal conclusión alcanzaría límites de rigorismo que se opondrían a la finalidad perseguida por la norma, dado que tras un tiempo en desempleo e inscrito como demandante de empleo que supera con creces los seis meses exigidos, la obtención de un trabajo de catorce días no supone sino confirmar y constatar la clara dificultad para la consecución de empleo”.

También se ha atemperado este requisito en otros casos en los que permaneciendo inscrito el solicitante de la pensión de jubilación anticipada durante un dilatado periodo de tiempo, no se renovó de modo expreso la inscripción (STSJ Castilla-La Mancha de 9 de abril de 2013, rec. 1800/2012), máxime si la falta de renovación se debió al hecho de haber iniciado un proceso de IT (STSJ Andalucía/Granada de 15 de abril de 2015, rec. 144/2015); aun cuando estos pronunciamientos no suponen la existencia de un criterio consolidado, pues en contra se han pronunciado, por ejemplo, las SSTSJ País Vasco de 4 de febrero y 18 de mayo de 2014, recs. 2324 y 850/2014.

Igualmente se ha cuestionado si los seis meses han de ser posteriores al momento de reunir los requisitos de edad y cotización para acceder a la jubilación, pronunciándose en este sentido la STSJ de Cataluña de 18 de febrero de 2010, rec. 8582/2008, si bien entendemos que la exigencia legal no admite esta restrictiva interpretación como ha señalado la STSJ Aragón de 12 de mayo de 2012, rec. 154/2012. Sobre este particular el criterio interpretativo del INSS, emanado de la Consulta 12/2015, de 24 de febrero, mantiene que “la demanda de empleo durante los seis meses anteriores a la solicitud de pensión de jubilación (anticipada) ... no tiene que ser necesariamente posterior al cumplimiento de los 33 años de cotización efectiva, pudiendo computarse el tiempo de demanda que figure cotizado por desempleo o por convenio especial, aunque esas cotizaciones resulten necesarias para acreditar aquel periodo mínimo”.

3.1.4. Acreditar un periodo mínimo de cotización efectiva de 33 años, sin cómputo de la parte proporcional de pagas extraordinarias, admitiendo a estos exclusivos efectos el periodo del servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutiva, con el límite máximo de un año

Aun cuando la norma [artículo 207.1.c) TRLGSS] hace referencia a cotización efectiva, habrá de entenderse que en tal concepto se incluye tanto las cotizaciones efectivamente realizadas, como las que hemos denominado cotizaciones no reales o ficticias que derivan de las situaciones de excedencia por cuidado de hijos, familiares a cargo, periodo de cotización asimilados por parto, etc., a las que nos hemos referido anteriormente.

Es importante resaltar que también aquí procede llevar a cabo el cómputo recíproco de cotizaciones, adicionando las cotizaciones realizadas en el Régimen General y en cualquier otro de los regímenes especiales, con la particularidad de que solo procederá reconocer el derecho a la jubilación anticipada cuando el mayor número de cotizaciones se hayan realizado como trabajador por cuenta ajena ya que si, por ejemplo, la pensión hubiera de reconocerse con cargo al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, en tal caso no habría derecho a la jubilación anticipada al no estar reconocida en este régimen especial dicha prestación (STS 13 de mayo de 2015, rec. 838/2014).

Ha planteado alguna duda aplicativa si son o no computables para alcanzar el periodo de cotización de treinta y tres años las cotizaciones efectuadas como beneficiario del subsidio por desempleo como trabajador mayor de 55 años, ya que tanto la Disposición adicional vigésimo octava de la LGSS/1994 como el artículo 280.1 TRLGSS disponen que las cotizaciones efectuadas en estos casos por la Entidad Gestora en ningún caso tendrán validez y eficacia para acreditar el periodo mínimo de cotización, lo que ha dado lugar a pronunciamientos dispares sobre el particular, ya que en algunos casos se ha denegado el cómputo de dichas cotizaciones (SSTSJ Galicia de 3 de septiembre de 2015, rec. 4841/2014 y 22 de febrero de 2013, rec. 2477/2010 y Aragón de 20 de mayo de 2013, rec. 239/2013), mientras que en otros se ha dado plena validez a las mismas (STSJ Galicia de 24 de marzo de 2014, rec. 5162/2011 y Navarra de 27 de noviembre de 2013, rec. 283/2012). Finalmente el TS en la STS de 19 de abril de 2018, rec. 2036/2006, ha denegado la validez de estas cotizaciones, lo que no parece acorde con lo establecido en el art. 280.1 TRLGSS que al negar la validez a las cotizaciones puntualiza que la imposibilidad de cómputo se produce “para acreditar el periodo mínimo de cotización exigido en el artículo 205.1.b)”, es decir, niega virtualidad a tales cotizaciones solo y exclusivamente para alcanzar el periodo mínimo de 15 años que permite el acceso a la jubilación ordinaria, criterio que no es el que mantiene el TS en la citada sentencia.

La norma a que venimos haciendo referencia establece la posibilidad de cómputo, a estos exclusivos efectos y por tanto no para incrementar el porcentaje de pensión, al periodo de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutiva, con el límite máximo de un año, pues es sabido que ese periodo no se entiende como de prestación de servicios al Estado (artículo 32.3 del Texto Refundido de Clases Pasivas

del Estado de 30 de abril de 1987) sin que exista obligación de cotizar en dicho periodo (por todas STS 10 de noviembre de 2009).

La duda se plantea con relación al periodo del servicio militar voluntario que exceda del periodo obligatorio, ya que el citado artículo 33.2 de la Ley de Clases Pasivas del Estado dispone en su párrafo segundo que “el tiempo que exceda de los periodos mencionados en el párrafo anterior –entre los que se encuentra el servicio militar obligatorio– y que permanezca el personal de que se trate prestando el servicio militar ... se entenderá, a todos los efectos, como de servicios al Estado, que se consideran prestados como Clase de Tropa o Marinería”. Es precisamente en aplicación de esta disposición que distintos pronunciamientos judiciales han admitido como periodo computable, a todos los efectos, el servicio militar voluntario incluyendo el prestado como soldado en prácticas al servicio de RENFE (STSJ Castilla-La Mancha de 9 de febrero de 2007, rec. 1869/2005), aunque no se trata de un criterio pacífico.

STSJ Cataluña de 16 de octubre de 2008, rec. 3270/2007

“El citado texto (se refiere al artículo 32.3 de la Ley de Clases Pasivas) diferencia pues claramente entre dos supuestos: el servicio militar obligatorio y voluntario. Así, respecto al tiempo que excede al Servicio Militar Obligatorio, considerado como periodo voluntario, aplicando la literalidad de la citada Ley de Clases Pasivas del Estado, artículo 32.3, ‘in fine’, existe una doctrina consolidada, que valora su incorporación al cómputo de cotizaciones por la jubilación, ya que entra directamente dentro de la previsión del párrafo citado, reflejada en las sentencias de Tribunales Superiores de Madrid de 13-05-2005; de Castilla-La Mancha de 9-02-2007, Catalunya de 18-02-2003; Castilla y León de 07-02-2007, Asturias de 16-3-2007, entre otras. En consecuencia, reiterando la mencionada doctrina, la Sala considera que no es correcta la interpretación de que el cómputo del servicio militar que excedió al voluntario (entendemos que se refiere al periodo obligatorio), debe ser excluido del periodo de carencia”.

La norma no resuelve la cuestión relativa al cómputo del periodo de prestación social obligatoria de las mujeres solteras instaurado por Decreto de 7 de octubre de 1937, lo que ha llevado a algunos Tribunales Superiores de Justicia (País Vasco sentencia de 11 de octubre de 2016, rec. 1821/2016 y Extremadura de 9 de septiembre de 2014, rec. 338/2014), a admitir la validez de su cómputo al equipararlo al servicio militar obligatorio de los hombres, como se establecía en el preámbulo de la norma que implanta dicho servicio social. No obstante se ha pronunciado en contra de este criterio la sentencia del TSJ de Cataluña de 15 de junio de 2017, rec. 2308/2017.

3.1.5. Involuntariedad del cese en el trabajo

No resulta admisible para acceder a esta modalidad de jubilación cualquier clase de cese involuntario en el trabajo, ya que la norma [artículo 207.1.d) TRLGSS], enumera de forma cerrada, las causas concretas de extinción del contrato de trabajo que permiten el acceso a esta modalidad de jubilación, siendo en concreto las siguientes:

- Despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.
- Despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.
- Extinción de contrato por resolución judicial, conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

- Muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44 ET, o la extinción de la personalidad jurídica del contratante.

- Extinción del contrato por fuerza mayor constatada por la autoridad laboral.

- Extinción de la relación laboral de la mujer trabajadora como consecuencia de ser víctima de la violencia de género.

Llama la atención que denominándose genéricamente esta situación “por causa no imputable al trabajador”, no se hayan incluido otras causas que son también supuestos de extinción del contrato por causas ajenas a la libre voluntad del beneficiario, como serían el despido disciplinario improcedente con opción por la extinción del contrato, el despido nulo con imposibilidad de readmisión, la resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador y derivada de un incumplimiento empresarial grave o la extinción por finalización de un contrato temporal, supuestos en los que está ausente la nota de voluntariedad del trabajador en la extinción del contrato.

Con relación a la inclusión del trabajador en un procedimiento de despido colectivo al amparo del artículo 51 ET, se ha cuestionado si la inclusión aceptada por el trabajador supone o no una baja involuntaria, manteniendo el TS que cuando la extinción es consecuencia de un ERE habrá de estimarse que existe involuntariedad en el cese, con independencia de que el trabajador haya mostrado su conformidad (SSTS 23 de mayo de 2007, rec. 4900/2005 y 17 de abril de 2007, rec. 1217/2006); a diferencia de lo que sucede con las situaciones de prejubilación derivadas de un plan propuesto por la empresa y aceptado voluntariamente por los trabajadores, sin mediar el instrumento del ERE (ver STS 17 de abril de 2007, rec. 5944/2007).

En cuanto a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas al amparo del artículo 52.c) ET, se ha admitido como causa que motiva el acceso a la jubilación anticipada el supuesto de declaración de improcedencia de dicha extinción, siempre que la empresa opte por el abono de la indemnización, ya que lo determinante es la forma en que se ha producido la extinción del contrato y no su calificación jurídica (SSTSJ Castilla y León/Burgos de 3 de diciembre de 2015 y 3 de noviembre de 2015, recs. 753 y 694/2015), debiendo mantenerse igual criterio en el caso de la extinción por la vía del despido colectivo improcedente.

EJEMPLO

Llevado a cabo un despido colectivo, es conocido que, con independencia de la impugnación que puedan llevar a cabo los representantes de los trabajadores o la autoridad laboral, también los trabajadores individualmente afectados pueden impugnar la extinción ante el Juzgado de lo Social y si esta se declara como despido improcedente, optando la empresa por el

abono de la indemnización, tal circunstancia no debe ser obstáculo para que posteriormente el trabajador pueda acceder a esta modalidad de jubilación, ya que lo determinante será la vía utilizada por la empresa para proceder a la extinción.

3.1.6. Acreditación de haber percibido la indemnización derivada de la extinción del contrato o haber reclamado la misma o impugnado la decisión extintiva

La acreditación de haber percibido o reclamado la indemnización está prevista para los supuestos en los que la extinción se haya producido por despido colectivo u objetivo, aunque cuando la causa extintiva invocada es de naturaleza económica, no es necesario que la empresa ponga a disposición del trabajador la indemnización correspondiente, sin perjuicio de su posterior reclamación por este [artículo 53.1.6) ET], por lo que en estos casos también deberá constar el posterior pago o su reclamación.

La acreditación del pago puede efectuarse mediante documento de transferencia bancaria o mediante la “documentación acreditativa equivalente”, por lo que será necesario acreditar la existencia de prueba documental acreditativa del pago (STSJ Cataluña de 7 de julio de 2015, rec. 2218/2015), sin que por tanto la simple manifestación de haber percibido la indemnización en efectivo sea prueba suficiente a estos efectos.

EJEMPLO

Si un trabajador es objeto de despido objetivo al amparo del artículo 52.c) ET y en el momento de entregarle la notificación de la extinción del contrato, la empresa le abona en efectivo la indemnización correspondiente, dicha forma de abono dificultará posteriormente la acreditación de dicho abono en los términos establecidos en el artículo 207.1 TRLGSS.

Cuando la extinción se haya producido en virtud de despido colectivo y en el marco de un procedimiento concursal, no es exigible el requisito de haber percibido la indemnización o de su reclamación, bastando con que la administración concursal certifique que el solicitante ha quedado incluido en la masa pasiva del concurso como acreedor de la indemnización que le corresponda (Consulta 18/2015 de 16 de marzo de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS).

También se considera acreditado el percibo de la indemnización por despido cuando dicha indemnización se ingrese como prima de una póliza de seguro de vida de la que es beneficiario el trabajador y también cuando el importe de la indemnización se corresponde con el valor de un bien propiedad de la empresa que esta transmite al trabajador mediante dación en pago (Consulta 6/2016, de 4 de abril, y 11/2017, de 30 de junio, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS).

3.2. Cuantía de la pensión de jubilación

En primer lugar procederá calcular el importe de la pensión como si se tratara de una jubilación ordinaria, por lo que habrá de tenerse en cuenta la base reguladora que corresponda al trabajador y el porcentaje aplicable en función de los años y meses cotizados (ver capítulo 2).

Una vez calculada la pensión, la cuantía será objeto de reducción mediante la aplicación de los siguientes coeficientes, en función de los trimestres o fracción de los mismos que resten al beneficiario para acceder a la pensión de jubilación.

Periodo de cotización acreditado	Coefficiente reductor por trimestre
Inferior a 38 años y 6 meses	1,875%
De 38 años y 6 meses a 41 años y 6 meses	1,750%
De 41 años y 6 meses a 44 años y 6 meses	1,625%
Igual o superior a 44 años y 6 meses	1,500%

Una vez aplicados los coeficientes reductores la pensión no puede ser superior a la cuantía resultante de reducir el tope máximo de la pensión en un 0,50 por 100 por cada trimestre o fracción de trimestre de anticipación (artículo 210.3 TRLGSS).

EJEMPLO

Partiendo de una hipotética pensión máxima de jubilación establecida en 2.500 euros, resultará que si el beneficiario anticipa su pensión en 16 trimestres (4 años), la pensión no podrá ser superior al 92 por 100 del tope máximo, por lo que no podría superar los 2.300 euros en 14 pagas anuales.

Para la aplicación de los coeficientes reductores es necesario saber la edad a la que podría jubilarse el trabajador y en este sentido el artículo 207.2 TRLGSS establece que “a los exclusivos efectos de determinar dicha edad legal de jubilación, se considerará como tal la que le hubiera correspondido al trabajador de haber seguido cotizando durante el plazo comprendido entre la fecha del hecho causante y el cumplimiento de la edad legal de jubilación ...”, de forma que se computan, exclusivamente para determinar la edad ordinaria de jubilación, los años y meses comprendidos entre la solicitud de la pensión anticipada y la edad a la que le correspondería jubilarse al trabajador.

4. JUBILACIÓN ANTICIPADA POR VOLUNTAD DEL INTERESADO

Se trata de una modalidad de jubilación anticipada creada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que se vincula exclusivamente al cumplimiento de una determinada edad y reunir un periodo mínimo de cotización, computado en igual forma que en la jubilación

anticipada involuntaria analizada en el epígrafe anterior, siendo aplicable a todos los regímenes de Seguridad Social, incluidos trabajadores por cuenta propia.

El reconocimiento de la pensión no exige estar en desempleo por lo que puede accederse a la misma desde la situación de activo. Se configura por tanto como un derecho subjetivo del trabajador que podrá hacer uso del mismo desde cualquier situación en la que se encuentre, siempre que se halle en situación de alta o asimilada al alta y reúna el resto de los requisitos a que se refiere el artículo 208 TRLGSS.

4.1. Normativa reguladora

- Artículo 208 TRLGSS.

4.2. Requisitos de los beneficiarios

4.2.1. Edad

Para acceder a la jubilación voluntaria anticipada se precisa tener una edad que sea inferior en dos años a la edad ordinaria de jubilación que resulte, por aplicación de lo establecido en el artículo 205.1.a) TRLGSS, sin que a estos efectos sean de aplicación los coeficientes reductores a que se refiere el artículo 206 de la citada norma, debiendo tenerse en cuenta los periodos de aplicación paulatina de la edad de jubilación y de los años de cotización contenidos en la Disposición transitoria séptima.

En virtud de ello, la edad necesaria para acceder a la jubilación anticipada de carácter voluntario es la siguiente:

Año	Períodos cotizados	Edad exigida
2018	36 años y 6 meses o más.	63 años.
	Menos de 36 años y 6 meses.	63 años y 6 meses.
2019	36 años y 9 meses o más.	63 años.
	Menos de 36 años y 9 meses.	63 años y 8 meses.
2020	37 o más años.	63 años.
	Menos de 37 años.	63 años y 10 meses.
2021	37 años y 3 meses o más.	63 años.
	Menos de 37 años y 3 meses.	64 años.
2022	37 años y 6 meses o más.	63 años.
	Menos de 37 años y 6 meses.	64 años y 2 meses.
2023	37 años y 9 meses o más.	63 años.
	Menos de 37 años y 9 meses.	64 años y 4 meses.
2024	38 o más años.	63 años.
	Menos de 38 años.	64 años y 6 meses.

2025	38 años y 3 meses o más.	63 años.
	Menos de 38 años y 3 meses.	64 años y 8 meses.
2026	38 años y 3 meses o más.	63 años.
	Menos de 38 años y 3 meses.	64 años y 10 meses.
A partir del año 2027	38 años y 6 meses o más.	63 años.
	Menos de 38 años y 6 meses.	65 años.

4.2.2. Estar en alta o situación asimilada a la de alta

Estar en el momento del hecho causante en situación de alta o asimilada a la de alta, ya que como es sabido el requisito de no alta para acceder a la pensión de jubilación solo se aplica para los supuestos de jubilación ordinaria y también para la jubilación anticipada de los trabajadores que tengan la condición de mutualistas con anterioridad al 1 de enero de 1967. Los restantes supuestos de jubilación anterior al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación precisan el cumplimiento del requisito del alta o de situación asimilada al alta (ver epígrafe 5.1 del capítulo primero).

4.2.3. Acreditar un periodo de cotización efectiva de 35 años, sin pagas extraordinarias, aunque si computa el tiempo de servicio militar obligatorio o de prestación social sustitutiva, con el límite máximo de un año

Con independencia del periodo de carencia genérico de 35 años, es necesario que se reúna la carencia específica, de modo que al menos dos años deben estar comprendidos dentro de los 15 años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación, o a la fecha en que cesó la obligación de cotizar.

El cómputo de los años de cotización se lleva a cabo en la forma que ha quedado expuesta en la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador (ver epígrafe 3.1.4 de este capítulo), dando por reproducidas las cuestiones suscitadas entorno al cómputo del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutiva.

4.2.4. Que el importe de la pensión de jubilación voluntaria a percibir sea superior a la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad

En base al anterior requisito, resultará que si calculada la pensión la cuantía resultante es inferior a la mínima anualmente establecida para la pensión de jubilación a los 65 años, en función de las circunstancias familiares del solicitante, “no se podrá acceder a esta fórmula de jubilación anticipada”.

Conforme al criterio de gestión 3/2018, de 13 de febrero, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, este requisito se considerará cumplido en los siguientes casos:

– Cuando la cuantía de la pensión teórica sea superior a la cuantía de la pensión mínima y

– Cuando la suma de las cuantías de la pensión española y de la reconocida por cualquier otro Estado vinculado a España en virtud de una norma internacional de Seguridad Social sea superior a la cuantía de la pensión mínima.

4.3. Cuantía de la pensión

Para la cuantificación de la pensión se calcula en primer lugar la pensión resultante en los mismos términos que la jubilación ordinaria (ver capítulo octavo).

A continuación la pensión será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada trimestre o fracción de trimestre que le falte al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación, de los siguientes coeficientes.

Periodo de cotización acreditado	Coefficiente reductor por trimestre
Inferior a 38 años y 6 meses	2%
De 38 años y 6 meses a 41 años y 6 meses	1,875%
De 41 años y 6 meses a 44 años y 6 meses	1,750%
Igual o superior a 44 años y 6 meses	1,625%

A los exclusivos efectos de determinar la edad legal de jubilación, se considerará como tal la que le hubiera correspondido al trabajador de haber seguido cotizando durante el plazo comprendido entre la fecha del hecho causante y el cumplimiento de la edad legal de jubilación que corresponda.

También en estos casos el importe de la pensión no podrá ser superior a la cuantía resultante de reducir el tope máximo de pensión en un 0,50 por 100 por cada trimestre o fracción de trimestre de anticipación.

5. REDUCCIÓN DE LA EDAD DE JUBILACIÓN EN FUNCIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL TRABAJO REALIZADO O EN SUPUESTOS DE DISCAPACIDAD

5.1. Reducción por razón del trabajo realizado y sin aplicación de coeficientes reductores de la pensión

La edad mínima de acceso a la edad de jubilación podrá ser rebajada por Real Decreto, en aquellos grupos de actividad profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca (art. 206.1 TRLGSS).

En la actualidad se reconoce el derecho a anticipar la edad de jubilación, mediante la aplicación de coeficientes reductores de edad, en los siguientes supuestos:

- Trabajadores incluidos en el Estatuto del Minero.
- Personal de vuelo de trabajos aéreos.
- Sector de trabajadores ferroviarios.
- Bomberos al servicio de las Administraciones y Organismos Públicos.
- Miembros del Cuerpo de la Ertzaintza.
- **Policía local al servicio de las entidades locales.**
- Sector de profesionales taurinos.
- Sector de artistas.

5.1.1. Trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Estatuto del Minero

En este caso se trata de trabajadores por cuenta ajena incluidos en el ámbito del citado Estatuto y que no estén comprendidos en el Régimen Especial de la Minería del Carbón. Estos trabajadores pueden jubilarse antes de la edad ordinaria mediante la aplicación de coeficientes correctores de la edad, cuando concurren circunstancias de penosidad, toxicidad, peligrosidad o insalubridad, en los términos establecidos en la escala contenida en el Real Decreto 2366/1984, de 26 de diciembre, escala que oscila en función de la categoría profesional y del trabajo realizado desde un máximo del 0,50 para picadores, barrenistas, etc. al 0,05 para trabajadores en el exterior. Dichos porcentajes se aplican al periodo trabajado y el resultado se reduce de la edad ordinaria de jubilación.

157

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador incluido en el ámbito de aplicación del Estatuto del Minero con categoría profesional de picador ha trabajado durante un periodo de 10 años, tendrá derecho a una reducción de la edad en el 0,50 de los años trabajados, y por tanto en este caso reducirá su edad de jubilación en cinco años.

5.1.2. Personal de vuelo de trabajos aéreos

Se reconoce el derecho al anticipo de la edad de jubilación a los tripulantes técnicos de vuelo, aplicando los coeficientes teóricos de edad contenidos en el Real Decreto 1559/1986, de 28 de junio. Dichos coeficientes son del 0,40 para pilotos y segundos pilotos y del 0,30 para el resto de personal (art. 2.1).

5.1.3. Trabajadores ferroviarios

El art. 3 del Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que se integra en el Régimen General, entre otros, al Régimen Especial de Trabajadores ferroviarios, dispone la rebaja de la edad de jubilación ordinaria para los grupos profesionales que realicen o hayan realizado actividades de naturaleza especialmente penosa o peligrosa, reducción que se lleva a cabo mediante la aplicación al tiempo de servicios efectivos en trabajos

penosos o peligrosos de los coeficientes que se contienen en dicha disposición y que abarcan porcentajes desde el 0,15 al 0,10.

5.1.4. Bomberos al servicio de las Administraciones y Organismos Públicos

La reducción de la edad ordinaria de jubilación se contiene para este colectivo en el Real Decreto 383/2008, de 14 de marzo, aplicándose un coeficiente reductor de edad del 0,20 a los años completos efectivamente trabajados, sin que la aplicación de tal coeficiente pueda dar lugar a que los interesados accedan a la jubilación antes de los 60 años o de los 59 si acreditan 35 o más años de cotización como bomberos, sin cómputo de la parte proporcional de pagas extraordinarias.

5.1.5. Personal de la Ertzaintza

Su regulación se contiene en la Disposición adicional vigésima TRLGSS, y la reducción se produce en igual porcentaje y con el mismo límite de edad ya descrito para bomberos en el epígrafe anterior.

5.1.6. Policía local al servicio de las entidades locales

Su regulación se contiene en el Real Decreto 1449/2018, de 14 de diciembre, conforme al cual la edad ordinaria exigida para el acceso a la pensión de jubilación de este colectivo se reducirá en un periodo equivalente al que resulte de aplicar a los años completos efectivamente trabajados como policía local el coeficiente reductor del 0,20, sin que en ningún caso la persona interesada pueda acceder a la jubilación con una edad inferior en 5 años a su edad ordinaria de jubilación, o en seis años en los supuestos en que se acrediten 37 años de actividad efectiva y cotización, como policía local, sin cómputo de la parte proporcional correspondiente a pagas extraordinarias.

En todos estos casos la reducción de edad que se produzca como consecuencia de la aplicación de los coeficientes correctores se computa como periodo cotizado a los exclusivos efectos de determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora para calcular el importe de la pensión de jubilación.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un bombero ha trabajado 20 años con tal categoría, al aplicar el coeficiente reductor de 0,20 por cada año trabajado resultará que puede reducir su edad de jubilación en cuatro años, y ese periodo se computará como si efectivamente se hubiera cotizado a efectos de la obtención del porcentaje aplicable a la base reguladora para cuantificar el importe de la pensión, de forma que si, por ejemplo el citado trabajador tuviera acreditados 30 años de cotización efectiva, los cuatro años de reducción de la edad de jubilación se computarían también como cotizados para calcular la pensión y así alcanzaría un total de 34 años.

En los supuestos referidos no se trata en realidad de una jubilación anticipada, sino que para estos colectivos de trabajadores se ha rebajado la edad de jubilación mediante la aplicación de coeficientes correctores, de tal manera que pueden percibir la pensión ordinaria de jubilación a edad inferior a los 65 años y sin reducción de ningún tipo.

Todos estos casos han sido objeto de regulación reglamentaria con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/2011, la cual establece en su Disposición adicional vigésimo tercera, que el Gobierno aprobará las normas necesarias sobre el procedimiento general de aprobación de coeficientes reductores de la edad de jubilación en los distintos sectores y ámbitos de trabajo, añadiendo que el establecimiento de dichos coeficientes reductores solo procederá cuando no sea posible la modificación de las condiciones de trabajo. El desarrollo reglamentario se ha producido por medio del Real Decreto 1698/2011, de 18 de noviembre, que regula el procedimiento general en orden al establecimiento de los coeficientes de reducción de edad a que venimos haciendo referencia.

5.2. Otros supuestos de reducción de edad de jubilación en función de la actividad o del trabajo realizado

5.2.1. Profesionales taurinos

El art. 18 del Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, establece la edad mínima de jubilación de los profesionales taurinos para causar pensión de jubilación, estableciendo que dicha edad será la de 65 años para mozos de estoque y de rejones y sus ayudantes; la de 60 años para puntilleros y la de 55 años para los demás profesionales taurinos.

Además del cumplimiento de la edad referida se exige que los profesionales taurinos acrediten el haber actuado en los siguientes espectáculos taurinos de acuerdo a su categoría profesional: 150 festejos en cualquiera de las categorías de matadores de toros, rejoneadores y novilleros; 200 festejos en las categorías de banderilleros o picadores o en cualquiera de las categorías antes citadas y 250 festejos para puntilleros, mozos de estoque y de rejones y sus ayudantes, en cualquier categoría profesional.

Los mozos de estoque y de rejones y sus ayudantes pueden anticipar su jubilación a partir del cumplimiento de los 60 años de edad, si bien el porcentaje de pensión se reducirá, en estos casos, en un 8 por 100 por cada año de anticipación.

5.2.2. Artistas

Los cantantes, trapeceistas y bailarines pueden jubilarse a los 60 años sin coeficiente reductor, siempre que hayan trabajado en la especialidad ocho años dentro de los 21 anteriores a la jubilación.

Los demás artistas pueden jubilarse a partir de los 60 años con el coeficiente reductor del 8 por 100 por cada año de anticipación de la edad.

5.3. Jubilación anticipada de personas con discapacidad

El artículo 206.2 TRLGSS establece que la edad de jubilación podrá ser reducida en el caso de personas con discapacidad igual o superior al 65 por 100 en los términos contenidos en la norma reglamentaria de desarrollo o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45 por 100, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en las que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas. La fijación reglamentaria de tales discapacidades se ha llevado a cabo por medio del Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre.

5.3.1. Anticipo de la edad de jubilación para personas con discapacidad grave en grado igual o superior al 65 por 100

Los coeficientes reductores de la edad de jubilación en favor de estos trabajadores se han establecido por medio del Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre, en el que con carácter general se aplica un coeficiente del 0,25 sobre el tiempo efectivamente trabajado, siempre que se acredite un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100, subiendo al 0,50 cuando, además, el discapacitado necesite de la ayuda de otra persona para la realización de los actos esenciales de la vida cotidiana. La aplicación de tales coeficientes no puede suponer, en ningún caso, que la jubilación se produzca con anterioridad a los 52 años de edad.

La acreditación de la discapacidad ha de efectuarse mediante certificación del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o por el órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma, sin que tal circunstancia o el hecho de precisar de la ayuda de tercera persona pueda hacerse por el INSS en vía administrativa o en el procedimiento judicial que se siga (STS 18 de febrero de 2015, rec. 983/2014).

Para el cómputo del periodo trabajado, a efectos de la aplicación de los coeficientes reductores por edad, se computarán todas las faltas al trabajo, salvo las derivadas de incapacidad temporal por cualquier contingencia común o profesional, las que procedan de suspensión del contrato por maternidad, adopción, acogimiento o riesgo por embarazo y las faltas de asistencia que den derecho a retribución.

La anticipación de la edad de jubilación no implica reducción de la cuantía de la pensión y el periodo de tiempo en que resulte reducida la edad de jubilación se computa como cotizado para determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora utilizada.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si una trabajadora que tiene reconocido desde su infancia un grado de discapacidad superior al 65 por 100, viene realizando una actividad retribuida y cotizando por ella a la Seguridad Social, tendrá derecho a la aplicación del coeficiente del 0,25 por cada año efectivamente trabajado y siempre que no necesite de la ayuda de una tercera persona para la realización de los

actos de la vida cotidiana, ya que en tales casos la reducción sería del 0,50. Si la citada trabajadora hubiera prestado servicios por cuenta ajena durante 20 años, tendría derecho a reducir la edad de jubilación en cinco años (20 años x 0,25=5), por lo que podría jubilarse sin reducción de la cuantía de la pensión a los 60 años.

En cuanto al porcentaje aplicable para el cálculo de la pensión se le computarían los 20 años trabajados más los cinco años de reducción de edad, por lo que computaría un total de 25 años a efecto de la aplicación de porcentajes para el cálculo de la pensión.

5.3.2. Anticipo de la edad de jubilación para trabajadores con discapacidades reglamentariamente determinadas y en grado igual o superior al 45 por 100

La regulación se contiene en el Real Decreto 1851/2009 y se aplica a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia incluidos en cualquiera de los regímenes que integran el Sistema de la Seguridad Social, que acrediten que han trabajado un tiempo efectivo equivalente, al menos, al periodo mínimo de cotización que se exige para poder acceder a la pensión de jubilación, siempre que se encuentren afectados por alguna de las discapacidades enumeradas en el artículo 2 de la citada norma y que durante todo ese tiempo tengan un grado de discapacidad igual o superior al 45 por 100.

Las discapacidades que pueden dar lugar a la reducción de la edad de jubilación son la discapacidad intelectual, parálisis cerebral, determinadas anomalías genéticas, anomalías congénitas secundarias a talidomida, síndrome postpolio, daño cerebral adquirido, enfermedad mental y determinadas enfermedades neurológicas.

La edad mínima de jubilación quedó inicialmente establecida en los 58 años, aunque la Disposición adicional decimoctava de la Ley 27/2011, con entrada en vigor el 1 de enero de 2012, ha establecido la edad mínima de jubilación a los 56 años, añadiéndose en la Disposición final sexta que el Gobierno podrá modificar la anticipación de la edad de jubilación de este colectivo de trabajadores, produciéndose así una deslegalización de la materia al permitir que por medio de Real Decreto pueda modificarse la edad de jubilación anticipada.

Los trabajadores que reúnan las condiciones establecidas para acogerse en lo dispuesto en el Real Decreto 1539/2003, de 5 de diciembre (ver epígrafe anterior 6.1) pueden optar por la aplicación de la norma que le resulte más favorable.

CONCEPTOS BÁSICOS A RECORDAR

- Los trabajadores que acrediten cotizaciones al mutualismo laboral con anterioridad al 1 de enero de 1967 pueden acceder a la jubilación a los 60 años, siempre que reúnan los requisitos de cotización exigidos y se hallen en situación de alta o asimilada.

- Si se accede desde el trabajo a la jubilación anticipada como mutualista, el coeficiente reductor por cada año o fracción de año que falte para el cumplimiento de 65 años reduce la pensión en un 8 por 100.

- En el supuesto de acceder a esta modalidad de jubilación desde la situación de desempleo por causa no imputable al trabajador el coeficiente reductor oscila entre el 6 y el 7,5 por 100 por año, en función de los años cotizados.

- La jubilación anticipada de los no mutualistas que se encuentren en situación de desempleo, al menos durante seis meses y por causa no imputable al trabajador, puede anticiparse en cuatro años a la edad de jubilación ordinaria.

- La situación legal de desempleo derivada de despido improcedente del trabajador no posibilita el acceso a la jubilación anticipada referida en el apartado anterior, al no encontrarse el despido disciplinario entre las causas de extinción del contrato que posibilitan el acceso a esta modalidad de jubilación anticipada.

- En la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador se han de acreditar al menos 33 años de cotización efectiva, sin la parte proporcional de pagas extraordinarias, siendo computable, a estos exclusivos efectos, hasta un año por realización del servicio militar o prestación social sustitutoria.

- Los coeficientes reductores en esta modalidad de jubilación se calculan en función de los trimestres que faltan para la edad ordinaria de jubilación.

- El trabajador puede acceder a la jubilación anticipada voluntaria dos años antes del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, debiendo acreditar al menos 35 años de cotización.

- Para acceder a la jubilación voluntaria no se precisa estar en situación legal de desempleo, por lo que se puede solicitar la prestación directamente desde el trabajo.

- El anticipo de la edad de jubilación para personas con discapacidad se puede producir por una doble vía, bien sea por la existencia de una discapacidad grave en grado igual o superior al 65 por 100, o por presentar una enfermedad de las establecidas reglamentariamente, con un grado de discapacidad igual o superior al 45 por 100.



LA JUBILACIÓN PARCIAL Y FLEXIBLE. JUBILACIÓN DEL SOVI

1. NORMATIVA REGULADORA

- Artículo 215 TRLGSS.
- Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, que desarrolla determinados preceptos de la Ley 35/2007, de 12 de julio, para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.
 - Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.
 - Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social.
 - Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

163

2. JUBILACIÓN PARCIAL ORDINARIA

En la actualidad procede distinguir, dentro de la jubilación parcial **ordinaria**, aquella que se produce con anterioridad al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación y la jubilación parcial tras dicha edad.

2.1. Jubilación parcial con anterioridad al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación (jubilación parcial anticipada)

2.1.1. Beneficiarios

Pueden acceder a la jubilación parcial los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General de la Seguridad Social, de la Minería del Carbón y del Mar, siempre que reúnan los requisitos legalmente exigibles. También podrán acogerse a esta jubilación los socios trabajadores de las cooperativas, que estén incluidas en el Sistema de Seguridad Social como asimilados a trabajadores por cuenta ajena y siempre que la cooperativa concierte con un socio de duración determinada o con un desempleado la realización de la jornada dejada vacante por el socio que se jubila parcialmente (artículo 215.5 TRLGSS).

Se ha suscitado la cuestión acerca de si es posible acceder a la jubilación parcial por parte de quien estando afiliado al Régimen General en el momento de causar la pensión, acredita mayor número de cotizaciones en el RETA, en el que no es posible la

jubilación parcial, y en cuyo régimen habría de reconocerse el derecho a la pensión de jubilación, una vez llevado a cabo el cómputo recíproco de las cotizaciones. La cuestión ha sido resuelta en unificación de doctrina por las SSTS de 20 de mayo de 2009, rec. 2860/2008 y 20 de enero de 2009, rec. 4605/2005, en las que se reconoce el derecho a la jubilación parcial a los trabajadores en los que concurra la circunstancia expresada de acreditar mayor número de cotizaciones en un régimen especial de Seguridad Social que no reconoce la expresada jubilación parcial.

EJEMPLO

Si un trabajador acredita 22 años de cotización al RETA y posteriormente es objeto de alta en el Régimen General de la Seguridad Social en el que permanece otros 13 años, dicho trabajador podrá acceder a la jubilación parcial, siempre que reúna los requisitos legalmente exigibles, sin que sea impedimento para ello el hecho de que acredite mayor número de cotizaciones al RETA.

También es polémica la situación del personal estatutario de los servicios de salud, que, como es sabido, cotizan al Régimen General de la Seguridad Social y además el Estatuto Marco que le es de aplicación, aprobado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre, que regula el contrato a tiempo parcial en su artículo 60, por lo que, en principio, parecería que no habría de existir impedimento para el acceso a la jubilación parcial de dicho personal. Sin embargo no ha sido este el criterio sustentado por el TS a partir de su sentencia de Sala General de 22 de julio de 2009, rec. 3044/2008, en la que se mantiene que hasta tanto no se produzca el oportuno desarrollo reglamentario, no es posible que dicho personal estatutario acceda a la jubilación parcial, doctrina que ha sido seguida posteriormente por sentencias como las de 13 de marzo de 2014, rec. 1287/2013; 12 de mayo de 2010, rec. 1867/2009 y 6 de julio de 2010, rec. 4010/2009, entre otras, manteniendo que ello es así aunque una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso administrativo obligue al empleador público a reducir la jornada del personal estatutario solicitante y contratar a un relevista (STS 13 de marzo de 2014, citada).

Igual doctrina es de aplicación al personal funcionario que cotiza al Régimen General de la Seguridad Social, como sucede con los funcionarios de Ayuntamientos, Diputaciones, Comunidades Autónomas, etc., los cuales, pese a estar obligatoriamente incluidos en el citado régimen de Seguridad Social, no pueden acceder a los beneficios de la jubilación parcial (STS 6 de julio de 2010, rec. 4010/2009 y STSJ Comunidad Valenciana 12 de marzo de 2012, rec. 2471/2011 o Galicia 6 de julio de 2012, rec. 5774/2011).

Otra cuestión que ha trascendido a los tribunales es la referida a precisar si existe un derecho subjetivo del trabajador para acceder a la jubilación parcial, de manera que el trabajador que reuniera los requisitos legalmente exigibles podría solicitar, sin más, su jubilación parcial y la modificación de su contrato de trabajo, aun cuando la

empresa no estuviera de acuerdo con tal pretensión. Esta cuestión ha sido resuelta negativamente por reiteradas sentencias del TS en las que se ha venido a establecer la inexistencia de ese derecho subjetivo, de forma que sólo en los casos de acuerdo entre empresa y trabajadores podría solicitarse la misma, concluyendo por tanto en la inexistencia del derecho subjetivo del trabajador, salvo cuando tal derecho viniera reconocido en convenio colectivo (SSTS 17 de **septiembre** de 2013, rec. 3178/2012; 26 de diciembre de 2011, rec. 4268/2010; 10 de octubre de 2011, rec. 4320/2010; 6 de octubre de 2011, rec. 4410/2010).

EJEMPLO

Una trabajadora que reúne los requisitos legalmente exigibles para el acceso a la jubilación parcial (edad, antigüedad en la empresa, cotizaciones suficientes, etc.) solicita de la empresa la novación de su contrato a jornada completa por otro a tiempo parcial del 40 por 100 de la jornada, instando a la empresa para que proceda a la contratación de otro trabajador, relevista, que cubra la reducción de jornada, y todo ello con la finalidad de acceder a la jubilación parcial. En este caso la empresa solo vendría obligada a acceder a dicha pretensión cuando el convenio colectivo aplicable prevea la jubilación parcial como derecho incondicionado de los trabajadores.

165

2.1.2. Requisitos del beneficiario

2.1.2.1. Vinculación con la empresa a tiempo completo

El artículo 215.2.a) TRLGSS expresamente establece que son “los trabajadores a tiempo completo” los que pueden acceder a la jubilación parcial, con lo cual dicha exigencia impide el acceso a esta modalidad de jubilación a todos aquellos trabajadores que estén vinculados con sus empresas con un contrato de trabajo a tiempo parcial, y ello con independencia de cual sea el número de horas del contrato. **Ahora bien, si el trabajador/a tiene varios contratos a tiempo parcial cuyas jornadas, en conjunto, equivalen a los de un trabajador a jornada completa, queda asimilado a trabajador/a a tiempo completo (Instrucción del INSS de 2 de enero de 2008).**

Se han excluido de la posibilidad de acceso a la jubilación parcial anticipada los siguientes colectivos:

– Trabajadores que tengan la condición de fijos discontinuos o fijos periódicos cuya actividad se repita en fechas ciertas (SSTS 25 de junio de 2012, rec. 2881/2011 y 12 de abril de 2011, rec. 1872/2010).

EJEMPLO

Un trabajador que presta servicios como fijo discontinuo, aun cuando trabaje a jornada completa, no podría acceder a la jubilación parcial, ya

que es un trabajador de temporada que no presta servicios a lo largo de todo el año, de aquí que nuestros tribunales hayan entendido que en tal supuesto el trabajador no reúne el requisito de prestar servicios a jornada completa.

Otro tanto sucedería con los trabajadores a tiempo parcial que prestan servicios fijos y periódicos, respecto de los cuales tampoco podrán acceder a la jubilación parcial, al no tratarse de prestación de servicios a jornada completa y a lo largo de todo el año.

Tratándose de trabajadores fijos discontinuos que no se repiten en fechas ciertas algunos TSJ vienen admitiendo la posibilidad de acceder a la jubilación parcial (SSTSJ Baleares de 12 de abril de 2017, rec. 98/2017; 16 de diciembre de 2014, rec. 375/2014 y 31 de mayo de 2012, rec. 83/2012; o Castilla y León/Valladolid de 12 de septiembre de 2016, rec. 119/2016).

– Trabajadores a tiempo parcial que tienen suscrito convenio especial con la Seguridad Social para mantener en conjunto una cotización a tiempo completo.

– Trabajadores que simultáneamente trabajan a tiempo parcial y perciben prestación contributiva también a tiempo parcial, manteniendo en conjunto una cotización a tiempo completo.

2.1.2.2. Tener la condición de trabajador por cuenta ajena en el momento de acceder a la jubilación parcial

Este requisito se ha de cumplir, igualmente, en la fecha del hecho causante de la jubilación parcial, por lo que nada impide que en el periodo de antigüedad exigible para acceder a dicha jubilación el vínculo con la empresa haya tenido otra naturaleza asimilada a la de trabajador por cuenta ajena (administrador societario, sindicalista, etc.).

También procede el reconocimiento del derecho a cooperativista incluido en el Régimen General de la Seguridad Social, debiendo computarse todos los servicios prestados aunque no sean estrictamente de carácter laboral (SSTSJ Cataluña de 28 de junio de 2015, rec. 2084/2015 o Madrid de 15 de septiembre de 2014, rec. 203/2014 y 6 de marzo de 2012, rec. 5970/2011).

2.1.2.3. Edad

El artículo 215.2.a) TRLGSS exige tener cumplida en la fecha del hecho causante la edad de 65 años o de 63 años cuando se acrediten 36 años y 6 meses de cotización, si bien tal requisito entrará plenamente en vigor a partir del 1 de enero de 2027, y hasta dicha fecha es de aplicación la escala contenida en la Disposición transitoria décima TRLGSS.

Año del hecho causante	Edad exigida según períodos cotizados en el momento del hecho causante		Edad exigida con 33 años cotizados en el momento del hecho causante
2018	61 y 6 meses	34 años y 6 meses o más	62 años
2019	61 y 8 meses	34 años y 9 meses o más	62 y 4 meses
2020	61 y 10 meses	35 años o más	62 y 8 meses
2021	62 años	35 años y 3 meses o más	63 años
2022	62 y 2 meses	35 años y 6 meses o más	63 y 4 meses
2023	62 y 4 meses	35 años y 9 meses o más	63 y 8 meses
2024	62 y 6 meses	36 años o más	64 años
2025	62 y 8 meses	36 años y 3 meses o más	64 y 4 meses
2026	62 y 10 meses	36 años y 3 meses o más	64 y 8 meses
2027 y siguientes	63 años	36 años y 6 meses	65 años

Tratándose de trabajadores que hayan tenido la condición de mutualistas por cuenta ajena con anterioridad al 1 de enero de 1967, el acceso a la jubilación parcial puede producirse a partir de los 60 años de edad.

2.1.2.4. Antigüedad en la empresa

El artículo 215.2.b) TRLGSS exige al beneficiario acreditar un periodo de antigüedad en la empresa de, al menos, seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial, computando la antigüedad acreditada si se ha producido una sucesión de empresa “en los términos previstos en el artículo 44 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o en empresas pertenecientes al mismo grupo”.

Con este requisito se excluye de la jubilación parcial a la gran mayoría de los trabajadores temporales ya que la duración de su contrato es inferior a los seis años.

EJEMPLO

En un supuesto de sucesión de contratistas en la que la nueva contratista se subroga en los contratos de trabajo de la empresa anterior, por así establecerlo el convenio colectivo aplicable, podrá el trabajador acceder a la jubilación parcial desde la nueva empresa aunque el tiempo de prestación de servicios para la misma sea inferior a seis años, siempre que el trabajador venga prestando servicios en las distintas contratistas por un tiempo superior a esos seis años, y todo ello aunque el art. 44 ET, al que se remite el art. 166.2.b) LGSS no sea de aplicación a los supuestos de sucesión de contratistas, ya que dicha norma lo que regula es la sucesión de empresas.

Para el cómputo de la antigüedad se tienen en cuenta los servicios prestados con cualquier modalidad de contrato, incluso como funcionario cuando se ha procedido posteriormente a la laboralización de la plaza sin solución de continuidad (SSTS de 3 de febrero de 2014, rec. 861/2013 y 25 de marzo de 2013, rec. 1775/2012); siendo igualmente computables los periodos en alta en el Régimen General como asimilado a trabajador por cuenta ajena (STS 19 de noviembre de 2014, rec. 3323/2013 y **SSTSJ Navarra de 17 de abril de 2018, rec. 80/2018 o Cataluña de 12 de marzo de 2018, rec. 329/2018**).

Tampoco se exige que en el periodo de antigüedad en la empresa el trabajador haya prestado servicios siempre a tiempo completo ya que la norma impone que la solicitud de la pensión se efectúe desde la situación de trabajador a jornada completa, no que la antigüedad en la empresa lo sea también, así STS de 5 de marzo de 2013, rec. 1443/2012. **Por tanto y salvo que pueda acreditarse la existencia de fraude de ley, nada impedirá acceder a la jubilación parcial por quien teniendo la condición de trabajador a tiempo parcial transforma su contrato en otro a jornada completa.**

EJEMPLO

Si una trabajadora ha venido prestando servicios en la empresa a tiempo parcial y un año antes de solicitar la jubilación parcial pasa a jornada completa, podrá acceder a la jubilación parcial, ya que la norma exige una antigüedad en la empresa de seis años, pero no impone que tal antigüedad tenga que ser a jornada completa. Todo ello, por supuesto, salvo que se acredite la existencia de fraude de ley, en cuyo caso podría denegarse la jubilación parcial en aplicación de lo establecido en el art. 6 del Código Civil.

Los seis años de antigüedad en la empresa han de ser ininterrumpidos, si bien en algún caso se ha entendido que una pequeña interrupción no debe ser obstáculo para tener por cumplido el requisito (STSJ Navarra de 29 de junio de 2015, rec. 278/2015, referida a una interrupción de algo más de un mes); siendo computable el periodo en el que el trabajador ha permanecido en el Régimen General aun cuando no tuviera la condición de trabajador por cuenta ajena (STS 19 de noviembre de 2014, rec. 3323/2013 y STSJ País Vasco de 31 de marzo de 2015, rec. 405/2015). Tampoco es obstáculo para tener por cumplido el requisito de antigüedad en la empresa el hecho de que en los seis años precedentes a la jubilación el trabajador haya permanecido algún periodo en excedencia forzosa (SSTSJ Baleares de 26 de septiembre de 2014, rec. 174/2014 y Castilla y León/Burgos de 2 de febrero de 2010, RJ 2010/134734) o bien que la prestación de servicios se haya efectuado con alta en el Régimen General y en el RETA por la condición de cooperativista del jubilado (SSTSJ Madrid de 15 de septiembre de 2014, rec. 203/2014 y Cataluña de 9 de octubre de 2015, rec. 4286/2015). **También en supuestos de encadenamiento de contratos temporales se ha apostado por el mantenimiento de la unidad del vínculo y el reconocimiento del derecho (STSJ País Vasco de 7 de marzo de 2017, rec. 326/2017).**

2.1.2.5. Acreditar un periodo de cotización de 33 años

Tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 5/2013, el trabajador habrá de acreditar un periodo de cotización de 33 años, sin cómputo de la parte proporcional de pagas extraordinarias, admitiendo que a estos exclusivos efectos de alcanzar los 33 años de cotización podrá computar el periodo de prestación del servicio militar o de la prestación social sustitutoria con el límite máximo de un año; añadiendo que para los supuestos de discapacidad superior al 33 por 100 el periodo de cotización exigido será de 25 años. Este requisito se contiene actualmente en el artículo 215.2.d) TRLGSS.

Para el cómputo de los 33 años de cotización se tienen en cuenta todas las cotizaciones realizadas por el trabajador a lo largo de la vida laboral, salvo que no sea posible acudir al cómputo recíproco de cotizaciones como sucede con el Régimen General y el de clases pasivas, ya que el Real Decreto 691/1991, de 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cotizaciones entre regímenes de Seguridad Social, dispone, en cuanto se refiere al cómputo recíproco entre el Régimen de Clases Pasivas y los regímenes del Sistema de Seguridad Social, que tal cómputo queda limitado a “pensiones de común naturaleza que estén comprendidas en la acción protectora de los regímenes de cuyo cómputo recíproco se trate” (art. 2.1), por lo que al no existir equivalencia en la acción protectora ya que la jubilación parcial no se contempla en el Régimen de Clases Pasivas, queda excluida del cómputo recíproco la pensión de jubilación parcial como expresamente establece el art. 2.2 RD 691/1991 (SSTS de 15 de diciembre de 2014, rec. 279/2014; 11 de marzo de 2013, rec. 1572/2012 y 31 de mayo de 2012, rec. 104/2011).

También procederá computar las cotizaciones asimiladas y en concreto las siguientes:

- Periodos de cotización asimilados por parto (112 días completos por cada parto de un solo hijo y 14 días más a partir del segundo –artículo 235 TRLGSS–).
- Consideración como periodo de cotización efectiva hasta los tres años del periodo de excedencia por cuidado de cada hijo (artículo 237.1 TRLGSS).
- Primer año de excedencia por cuidado de otros familiares (artículo 237.2 TRLGSS).
- Cómputo como cotizado del periodo de suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo de las trabajadoras víctimas de violencia de género, hasta un máximo de 18 meses (artículo 48.10 ET).

Asimismo también serán objeto de cómputo las cotizaciones realizadas en la Unión Europea o en otro país con el que exista convenio de reciprocidad; las cotizaciones en virtud de convenio especial con la Seguridad Social y aquellas efectuadas por el Servicio Público de Empleo Estatal con relación a quienes resulten beneficiarios de prestación contributiva por desempleo.

Por el contrario y como ya hemos señalado anteriormente al analizar los periodos de cotización exigibles para el acceso a la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador y a la jubilación anticipada voluntaria, no son computables las cotizaciones efectuadas como perceptor del subsidio por desempleo para mayores de 52/55 años.

2.1.2.6. Reducción de la jornada de trabajo de quien accede a la jubilación parcial

La reducción ha de hallarse comprendida entre un mínimo de un 25 por 100 y un máximo del 50 por 100, o del 75 por 100 para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa y por tiempo indefinido (artículo 215.2 TRLGSS).

Como puede apreciarse, para que el trabajador jubilado parcialmente pueda alcanzar el 75 por 100 de la jubilación no dependerá de su voluntad ni de la concurrencia de circunstancias personales referidas a cotización, antigüedad, etc., sino que habrá de ser la empresa la que con la contratación del relevista a jornada completa y por tiempo indefinido abrirá la posibilidad de la jubilación parcial por el 75 por 100 de la jornada.

La reducción de jornada se plasmará mediante la suscripción de un contrato de trabajo a tiempo parcial por parte del trabajador que se jubila, en el que no solamente constará dicha reducción, sino también la del salario, dentro de los porcentajes a que anteriormente se ha hecho referencia. En estos casos lo que se produce es una novación del contrato y no una extinción del contrato anterior (STS 28 de septiembre de 2011, rec. 215/2010), de forma que el trabajador sigue manteniendo la antigüedad en la empresa, si bien en el supuesto de que se produzca un despido disciplinario con posterioridad a la jubilación parcial, el salario de cálculo de la indemnización habrá de ser el que se mantiene en la fecha del despido, como contrato a tiempo parcial, y no el anterior a jornada completa.

EJEMPLO

Si un trabajador con salario de 2.000 euros mensuales reduce su jornada de trabajo en el 75 por 100 a causa de su jubilación parcial, pasaría a percibir un salario de 500 euros mensuales, al margen de la pensión de jubilación reconocida. Si fuera objeto de un despido improcedente en tal situación, la indemnización se calcularía sobre el nuevo salario, es decir sobre el realmente percibido en la fecha del despido, salvo que se hubiera establecido una cláusula de garantía en la que se dispusiera que en caso de extinción del contrato por causa no imputable al trabajador, el salario a computar habría de ser el que se percibía a tiempo completo.

Cuestión ciertamente controvertida ha sido la de precisar si el trabajador jubilado parcialmente puede acumular todas las horas que venga obligado a trabajar hasta el momento de alcanzar la edad ordinaria de jubilación, en los meses siguientes a la jubilación parcial; situación que ha recibido dispares soluciones por los distintos tribunales superiores de justicia, aunque el tema ha quedado zanjado definitivamente a nivel judicial tras la STS de 19 de enero de 2015, rec. 627/2014, en la que se establece que aun cuando no hay expresa regulación de la materia, el hecho de la acumulación de jornada no implica ilegalidad alguna, criterio que posteriormente han mantenido las SSTS de 31 de enero de 2018, rec. 619/2016 y 29 de marzo de 2017, rec. 2142/2015, siendo asumido por el INSS en la Consulta 19/2017, de 10 de octubre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica.

2.1.3. Requisitos exigibles a la empresa

Simultáneamente a la jubilación parcial del trabajador, la empresa suscribirá con otro trabajador, en situación de desempleo o que estuviese contratado mediante un contrato de duración determinada, un nuevo contrato de relevo, con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente, habiéndose rechazado la posibilidad de que el contrato de relevo se concierte con quien está vinculado a la empresa con contrato a tiempo parcial de carácter indefinido. No es obstáculo para la contratación del relevista el hecho de que el trabajador esté vinculado con la empresa con un contrato temporal y simultáneamente realice un trabajo por cuenta propia (SSTS 30 de mayo de 2011, rec. 2844/2010 y 29 de septiembre de 2011, rec. 14/2011).

En todo caso conviene señalar que la existencia de fraude o irregularidades cometidas por la empresa en la contratación del relevista pueden impedir la concesión de la pensión a quien pretenda la jubilación parcial (SSTS 17 de septiembre de 2013, rec. 3178/2012 y 26 de diciembre de 2011, rec. 4268/2010), si bien una vez reconocida la jubilación las posibles irregularidades con el relevista no deben afectar a los derechos del jubilado (SSTS 18 de enero de 2012, rec. 1264/2011 y 15 de julio de 2010, rec. 2784/2009).

Los requisitos del contrato de relevo son los siguientes:

- La duración será por tiempo indefinido o igual a la del tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad ordinaria de jubilación. Si el trabajador jubilado parcialmente continuase en la empresa tras cumplir dicha edad, el contrato de relevo que se hubiera celebrado con duración determinada se prorrogará por periodos anuales.

Se cuestiona si en estos casos puede establecerse en el contrato a tiempo parcial suscrito por el trabajador que se jubila, una cláusula en la que se fije la finalización del contrato de trabajo a tiempo parcial en el momento del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, cuestión, ésta, que ha sido afrontada y resuelta por la STS de 4 de noviembre de 2009, rec. 20/2009, en el sentido de declarar la nulidad de dicha cláusula contractual, insistiendo en que la jubilación parcial no extingue el contrato de trabajo, sino que solo modifica la relación laboral preexistente, y por tanto el jubilado parcial tiene exactamente los mismos derechos que cualquier otro trabajador. **No obstante tras la modificación del ET introducida por el RDL 28/2018 sería posible pactar en convenio colectivo esta condición, que llevaría consigo la extinción del contrato por cumplimiento de la edad de jubilación.**

EJEMPLO

Una trabajadora jubilada parcialmente alcanza la edad ordinaria de jubilación a los 65 años. En tal supuesto no cabría que la empresa exigiera a la trabajadora jubilarse obligatoriamente al cumplir dicha edad, aunque así se hubiera hecho constar en la novación del contrato a jornada completa en contrato a tiempo parcial, **salvo que el convenio colectivo posibilite la extinción al cumplimiento de la edad de jubilación.**

De otra parte, el fallecimiento del trabajador relevado no produce la extinción del contrato de relevo, que se mantiene vivo y en sus propios términos (STS 25 de enero de 2010, rec. 1744/2009). Asimismo, el acceso a la jubilación anticipada del jubilado parcial no debe ser causa de la extinción del contrato del relevista, ya que su duración ha de ser, como mínimo, igual al tiempo que falte al trabajador jubilado para acceder a la jubilación ordinaria, conforme a lo establecido en el artículo 12.7.b) ET (STS 14 de marzo de 2017, rec. 2714/2015).

- La jornada del relevista podrá ser completa o a tiempo parcial. En este último caso, deberá ser como mínimo igual a la reducción de jornada acordada con el trabajador sustituido.

- El horario de trabajo del relevista podrá completar el del trabajador sustituido o simultanearse con él.

- La base de cotización del relevista no podrá ser inferior al 65 por 100 de la base por la que venía cotizando el trabajador que accede a la jubilación parcial, de conformidad con lo establecido en el artículo 215.2.e) TRLGSS (STS de 24 de abril de 2012, rec. 1548/2011), sin que sea necesario que relevado y relevista ocupen el mismo o similar puesto de trabajo (SSTS 5 de noviembre de 2012, rec. 4475/2011 y 23 de noviembre de 2011, rec. 3988/2010).

La exigencia de que la cotización del relevista no pueda ser inferior al 65 por 100 de la base por la que venía cotizando el jubilado parcial ha sido interpretada por el INSS en el sentido de que procede mantener dicha base de cotización “cualquiera que sea la retribución a la que tenga derecho (el relevista) o la que realmente perciba” (criterio de gestión del INSS 6/2018, de 14 de marzo).

- La Disposición adicional segunda del Real Decreto 1131/2002 establece la necesidad de que el contrato de relevo persista durante todo el tiempo por el que se prolongue la jubilación parcial, disponiendo (apartado 1) que, si cesa el relevista, este deberá ser sustituido por otro; sustitución que deberá llevarse a cabo en un plazo máximo de 15 días siguientes al cese (apartado 3), de forma que si se incumplen estas obligaciones el empresario deberá abonar a la Entidad Gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada (apartado 4), como sucedería, por ejemplo con el despido improcedente del relevista (SSTS 29 de noviembre de 2011, rec. 84/2011 y 13 de abril de 2010, rec. 2590/2009); si bien el reintegro ha de venir limitado al periodo durante el cual se haya incumplido la obligación de sustitución del relevista (STS 6 de julio de 2010, rec. 3421/2009), de manera que si se produce su ausencia durante todo el tiempo que media entre su cese y el momento en que tenga lugar la jubilación ordinaria o anticipada del jubilado, el incumplimiento será total y la obligación de reintegro comprenderá la cuantía íntegra satisfecha por el INSS al jubilado parcial, pero si el incumplimiento se limita a un retraso en la sustitución del relevista, más allá de los 15 días legalmente previstos, en tal caso el reintegro habrá de limitarse al periodo concreto de retraso en la sustitución.

EJEMPLO

Cuando el relevista causa baja voluntaria y no se le sustituye hasta transcurridos dos meses, la obligación de reintegro quedará limitada a este periodo y no a la totalidad de lo satisfecho por el INSS al jubilado parcial.

En torno a la interpretación de la citada Disposición adicional se ha planteado si la empresa ha de abonar al INSS el importe de la prestación, en aquellos casos en los que se extingue tanto el contrato del jubilado parcial como el del relevista, como consecuencia de un ERE, que conlleva el cierre empresarial o la extinción de ambos contratos por reducción de plantilla. Esta cuestión ha sido analizada, en sentencias, entre otras, del TS de 29 de mayo de 2008, rec. 1900/2007 o 23 de junio de 2008, rec. 2930/2007. La posición acogida inicialmente por el TS es que nos encontramos ante una norma de “evidente contenido sancionador y antifraude”, premisa que condujo a la exclusión de la responsabilidad empresarial, sobre la base de que extinguido el contrato del jubilado parcial, ya no había trabajador alguno al que relevar, de forma que la empresa quedaba exonerada de la obligación de abonar al INSS el importe de la prestación de jubilación; si bien posteriormente tal doctrina ha sido matizada al negarse que la Disposición adicional segunda, citada, tenga una finalidad sancionadora, porque “no se trata de la respuesta punitiva a una contravención legal, sino más bien al incumplimiento de una obligación contraída ex art. 166.4 LGSS y que era requisito *sine qua non* para que el trabajador pudiera acceder a la jubilación parcial, de forma que el abono a la Entidad Gestora se articula como la mera recuperación de la cantidad satisfecha por la pensión cuando no se hubiese cumplido por parte de la empresa el presupuesto de contratar a un relevista en los términos legalmente previstos ... pero nunca como un castigo al incumplidor” (STS 25 de septiembre de 2010, rec. 4166/2009).

EJEMPLO

En el supuesto de que se extingan los contratos de trabajo del jubilado parcial y del relevista, en virtud de un despido colectivo que implica el cese de actividad de la empresa, no existiría obligación de reintegrar al INSS el importe satisfecho en concepto de pensión de jubilación parcial, ya que en tal caso no procedería la sustitución del relevista bajo ninguna circunstancia, habida cuenta de haberse producido el cierre de la empresa.

En cualquier caso la cuestión relativa al reintegro de la pensión de jubilación por el hecho de no sustituir al trabajador relevista es muy casuística, si bien un criterio a seguir podría ser el de mantener la obligación de sustitución en los casos de despido disciplinario y también en los despidos objetivos (SSTS 22 de abril de 2013, rec. 2313/2012 y 22 de septiembre de 2010, rec. 4166/2009), pero no en los despidos colectivos.

En cuanto a los supuestos de suspensión del contrato de trabajo del relevista el criterio a seguir será el de mantener la necesidad de su sustitución cuando cesa la

obligación de cotizar, como sucede en los supuestos de excedencia voluntaria (SSTS 27 de diciembre de 2010, rec. 101/2010 y 9 de diciembre de 2009, rec. 3032/2008); en las excedencias por cuidado de hijos (STS 28 de noviembre de 2011, rec. 299/2011) o en la prórroga por agotamiento del plazo máximo de la IT en cuya situación tampoco existe la obligación de cotizar (SSTS 17 de septiembre de 2014, rec. 3309/2013 y 24 de septiembre de 2013, rec. 2520/2012). Por el contrario, en los casos de suspensión del contrato de trabajo con mantenimiento de la obligación de cotizar, como sucede en la incapacidad temporal o en la suspensión de empleo y sueldo por sanción del trabajador, la obligación de sustitución desaparece y en consecuencia la empresa no vendrá obligada a la contratación de un tercer relevista (STS 24 de septiembre de 2013, rec. 2520/2012).

Un supuesto peculiar vendría constituido por el hecho de haberse producido una reducción de la jornada de trabajo del relevista por cuidado de un menor, en cuyo caso el criterio a seguir es el de que no existe la obligación sustitutoria del relevista, sin que exista responsabilidad alguna del empleador por el hecho de la no sustitución, ya que el contrato continúa conservando su carácter de contrato a tiempo completo, sin que por tanto se haya transformado en un contrato a tiempo parcial, aunque externamente se comporte como tal (STS 23 de junio de 2011, rec. 3884/2010 y SSTSJ Cataluña de 13 de junio y 3 de febrero de 2014, recs. 2416/2014 y 6428/2013 y Comunidad Valenciana de 11 de enero de 2012, rec. 1713/2011). Por el contrario, si empresa y relevista reducen la jornada de mutuo acuerdo, transformando el contrato a jornada completa en otro a tiempo parcial, la empresa viene obligando a reintegrar al INSS el importe de la prestación abonada al jubilado parcial, correspondiente al periodo de reducción de jornada (STS 23 de junio de 2015, rec. 3280/2014).

EJEMPLO

Un trabajador relevista reduce su jornada en un 60 por 100 para atender a un hijo menor que padece cáncer o alguna de las enfermedades graves reglamentariamente establecidas y que posibilitan la reducción de jornada hasta que el menor alcance la edad de 18 años. En este caso la empresa no vendrá obligada a la contratación de un nuevo relevista que sustituya la reducción de jornada de la anterior, sin que de tal actuación se derive responsabilidad alguna para la empresa en orden a reintegrar al INSS el importe de la pensión de jubilación parcial abonada.

- Finalmente también se exige que el contrato de relevo se mantenga al menos con una duración igual al resultado de sumar dos años al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación ordinaria, de manera que si el contrato se extinguiera con anterioridad, el empresario vendrá obligado a celebrar un nuevo contrato con otro trabajador, en los mismos términos del contrato extinguido y por el tiempo restante. En caso de incumplimiento de esta exigencia el empresario será responsable del reintegro de la pensión que haya percibido el trabajador jubilado a

tiempo parcial. Esta previsión ha sido incorporada al artículo 215.2.f) párrafo segundo TRLGSS.

2.1.4. Obligación de empresa y trabajador de mantener la integridad de la cotización a la Seguridad Social del trabajador jubilado parcial

Esta exigencia de que la empresa mantuviera la cotización íntegra del trabajador jubilado fue impuesta por la Ley 27/2011 y reiterada en el Real Decreto-Ley 5/2013, al establecer que “sin perjuicio de la reducción de jornada ... durante el disfrute de la jubilación parcial, empresa y trabajador cotizarán por la base de cotización que, en su caso, hubiese correspondido de seguir trabajando este a jornada completa, si bien existe un periodo transitorio para la plena entrada en vigor de esta obligación en los términos siguientes:

Año	Porcentaje de base de cotización
2017	70 por 100
2018	75 por 100
2019	80 por 100
2020	85 por 100
2021	90 por 100
2022	95 por 100
2023	100 por 100

Esta obligación de mantener la cotización se ha incorporado al artículo 215.2.g) TRLGSS y el periodo transitorio se contiene en la Disposición transitoria décima, apartado 3, de dicha norma.

2.1.5. Cuantía de la pensión de jubilación parcial

El cálculo del importe de la pensión de jubilación parcial se rige por las normas comunes, si bien es necesario recordar que no existen coeficientes reductores de la pensión y, en consecuencia, el jubilado parcial percibe la pensión en la misma cuantía que si tuviera la edad ordinaria de jubilación, si bien en la parte proporcional correspondiente.

EJEMPLO

Si un trabajador se jubila parcialmente en el año 2019, reduciendo su jornada en un 75 por 100, la pensión se calculará teniendo en cuenta las reglas comunes, es decir, partiendo de la base reguladora actualizada de los últimos 22 años, a cuya base se aplicará el porcentaje de pensión que corresponda en función de los años y meses trabajados. Si la pensión así obtenida ascendiera, por ejemplo, a 1.500 euros, el jubilado parcial tendría derecho a percibir el 75 por 100 de dicha cantidad, es decir, 1.125 euros en 14 pagas anuales.

Desde el momento en que se produce la jubilación parcial, el beneficiario tiene la condición de pensionista a todos los efectos.

2.1.6. Compatibilidad de la pensión de jubilación parcial con otras prestaciones

La jubilación parcial será compatible con el trabajo a tiempo parcial en la misma empresa y en su caso con otros trabajos a tiempo parcial anteriores a la jubilación parcial.

También será compatible con la pensión de viudedad que pudiera venir percibiendo con anterioridad al acceso a la jubilación parcial, o incluso con dicha pensión que pudiera reconocerse con posterioridad.

Igualmente es compatible con la prestación por desempleo que pudiera generar la pérdida involuntaria del trabajo a tiempo parcial con anterioridad a la jubilación definitiva. Sobre esta cuestión y partiendo de la plena compatibilidad, se ha planteado cual es la duración de la prestación por desempleo del jubilado parcial, cuando concentra en unos meses del año su ocupación cotizada, manteniendo el TS, que la duración de la prestación se calcula en función de los días efectivamente trabajados, de forma que “solo ha de tenerse en cuenta para la duración de su devengo el tiempo en que, efectivamente, se prestó la actividad laboral, por más que la correspondiente cotización por la contingencia de desempleo a la Seguridad Social y el alta en esta última se mantengan durante todo el año y que, también, se considere como día cotizado entero aquel en el que, solo parcialmente, se desarrolló la actividad laboral” (SSTS de 17 de abril de 2007, rec. 1/2006, 16 de marzo de 2007, rec. 435/2006 y 13 de febrero de 2007, rec. 5521/2005). En definitiva el criterio que sustenta el TS es el de que la prestación por desempleo debe fijarse no en atención a los días cotizados con anterioridad al hecho causante de la prestación, sino en función de los días efectivamente trabajados.

EJEMPLO

Si un trabajador accede a la jubilación parcial y llega a un acuerdo con su empresario para concentrar la jornada de trabajo que viene obligado a realizar en tres meses al año, resultará que si se produce la extinción de su contrato de trabajo con derecho a prestación por desempleo cuando han transcurrido ya tres años desde que se jubiló parcialmente, para calcular la duración de la prestación por desempleo, cada uno de esos tres años solo computará por los 90 días efectivamente trabajados y no por los 365 días que ha permanecido en alta cada año.

También se ha declarado la compatibilidad entre la pensión de jubilación parcial y la de incapacidad permanente total, cuando esta última es para un trabajo que se realizaba anteriormente y la de jubilación parcial deriva de la prestación de servicios en empresa diferente y en otro trabajo, aun cuando para el reconocimiento de la jubila-

ción parcial se hayan computado cotizaciones que sirvieron para el reconocimiento de la incapacidad permanente (STS 28 de octubre de 2014, rec. 1600/2013 y STSJ Cataluña de 12 de junio de 2015, rec. 2318/2015).

2.1.7. Extinción de la jubilación parcial

La pensión de jubilación parcial se extinguirá por:

- El fallecimiento del pensionista.
- El reconocimiento de la jubilación ordinaria o anticipada.
- El reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente, declarada incompatible (incapacidad permanente absoluta o gran invalidez).
- La extinción del contrato a tiempo parcial, realizado por el jubilado parcial, salvo cuando se tenga derecho a prestación por desempleo, compatible con la jubilación parcial, aunque no se producirá la extinción de la pensión de la jubilación parcial en los supuestos de declaración de despido improcedente. En efecto el apartado d) del art. 16 RD 1131/2002, de 31 de octubre, establece como causa de extinción de la jubilación parcial “la extinción del contrato de trabajo a tiempo parcial, realizado por el jubilado a tiempo parcial, salvo cuando tenga derecho a prestación de desempleo compatible con la jubilación parcial, o a otras prestaciones sustitutorias de las retribuciones percibidas en aquel, en cuyo caso la extinción de la jubilación parcial se producirá en la fecha de la extinción de las mismas. Lo previsto en el párrafo anterior no será de aplicación a las extinciones del contrato de trabajo declaradas improcedentes en cuyo caso se mantendrá el derecho a la jubilación parcial, sin perjuicio de las obligaciones establecidas en la Disposición adicional segunda de este Real Decreto”.

A su vez esta última disposición citada establece que “si el trabajador jubilado parcialmente fuera despedido improcedentemente antes de cumplir la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada y no se procediera a su readmisión, la empresa deberá ofrecer al trabajador relevista la ampliación de su jornada de trabajo y, de no ser aceptada por este dicha ampliación, deberá contratar a otro trabajador en quien concurran las circunstancias a que se refiere el apartado anterior. En el supuesto de que la jornada de trabajo del relevista fuera superior a la jornada dejada vacante, la ampliación a la que se refiere el párrafo anterior tendrá como límite la jornada a tiempo completo establecida en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, de la jornada ordinaria máxima legal”.

La interpretación conjunta de las normas anteriormente transcritas permite alcanzar las siguientes conclusiones:

- a) La extinción del contrato de trabajo a tiempo parcial del jubilado parcialmente extingue su derecho a continuar percibiendo la pensión, salvo que tenga derecho a percibir prestación por desempleo u otras prestaciones sustitutivas, en cuyo caso la extinción de la pensión se demora hasta la finalización de la prestación por desempleo.

EJEMPLO

Cuando un trabajador jubilado parcialmente causa baja voluntaria en la empresa o pasa a una situación de suspensión del contrato de trabajo sin derecho a prestación por desempleo (excedencia voluntaria, excedencia por cuidado de familiares, etc.) en tales casos se extingue su derecho a la pensión de jubilación parcial que venía percibiendo.

b) Si al extinguir el contrato el trabajador tuviera derecho a prestación por desempleo y a salvo de lo que posteriormente se indica, la pensión de jubilación parcial será compatible con el percibo de la prestación por desempleo, pero se producirá su extinción coincidiendo con la finalización del derecho a la prestación por desempleo o a las prestaciones sustitutorias.

c) Si el trabajador durante el percibo de la prestación por desempleo suspende la prestación y concierta con otra empresa un contrato a tiempo parcial con la misma jornada que mantenía en la empresa anterior, mantendrá su derecho a continuar percibiendo la pensión de jubilación parcial mientras perviva el nuevo contrato a tiempo parcial o las prestaciones por desempleo que del mismo se deriven (SSTS 27 de marzo de 2013, rec. 2297/2012 y 5 de noviembre de 2012, rec. 411/2012).

d) Como excepción a la regla general sobre extinción del derecho a la pensión de jubilación por extinción del contrato a tiempo parcial, el trabajador mantendrá el derecho a seguir percibiendo dicha pensión de jubilación cuando la extinción se haya producido por despido improcedente, de forma que en estos casos prolongará su derecho a la prestación de jubilación parcial hasta que cumpla la edad que le permita acceder a la jubilación ordinaria o a la anticipada.

EJEMPLO

Cuando un trabajador jubilado parcialmente es objeto de despido improcedente, mantiene el derecho a la prestación de jubilación no solo durante el periodo en que sea perceptor de prestación por desempleo, sino también, una vez finalizada esta última prestación, hasta que cumpla la edad que le permita acceder a la jubilación ordinaria o a la anticipada.

e) Quedan asimiladas al despido improcedente otras extinciones del contrato por causas ajenas a la voluntad del trabajador, como sucede con el despido colectivo o el despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, como así lo ha reconocido reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, aun cuando es cierto que la norma reglamentaria solo hace referencia al despido improcedente (SSTS 30 de enero de 2013, rec. 1575/2012; 29 de enero de 2013, rec. 1571/2012 y 22 de enero de 2013, rec. 1998/2012).

f) En los casos de despido improcedente del trabajador jubilado parcialmente la empresa viene obligada a ofrecer al trabajador relevista la ampliación de su jornada de trabajo y, de no ser aceptada por dicha ampliación deberá contratar a otro trabajador,

aunque no estará obligada a ello si el relevista ya estaba contratado a jornada completa (STS 6 de octubre de 2011, rec. 4582/2010).

2.1.8. Cálculo de la pensión de jubilación ordinaria del trabajador jubilado parcialmente

Dado que el trabajador accedió a la pensión de jubilación parcial a una edad inferior a la de la jubilación ordinaria, cuando se jubile definitivamente tras cumplir la edad exigible, el cálculo de la pensión de jubilación se llevará a cabo en la siguiente forma:

- Las cotizaciones efectuadas por el trabajo a tiempo parcial, se incrementarán hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido de haber seguido realizando la jornada completa, produciéndose este incremento aunque la empresa haya incumplido la obligación de sustituir al trabajador relevista que por cualquier motivo haya causado baja (SSTS 18 de enero de 2012, rec. 1264/2011 y 15 de julio de 2010, rec. 2784/2009). Por otra parte, la elevación al 100 por 100 ha de llevarse a cabo sobre las cotizaciones realmente satisfechas durante la vigencia del contrato a tiempo parcial del jubilado y no sobre las cotizaciones que mantenía antes de acceder a la jubilación parcial, por lo que se tendrán en cuenta las mejoras de cotización habidas en ese período, salvo que se acredite la existencia de fraude (SSTS 30 de enero de 2013, rec. 1017/2012 y 23 de mayo de 2012, rec. 3704/2011).

- Para la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación definitiva, se tendrá en cuenta el periodo trabajado a tiempo parcial como si lo hubiera sido a tiempo completo.

Si el trabajador se jubila después de cumplir la edad ordinaria de jubilación, no tendrá derecho al incremento adicional establecido para aquellos trabajadores que demoran la jubilación después de alcanzar la edad ordinaria pensionable (SSTS 15 de diciembre de 2011, rec. 1765/2011 y 21 de marzo de 2011, rec. 2396/2010).

2.2. Jubilación parcial tras cumplir la edad ordinaria de jubilación (jubilación parcial diferida)

Los trabajadores que hayan alcanzado la edad ordinaria de jubilación y reúnan los requisitos para causar derecho a la misma, podrán acceder a la jubilación parcial sin necesidad de la celebración simultánea de un contrato de relevo (art. 215.1 TRLGSS y Real Decreto 1131/2002).

El régimen de esta modalidad de jubilación parcial es notoriamente parecido al que resulta aplicable a los trabajadores que se jubilan parcialmente antes de los 65 años, con la salvedad de que solo se precisa reunir el periodo mínimo de cotización de 15 años como carencia genérica, de los que dos años deben estar comprendidos dentro de los últimos 15, no precisándose la celebración simultánea de un contrato de relevo, de forma que el trabajador reduce la jornada y el salario entre un 25 y un 50 por 100, sin que la empresa adquiera ningún compromiso adicional sobre la cobertura de la reducción de jornada del trabajador que accede a la condición de jubilado parcial.

Para el cálculo de la pensión definitiva de estos trabajadores con más de 65 años, se computan las cotizaciones efectuadas durante el trabajo a tiempo parcial por su valor real, es decir sin el incremento hasta el 100 por 100, pero, no obstante lo anterior, el beneficiario puede optar entre que su base reguladora se determine computando las cotizaciones reales ingresadas en el trabajo a tiempo parcial, o bien que se calcule la base reguladora en la fecha en que se reconoció la jubilación parcial, aplicándose a la pensión resultante las revalorizaciones producidas hasta la fecha del hecho causante.

3. JUBILACIÓN PARCIAL PARA TRABAJADORES/AS DE LA INDUSTRIA MANUFACTURERA

El RDL 20/2018, de 7 de diciembre, ha procedido a la modificación de la Disposición transitoria cuarta TRLGSS, añadiendo un nuevo apartado, el sexto, en el que regula una nueva modalidad de jubilación parcial anticipada que coexiste con la jubilación parcial ordinaria del artículo 215 TRLGSS, en sus dos modalidades de anticipada y diferida, de aplicación exclusiva para la industria manufacturera y con una vigencia temporal hasta el 31 de diciembre de 2022.

Los caracteres de esta nueva modalidad de jubilación parcial son los siguientes:

3.1. Normativa reguladora

– Normativa sobre regulación de la jubilación parcial vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, constituida básicamente por el artículo 4 de la ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social e incorporadas al artículo 166 LGSS/1994, en la redacción vigente al 31 de diciembre de 2011.

– Apartado 6 de la Disposición transitoria cuarta TRLGSS, introducido por RDL 28/2018.

– Real Decreto 475/2009, de 13 de abril, sobre Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), apartado C) de su Anexo, referido a la industria manufacturera.

3.2. Sectores de actividad, trabajos y empresas en los que se admite esta modalidad de jubilación parcial

Conforme a lo dispuesto en el apartado 6 de la Disposición transitoria cuarta TRLGSS, en la redacción dada por RDL 28/2018, la jubilación parcial a la que nos venimos refiriendo solo es de aplicación en la industria manufacturera, que representa algo más del 14 por cien del empleo total existente en el país.

En concreto, el apartado C) del Anexo del RD 475/2009 integra dentro del sector de la industria manufacturera las siguientes actividades económicas: industria de la alimentación; fabricación de bebidas; industria del tabaco; industria textil; confección de prendas de vestir; industria del cuero y del calzado; industria de la madera y del corcho (excepto muebles); cestería y espartería; industria del papel; artes gráficas y

reproducción de soportes grabados, coquerías y refino de petróleo; industria química; fabricación de productos farmacéuticos; fabricación de productos de caucho y plásticos; fabricación de otros productos minerales no metálicos; metalurgia; fabricación de productos metálicos, excepto maquinaria y equipo; fabricación de productos informáticos, electrónicos y ópticos; fabricación de material y equipo electrónico; fabricación de maquinaria; fabricación de vehículos de motor, remolques y semiremolques; fabricación de otro material de transporte; fabricación de muebles; otras industrias manufactureras y reparación e instalación de maquinaria y equipo.

Dentro ya de las actividades que integran la industria manufacturera, solo pueden acceder a esta modalidad de jubilación parcial quienes realicen tareas de fabricación, elaboración, transformación, montaje, puesta en funcionamiento y reparación de maquinaria, de manera que el resto de actividades que se realicen en dichas industrias manufactureras quedan excluidas del acceso a esta modalidad de jubilación parcial.

EJEMPLO

El personal de oficina de un matadero industrial, integrado en la industria manufacturera según el CNAE, no podrá acceder a esta jubilación parcial, al no realizar los trabajos que reconocen el derecho a la misma conforme a lo dispuesto en el apartado 6.a) de la Disposición transitoria cuarta TRLGSS.

181

Es más, no bastará solamente con realizar una actividad propia de la industria manufacturera y dedicarse a tareas de fabricación o a cualquier otra de las indicadas anteriormente sino que, además, se exige que los trabajos concretos que realice quien pretenda acceder a la jubilación parcial han de exigir esfuerzo físico o un alto grado de atención.

Para acreditar el cumplimiento de este requisito el INSS viene exigiendo la aportación de un certificado de la empresa en el que se haga constar el puesto desempeñado y la fecha desde la que se desarrolla esa actividad y, asimismo, el servicio de prevención de riesgos laborales ha de emitir informe acerca de que el puesto de trabajo en cuestión “requiere esfuerzo físico o alto grado de atención y se enmarca en tareas de fabricación, elaboración o transformación, así como en las de montaje, puesta en funcionamiento, mantenimiento y reparación especializada de maquinaria y equipo industrial en empresas clasificadas como industria manufacturera”.

3.3. Requisitos que ha de cumplir el trabajador/a que pretenda acceder a esta jubilación parcial

3.3.1. Edad

Haber cumplido 61 años, sin que a tal efecto se tengan en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de edad de jubilación a que tuviera derecho el interesado.

EJEMPLO

Un trabajador/a que tenga derecho a la aplicación de un coeficiente reductor de la edad de jubilación por razón de su discapacidad, no podrá hacer valer dicho coeficiente reductor para acceder a la jubilación parcial antes del cumplimiento de la edad real de 61 años.

3.3.2. Antigüedad en la empresa

El nuevo apartado 6.b) de la Disposición transitoria cuarta TRLGSS reproduce literalmente el contenido del actual artículo 215.2.b) de dicha norma, exigiendo que la persona que solicite la jubilación parcial ha de acreditar un periodo de antigüedad en la empresa de, al menos, seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial, computando la antigüedad acreditada en la empresa anterior si hubiera mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el artículo 44 ET.

Con relación al cómputo de la antigüedad y a los problemas jurídicos que suscita nos remitimos íntegramente al apartado 2.1.2.4 referido al requisito de antigüedad en la empresa en la jubilación parcial ordinaria.

3.3.3. Acreditar un periodo de 33 años de cotización en la fecha del hecho causante de la jubilación parcial

Este requisito viene impuesto por el apartado 6.f) de la Transitoria cuarta TRLGSS y supone modificar la normativa vigente con anterioridad a la Ley 27/2011, que solo imponía 30 años de cotización, equiparándose así a los 33 años exigibles para la jubilación parcial ordinaria por el artículo 215.2.d) TRLGSS, siendo computable, a estos exclusivos efectos, el periodo de prestación del servicio militar o de la prestación social sustitutoria con el límite máximo de un año.

Para los trabajadores/as que tengan reconocido algún grado de discapacidad igual o superior al 33 por cien, el periodo de cotización exigido será de 25 años, al igual que sucede en la jubilación parcial ordinaria anticipada.

Respecto de los problemas jurídicos que suscita el cómputo de la antigüedad en la empresa véase el apartado 2.1.2.5, relativo a la jubilación parcial ordinaria.

3.3.4. Reducción de la jornada de trabajo de quien accede a la jubilación parcial

El apartado 6.d) de la Disposición transitoria cuarta dispone que la reducción de la jornada de trabajo del jubilado parcial ha de hallarse comprendida entre un mínimo de un 25 por ciento y un máximo del 67 por ciento, o del 80 por ciento para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida, viniendo dichos porcentajes referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

Salvo previsión expresa en convenio colectivo, alcanzar el 80 por ciento de la pensión de jubilación no dependerá de la voluntad del trabajador/a que acceda a la jubila-

ción parcial, sino que habrá de ser la empresa la que con la contratación del relevista a jornada completa y por tiempo indefinido abrirá la posibilidad de que la jubilación parcial alcance el porcentaje indicado.

En cualquier caso y con independencia de cual sea el porcentaje de reducción de jornada, entendemos que cabe la posibilidad de acumular las horas que haya de realizar el trabajador/a desde la jubilación parcial hasta el acceso de la jubilación ordinaria, y ello en aplicación de la jurisprudencia recaída sobre el particular (ver en este capítulo el apartado 2.1.2.6 y la jurisprudencia que se cita).

3.4. Requisitos exigibles a la empresa

3.4.1. Mantenimiento de un porcentaje de trabajadores/as por tiempo indefinido

El apartado 6.c) de la Disposición transitoria cuarta TRLGSS exige que en el momento del hecho causante de la jubilación parcial el porcentaje de trabajadores en la empresa cuyo contrato de trabajo lo sea por tiempo indefinido, debe superar el 70 por ciento del total de los trabajadores de su plantilla.

La referencia a la plantilla de la empresa supone que no puedan ser objeto de cómputo aquellos otros trabajadores que prestan servicios en el centro de trabajo y que pertenecen a otras empresas contratistas o subcontratistas o bien a empresas de trabajo temporal, tratándose de un requisito que habrá de reunirse en el momento del hecho causante de la jubilación parcial, de forma que si durante la jubilación parcial el porcentaje de trabajadores fijos se reduce por debajo del 70 por cien, tal circunstancia no debe afectar a la jubilación parcial ya reconocida.

3.4.2. Suscripción de un contrato de relevo con otro trabajador/a desempleado o contratado temporalmente por la empresa

Con relación a las exigencias del contrato de relevo nos remitimos íntegramente al apartado 2.1.3 de la jubilación parcial ordinaria, salvo en lo que se refiere a la duración de dicho contrato el cual tendrá, como mínimo, una duración igual al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación ordinaria, sin que por tanto sea de aplicación la exigencia de que dicho contrato de relevo se mantenga al menos durante los dos años siguientes a la fecha en la que el jubilado parcial cumpla la edad ordinaria de jubilación, exigencia que fue introducida por la Ley 27/2011 y que actualmente se encuentra incorporada al artículo 215.2.f), párrafo segundo, TRLGSS.

3.4.3. Inexistencia de la obligación de la empresa de mantener la integridad de la cotización del trabajador jubilado parcialmente

Como ya hemos visto anteriormente (ver apartado 2.1.4) esta exigencia de que la empresa mantuviera la cotización íntegra del trabajador jubilado parcialmente fue introducida por la Ley 27/2011 y reiterada en el Real Decreto Ley 5/2013, para incorporarse

finalmente al artículo 215.2.g) TRLGSS, de manera que como tal exigencia es posterior a la entrada en vigor de la Ley 27/2011 y a esta jubilación parcial anticipada para trabajadores/as de la industria manufacturera le es de aplicación la normativa anterior a la entrada en vigor de la citada ley, entendemos que dicho requisito no resulta exigible y que por tanto la cotización del trabajador que se jubila parcialmente por esta vía solo será exigible por el importe de la retribución que viniera percibiendo.

4. JUBILACIÓN FLEXIBLE

El artículo 213.1 TRLGSS establece que quienes accedan a la jubilación podrán compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezca. Durante dicha situación, se minorará el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable. El desarrollo reglamentario se contiene en el Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, artículos 4 a 9.

Se trata de una modalidad de jubilación con efectos similares a la jubilación parcial, si bien la diferencia radica en que mientras en esta última, se accede desde el trabajo, en los casos de jubilación flexible se trata de acceder al trabajo desde la situación de jubilación una vez que se tiene reconocida la pensión correspondiente. Esta modalidad de jubilación flexible no es compatible con el desarrollo de una actividad en el sector público, de forma que se ha denegado el acceso a la jubilación flexible o se ha exigido el reintegro de la pensión de jubilación parcial percibida en aquellos casos en los que se compatibilizaba con el cargo de alcalde (SSTSJ Galicia de 10 de julio de 2014, rec. 2592/2012 y Cataluña de 18 de diciembre de 2013, rec. 2932/2013). También se ha declarado la incompatibilidad con el alta en el RETA (SSTSJ Cataluña de 16 de enero de 2012, rec. 1753/2011 y 3 de febrero de 2011, rec. 7825/2009).

El percibo de la pensión de jubilación flexible será compatible con las prestaciones de incapacidad temporal o de maternidad derivadas de la actividad efectuada a tiempo parcial (artículo 7.2 Real Decreto 1132/2002).

Las cotizaciones efectuadas durante la suspensión parcial del percibo de la pensión, surtirán efectos para la mejora de la pensión, una vez producido el cese en el trabajo. En ese momento la Entidad Gestora procederá a calcular de nuevo la base reguladora mediante el cómputo de las nuevas cotizaciones realizadas, pero si el resultado fuera una reducción del importe de la base reguladora anterior (lo que es muy posible ya que las cotizaciones han sido realizadas a tiempo parcial), se mantendrá la base reguladora de la inicial pensión de jubilación aplicando a la cuantía de la pensión las revalorizaciones habidas desde la concesión inicial de la pensión hasta el cese en el trabajo.

Las cotizaciones efectuadas tras la minoración del importe de la pensión de jubilación darán lugar a la modificación del porcentaje aplicable a la base reguladora, en función del nuevo periodo cotizado, de forma que se tendrán en cuenta estas cotizaciones para calcular nuevamente el porcentaje y si el trabajador hubiera accedido a una

jubilación anticipada, con existencia de coeficientes reductores, las nuevas cotizaciones disminuirán o, en su caso suprimirán el coeficiente reductor que se hubiera aplicado.

Para el cálculo de las prestaciones de muerte y supervivencia que correspondan, los beneficiarios pueden optar porque aquellas se calculen desde la situación de activo del causante o, desde la situación de pensionista del mismo. En este último supuesto, se toma como base reguladora de las prestaciones de muerte y supervivencia la que sirvió para la determinación de la pensión de jubilación, aplicándose las revalorizaciones habidas desde el momento en que se determinó la correspondiente base reguladora (artículo 8.3 Real Decreto 1132/2002).

Durante el percibo de la pensión de jubilación flexible el trabajador mantiene la condición de pensionista a efectos de reconocimiento y percibo de las prestaciones sanitarias (artículo 9 Real Decreto 1132/2002).

5. PENSIÓN DE JUBILACIÓN DEL SEGURO OBLIGATORIO DE VEJEZ E INVALIDEZ (SOVI)

Aquellos trabajadores que el 1 de enero de 1967 tuvieran acreditados los periodos de cotización que a continuación se indican, podrán causar derecho a pensión de jubilación del SOVI.

5.1. Requisitos de acceso a la pensión

– Tener cubiertos 1.800 días de cotización entre el 1 de enero de 1940 y el 31 de diciembre de 1966, siendo computables las cotizaciones por pagas extraordinarias tomadas por el importe que en la época hubiera tenido, incluida la paga de beneficios (STS 20 de septiembre de 2016, rec. 3390/2014), pudiendo incluirse también 112 días por parto establecidos en la Ley Orgánica 3/2007, siempre que el nacimiento se haya producido antes del 1 de enero de 1967 (SSTS 7 de diciembre 2010, rec. 1047/2010 y 19 de enero de 2010, rec. 2035/2009), habiéndose denegado el derecho al cómputo de dicho periodo y para esta modalidad de pensión SOVI por hijos nacidos con posterioridad al 1 de enero de 1967 (SSTS 18 de marzo de 2013, rec. 100/2012 y 12 de diciembre de 2011, rec. 589/2011).

- Tener cumplidos 65 años de edad, o 60 años estando incapacitado para el trabajo.
- No tener derecho a ninguna otra pensión de la Seguridad Social.

5.2. Caracteres y cuantía de la pensión

– La pensión es vitalicia e imprescriptible, y su cuantía se fija anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

– La pensión se devenga a partir del día siguiente al cumplimiento de la edad de 65 años, siempre que se solicite en los 30 días siguientes a dicha fecha. Si la solicitud se formula transcurrido el plazo de 30 días, los efectos económicos se producirán a partir de la fecha de solicitud.

– En el supuesto de pensión de vejez SOVI por incapacidad, dicha pensión se devenga a partir del día siguiente a la solicitud.

5.3. Incompatibilidades

– La pensión de vejez SOVI es incompatible con cualquier otra pensión del Sistema de la Seguridad Social (STS de 30 de marzo de 2015, rec. 1644/2014).

– Asimismo resulta incompatible con la realización de cualquier trabajo por cuenta propia o ajena que de lugar a la inclusión en cualquier régimen de Seguridad Social.

EJEMPLO PRÁCTICO

María, trabajó durante 30 días, en febrero de 1939, en unos talleres colectivos, siendo incluida en el Régimen de Retiro Obrero Obligatorio.

La citada trabajadora, aún cuando no hubiera trabajado ni un solo día más a lo largo de su vida laboral, podría acceder a la pensión SOVI, desde el momento en que acreditando al menos un día de afiliación al Retiro Obrero Obligatorio, se genera el derecho a la citada pensión.

Igualmente si se tuvieran cotizados 1.800 días (aquí si procede sumar las pagas extraordinarias para alcanzar la cotización) con anterioridad al 1 de enero de 1967, también se tendría derecho a esta pensión, aunque tampoco se hubiera cotizado ni un solo día más a la Seguridad Social.

CONCEPTOS BÁSICOS A RECORDAR

- La jubilación parcial **ordinaria** permite la compatibilidad con el trabajo y existen dos modalidades en función de que se produzca con anterioridad o con posterioridad al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

- Cuando la jubilación se produce antes del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación la empresa ha de sustituir al trabajador parcialmente jubilado, por la parte de jornada que se jubila, con otro trabajador y mediante contrato de relevo.

- Son beneficiarios de la pensión de jubilación parcial los trabajadores por cuenta ajena, si bien no se incluyen como tales al personal estatutario ni a los funcionarios de cualquier Administración Pública, aunque figuren incluidos en el RGSS.

- Sólo es posible acceder a la jubilación parcial por parte de los trabajadores que se encuentren vinculados a la empresa mediante contrato a jornada completa.

- Para acceder a la jubilación parcial es necesario tener una antigüedad en la empresa de seis años y acreditar un periodo de cotización de 33 años, aunque tratándose de trabajadores con discapacidad el periodo de cotización exigido será de 25 años.

- El cálculo de la pensión de jubilación parcial se regula por las normas generales, si bien no se practicará deducción alguna por el hecho de acceder a la jubilación antes de la edad ordinaria de jubilación.

- Las cotizaciones realizadas durante la jubilación parcial se tienen en cuenta para el cálculo de la pensión definitiva y se computan como si se hubiera trabajado a jornada completa. Asimismo dichas cotizaciones se toman en consideración para calcular el porcentaje que se aplica a la base reguladora de la pensión de jubilación definitiva.

- La edad de acceso a la jubilación parcial en el sector manufacturero es la de 61 años y la reducción de jornada ha de hallarse comprendida entre un mínimo de un 25 por ciento y un máximo del 67 por ciento, o del 80 por ciento para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa y por tiempo indefinido.

- En la jubilación parcial del sector manufacturero la empresa en la que se produzca la jubilación ha de superar el 70 por cien de trabajadores por tiempo indefinido.

- La jubilación flexible también supone compatibilizar pensión de jubilación con trabajo, pero a diferencia de la jubilación parcial el acceso al trabajo se produce desde la jubilación ya consolidada.

- El percibo de la pensión de jubilación flexible es compatible con las prestaciones de incapacidad temporal derivadas de la actividad efectuada a tiempo parcial.

- Durante el percibo de la pensión de jubilación flexible e igualmente durante la jubilación parcial el beneficiario de la prestación tiene la condición de pensionista a efectos de reconocimiento y percibo de las prestaciones sanitarias y farmacéuticas.

9

PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA

1. NORMATIVA REGULADORA

- Arts. 216 y ss. TRLGSS.
- Orden de 13 de febrero de 1967, para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por muerte y supervivencia en el Régimen General.
- Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, del Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas.
- Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social.
- Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, sobre modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia.
- Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.
- Real Decreto 296/2009, de 6 de marzo, por el que se modifican determinados aspectos de la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia.
- Real Decreto 900/2018, de 20 de julio, por el que se desarrolla la DA trigésima de la Ley 27/2011, en materia de pensión de viudedad.

189

2. CONCEPTO

Son prestaciones destinadas a paliar las situaciones de necesidad de quienes conviven y dependen económicamente del trabajador o pensionista que fallece; pudiendo derivar tanto del fallecimiento del trabajador o pensionista en sentido estricto, como de aquellos otros supuestos en los que se presume el fallecimiento con ocasión de un accidente que, por haber desaparecido el trabajador, hagan presumible su muerte, una vez transcurrido un plazo superior a 90 días (art. 217.3 TRLGSS y arts. 193 y 194 CC).

3. REQUISITOS QUE HA DE CUMPLIR EL SUJETO CAUSANTE DE LA PRESTACIÓN

3.1. Situación en la que ha de hallarse el trabajador o pensionista en el momento del fallecimiento

Para generar derecho a prestaciones, el fallecido ha de encontrarse en alguna de estas situaciones (art. 217.1 TRLGSS y art. 2 Orden 13 de febrero de 1967):

– Estar en alta o en situación asimilada a la de alta.

Constituyen situaciones asimiladas a la de alta, a estos efectos, entre otras:

- La excedencia forzosa.
- La situación de desempleo involuntario, subsidiado y no subsidiado.
- Periodo de inactividad de los trabajadores fijos discontinuos.
- Ser perceptor de renta activa de inserción (STS 5 de mayo de 2014, rec. 2678/2013).
- Fallecimiento del causante dentro de los 90 días siguientes a la baja voluntaria en el RGSS (STS 19 de enero de 2010, rec. 4014/2008).
- Ser pensionista de incapacidad permanente o jubilación contributiva.
- Los perceptores de subsidio de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, maternidad y paternidad.
- Estar en situación de no alta en Seguridad Social, teniendo acreditados al menos 15 años de cotización (art. 219.1 TRLGSS).

El requisito de estar en situación asimilada a la de alta viene siendo interpretado de forma flexible (por todas STS de 22 de febrero de 2017, rec. 1536/2015).

3.2. Existencia de un periodo mínimo de cotización

Si el fallecido está en situación de alta o asimilada y la muerte deriva de enfermedad común, precisa 500 días de cotización dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento (salvo para la pensión de orfandad que no precisa carencia) si bien de hallarse en situación de paro involuntario e inscrito en desempleo, el periodo de cotización se computa desde la fecha en que cesó la obligación de cotizar (art. 219.1 TRLGSS).

Si el fallecido no está en alta o situación asimilada, ha de acreditar un periodo mínimo de 15 años de cotización, tanto para enfermedad común o accidente no laboral.

Si la muerte deriva de accidente, sea o no laboral, o de enfermedad profesional, no se exige periodo mínimo de cotización.

3.3. Duración del vínculo matrimonial

Cuando el fallecimiento derive de enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se exigirá que el matrimonio se hubiera celebrado al menos un año antes del fallecimiento, salvo que existan hijos comunes o se acredite un periodo de convivencia anterior que unido al de duración del matrimonio hubiera superado los dos años. Si el vínculo matrimonial no alcanzara el año, sin reunirse cualquiera de los requisitos expresados, se tendrá derecho a la prestación temporal de viudedad (art. 222 TRLGSS).

4. IMPEDIMENTO PARA SER BENEFICIARIO DE LA PRESTACIÓN Y SUSPENSIÓN CAUTELAR EN DETERMINADOS SUPUESTOS

No podrá tener la condición de beneficiario quien fuera condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquier a de sus formas, cuando

la víctima fuera el sujeto causante de la prestación de viudedad. En aquellos casos en que la prestación hubiera sido ya reconocida la Entidad Gestora podrá revisar la resolución, viniendo obligado el beneficiario a devolver las cantidades percibidas (art. 231.1 TRLGSS).

Para este caso, cuando recaiga resolución judicial de la que se deriven indicios racionales de que el sujeto investigado es responsable de un delito de homicidio, se suspenderá provisionalmente el abono de las prestaciones derivadas del fallecimiento del causante hasta que recaiga sentencia firme o se determine la no culpabilidad del beneficiario (art. 231.2 TRLGSS).

5. CLASES DE PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA

El conjunto de las prestaciones que se pueden generar por el fallecimiento del trabajador o pensionista son:

- Auxilio por defunción.
- Pensión vitalicia de viudedad.
- Prestación temporal de viudedad.
- Pensión de orfandad.
- Pensión en favor de familiares.
- Subsidio en favor de familiares.
- Indemnizaciones a tanto alzado.

191

6. AUXILIO POR DEFUNCIÓN

Consiste en la percepción de una cantidad a tanto alzado para hacer frente a los gastos del sepelio del fallecido (art. 218 TRLGSS), siendo el beneficiario del auxilio por defunción la persona que haya pagado aquellos gastos. Para su abono no se exige periodo de cotización y el derecho al percibo prescribe a los cinco años desde el fallecimiento. Se presume, salvo prueba en contrario, que dichos gastos han sido satisfechos por este orden: por el cónyuge superviviente, el sobreviviente de una pareja de hecho, los hijos y los parientes del fallecido que conviviesen con él habitualmente.

7. PENSIÓN DE VIUEDAD

7.1. BENEFICIARIOS

7.1.1. Cónyuge sobreviviente

Será beneficiario de la pensión el cónyuge sobreviviente, con independencia de cual sea su sexo.

7.1.2. Excónyuge por separación o divorcio

7.1.2.1. Exigencia de que exista pensión compensatoria del cónyuge sobreviviente

En caso de separación o divorcio será beneficiario de la pensión quien haya sido cónyuge legítimo, siempre que no se hubiera casado nuevamente o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos legalmente previstos y que además percibiera pensión compensatoria que se hubiera visto extinguida por el fallecimiento del causante (art. 220.1 TRLGSS), sin que pueda entenderse cumplido el requisito por el hecho de fijarse pensión de alimentos en favor de los hijos (STS 21 de marzo de 2017, rec. 2935/2015).

EJEMPLO PRÁCTICO

Si tras producirse la separación o divorcio no se hubiera establecido pensión compensatoria a favor de uno de los cónyuges y posteriormente uno falleciera, el sobreviviente no tendría derecho a pensión de viudedad, ya que en estos casos el percibo de la pensión queda condicionado a que siendo el cónyuge que sobrevive acreedor de pensión compensatoria, dicha pensión hubiera quedado extinguida por el fallecimiento del causante.

Si la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquella se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última, salvo que se trate de pensiones compensatorias anteriores al 1 de enero de 2008, en cuyo caso la cuantía de la pensión de viudedad no está limitada por el importe de la pensión compensatoria (SSTS 17 de mayo de 2018, rec. 2999/2016 y 22 de diciembre de 2016, rec. 1466/2015).

En cualquier caso conviene aclarar que lo que la norma exige es que el cónyuge que sobreviva tenga derecho a pensión compensatoria, aunque en realidad no la perciba en el momento del fallecimiento del causante, sin que el hecho de que no la hubiera reclamado suponga impedimento para acceder a la pensión de viudedad (SSTS 1 de abril de 2014, rec. 64/2013 y 18 de diciembre de 2013, rec. 620/2013).

Cuando el cónyuge sobreviviente perciba del fallecido una cantidad que contribuya a las cargas del matrimonio y para alimentos, procede reconocer el derecho a la pensión de viudedad ya que con independencia de su denominación las cantidades percibidas satisfacen la misma finalidad que la pensión compensatoria (SSTS 12 de marzo de 2016, rec. 2397/2014 y 23 de febrero de 2016, rec. 2311/2014). Sin embargo se ha entendido que no tiene el carácter de pensión compensatoria la cantidad abonada en la modalidad de pago único (SSTS 15 de noviembre de 2017, rec. 2048/2016 y 21 de junio de 2017, rec. 1177/2016).

7.1.2.2. Supuestos excluidos de la existencia de pensión compensatoria

La Ley 26/2009, de 23 de diciembre, reconoce el derecho a la pensión de viudedad a las mujeres que aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria pudieran acreditar

que eran víctimas de la violencia de género en el momento de la separación judicial o del divorcio. La exención del requisito de percibir pensión compensatoria en estos casos actúa tanto para los supuestos en los que nunca se hubiera reconocido tal pensión, como para aquellos casos en los que, reconocida inicialmente, se hubiera extinguido antes del fallecimiento del causante (STS 5 de febrero de 2013, rec. 929/2012). En estos casos de violencia de género la exención del requisito de la pensión compensatoria se aplica a supuestos en los que el hecho causante se hubiera producido con anterioridad al 1 de enero de 2010, fecha de entrada en vigor de la Ley 26/2009 (STS 20 de enero de 2016, rec. 3106/2014).

Por otra parte la citada Ley 26/2009 estableció que para las separaciones judiciales o divorcios anteriores al 1 de enero de 2008, no se exigirá la existencia de pensión compensatoria, siempre que concurran los siguientes requisitos (DT 13.1 TRLGSS):

- Que entre la fecha de la separación judicial o del divorcio y la fecha del fallecimiento del causante no hayan transcurrido más de 10 años.
- Que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de 10 años.
- Que concurra la existencia de hijos comunes del matrimonio o que el beneficiario tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante.

En estos casos la cuantía de la pensión de viudedad se calculará conforme a la normativa vigente con anterioridad al 1 de enero de 2008.

La persona divorciada o separada judicialmente que hubiera sido deudora de la pensión compensatoria no tendrá derecho a la pensión de viudedad.

Finalmente, se reconoce el derecho a la pensión de viudedad aún cuando no exista pensión compensatoria, siempre que el beneficiario de la pensión tenga 65 o más años, carezca del derecho a otra pensión pública y la duración del matrimonio no haya sido inferior a quince años (DT 13.2 TRLGSS).

Así pues, tras esta reforma legal y con relación a las situaciones de separación o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008, nos hallamos ante dos situaciones diferenciadas en función de que el posible beneficiario de la pensión tenga edad comprendida entre los 50 y los 65 años, o sea mayor de 65, siendo exigibles requisitos diferentes:

- Mayores de 50 años y hasta los 65.
 - Que entre la fecha de divorcio o la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante no hayan transcurrido más de 10 años (SSTS 10 de febrero de 2017, rec. 1082/2015 y 16 de febrero de 2016, rec. 2300/2014), debiendo computarse el plazo desde que se haya producido la separación o el divorcio (SSTS 5 de octubre de 2016, rec. 1613/2015; 28 de abril de 2014, rec. 1737/2013 y 2 de noviembre de 2013, rec. 3044/2012).
 - Que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de 10 años.
 - Que existan hijos comunes del matrimonio, y caso de no existir que tenga una edad superior a 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión.
- Mayores de 65 años.
 - Que no tengan derecho a otra pensión pública.
 - Que la duración del matrimonio no haya sido inferior a 15 años.

7.1.2.3. Reanudación de la convivencia tras la separación o el divorcio

En aquellos casos en los que se haya reanudado la convivencia después de la separación inicial, la existencia de una reconciliación posterior sin notificación al juzgado no genera derecho a pensión de viudedad por el fallecimiento de uno de los cónyuges (SSTS 16 de febrero de 2016, rec. 33/2014 y 16 de julio de 2012, rec. 3431/2011), salvo que se hubiera formalizado la reconciliación en documento público, aunque no se hubiera dado cuenta de tal documento al juzgado (STS 4 de marzo de 2014, rec. 1593/2013).

7.1.3. Pareja de hecho

Quien estuviera unido al causante formando una pareja de hecho, será beneficiario de pensión de viudedad siempre que acredite que sus ingresos no alcanzaron, durante el año natural anterior, el 50 por 100 de los ingresos de la pareja, o el 25 por 100 si no existieran hijos comunes con derecho a pensión de orfandad (art. 221.1 TRLGSS).

EJEMPLO PRÁCTICO

Si una pareja de hecho, sin hijos comunes, ha tenido ingresos anuales de 50.000 euros en el año natural anterior al fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, para tener derecho a pensión de viudedad será necesario que el miembro que sobrevive haya tenido ingresos inferiores a 12.500 euros en dicho periodo, es decir, que sus ingresos no superen el 25 por 100 de la suma total. En el supuesto de que existieran hijos comunes, el derecho a la pensión se tendría siempre que los ingresos no hubieran superado la cifra de 25.000 euros, es decir el 50 por 100 de la suma de los ingresos propios y de los del causante.

También procederá la pensión de viudedad en estos casos de parejas de hecho, cuando los ingresos del sobreviviente no superen 1,5 veces el Salario Mínimo Interprofesional en el momento del hecho causante y durante el periodo de percepción de la pensión. Este límite se incrementará 0,5 veces del Salario Mínimo Interprofesional por cada hijo común con derecho a pensión de orfandad, que conviva con el sobreviviente.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si en una pareja de hecho sin hijos, los ingresos del sobreviviente superan el 25 por 100 de los ingresos totales de la pareja, pero son inferiores a 1,5 veces el Salario Mínimo Interprofesional, también se tendría derecho a la pensión de viudedad aunque se hubiera superado el porcentaje indicado. Si la pareja de hecho tuviera tres hijos con derecho a pensión de orfandad, el miembro de la misma que sobrevive tendría derecho en todo caso a pensión de viudedad, si reúne el resto de los requisitos exigidos, cuando sus

ingresos no superen en tres veces el Salario Mínimo Interprofesional (1,5 incrementado en 0,5 por cada uno de los tres hijos).

La condición de pareja de hecho de quienes no tengan vínculo matrimonial con otra persona exigirá convivencia ininterrumpida de duración no inferior a cinco años anteriores al fallecimiento del causante, acreditándose dicha convivencia mediante certificado de empadronamiento. Asimismo la existencia de pareja de hecho habrá de acreditarse con la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en la Comunidad Autónoma o Ayuntamiento del lugar de residencia, o mediante la formalización de documento público en el que conste la constitución de la pareja. En ambos casos será necesario que haya transcurrido un mínimo de dos años antes del fallecimiento del causante (SSTS 20 de mayo de 2014, rec. 1738/2013 o 16 de julio de 2013, rec. 2924/2012).

EJEMPLO PRÁCTICO

En cualquiera de los supuestos anteriores y con independencia de los ingresos del posible beneficiario de la pensión de viudedad, será necesario acreditar la propia existencia de la pareja de hecho para lo cual será necesario la existencia de documento público que así lo reconozca (por ejemplo: acta notarial) o la inscripción en un registro de parejas de hecho, siempre que tanto el documento público como, en su caso, la inscripción en el registro, se haya producido con antelación de dos años a la fecha del fallecimiento del causante. Asimismo será necesario acreditar convivencia estable y notoria de al menos cinco años anteriores a tal fallecimiento.

195

En las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a su legislación específica, cumpliendo el requisito de convivencia anterior al fallecimiento del causante no inferior a cinco años de convivencia estable, notoria e ininterrumpida, siempre que en dicho periodo de convivencia ningún componente de la pareja estuviera impedido para contraer matrimonio ni tuviera vínculo matrimonial con otra persona.

La simple constitución de una pareja de hecho con convivencia ininterrumpida e inscripción en el registro correspondiente no es suficiente para causar derecho a la pensión de viudedad, ya que es necesario que los convivientes no se hallen impedidos para contraer matrimonio y que por tanto no tengan vínculo con otra persona (STS 1 de marzo de 2017, rec. 3134/2015).

EJEMPLO PRÁCTICO

Andrés y Juana conviven durante más de diez años ininterrumpidos y están inscritos como pareja de hecho, pero mientras Andrés es soltero, Juana está separada legalmente, aunque no divorciada. Al haberse producido el fallecimiento de Andrés, Juana solicita la pensión de viudedad como pareja

de hecho, que en este caso le será denegada al ser necesario que los convivientes no se hallen impedidos para contraer matrimonio y en este caso el hecho de que Juana esté separada legalmente, pero no divorciada, origina que perviva el vínculo matrimonial anterior, siendo por ello causa de denegación de la pensión de viudedad.

7.1.4. Pensión de viudedad en supuestos especiales

La Ley 40/2007, que incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la pensión de viudedad de las parejas de hecho, incluyó un supuesto especial que, tras la STC 41/2013, de 14 de febrero, exigía para el reconocimiento de la pensión la concurrencia de los siguientes requisitos:

- Que el hecho causante se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de la citada Ley 40/2007.
- Que a la muerte del causante, reuniendo los requisitos de alta y cotización, no se hubiera podido generar el derecho a la pensión de viudedad.
- Que el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida como pareja de hecho con una duración no inferior a cinco años.
- Que el beneficiario no tenga derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social, habiéndose interpretado esta última exigencia en el sentido de que el requisito de no ser titular de otra pensión contributiva es exigible no solo para el acceso o reconocimiento de la prestación, sino también durante todo el periodo de percibo de la misma.

EJEMPLO PRÁCTICO

María convivía como pareja de hecho con Miguel durante más de cinco años ininterrumpidos, habiéndose producido el fallecimiento de este último en el año 2006. Al promulgarse la Ley 40/2007 María solicita pensión de viudedad dentro del plazo de doce meses establecido al efecto, prestación que le es reconocida y que ha venido percibiendo durante años. En 2016 María solicita pensión de jubilación y dada la incompatibilidad de la pensión de viudedad que viene percibiendo con cualquier otra pensión de Seguridad Social, se le obliga a optar por una de las dos pensiones, criterio que confirma la STS citada de 23 de febrero de 2017.

7.2. Cuantía de la pensión

La pensión de viudedad consiste en el abono mensual de una cantidad, que se calcula en función de la base reguladora del cónyuge fallecido.

7.2.1. Base reguladora de la pensión

- Si el fallecimiento deriva de enfermedad común o accidente no laboral, la base reguladora será el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotiza-

ción del causante durante un período ininterrumpido de 24 meses elegido por el beneficiario dentro de los 15 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante (art. 7 Decreto 1646/1972, en la redacción dada por Real Decreto 1795/2003). Cuando el causante no tenga cotizaciones en los 15 años anteriores al fallecimiento se tomarán los dos años anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar, con las revalorizaciones correspondientes hasta la fecha del hecho causante (SSTS 18 de diciembre de 2013, rec. 530/2013 y 13 de diciembre de 2012, rec. 3640).

– Si el fallecimiento deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional, la base reguladora se calculará tomando en cuenta los salarios reales del trabajador en el año anterior, integrando dicho salario los siguientes conceptos [art. 9.d) Orden 13 de febrero de 1967 y Capítulo V Decreto 22 de junio de 1956]:

- Sueldo diario, que se multiplica por los 365 días del año.
- Importe anual de las pagas extraordinarias, incluida la de beneficios si la hubiere.
- Pluses y retribuciones complementarios de todo tipo, percibidos en el año. En este caso el total de lo percibido por tales pluses (antigüedad, plus de asistencia, plus de actividad, nocturnidad, etc.) se divide por el número de días efectivamente trabajados y el resultado se multiplica por 273, o por el número de días laborales previsto en el convenio colectivo de aplicación.
- Horas extraordinarias, si las hubiere.

La base reguladora será el resultado de dividir por 12 la suma de los conceptos anteriores.

– Si el sujeto causante es pensionista de jubilación o de incapacidad permanente, la base reguladora será la misma que sirvió para calcular su pensión o incapacidad. En estos casos, la cuantía de la pensión se incrementará mediante la aplicación de las mejoras o revalorizaciones que, para las prestaciones de igual naturaleza por muerte y supervivencia, hayan tenido lugar desde la fecha del hecho causante de la pensión de la que deriven (art. 7.3. Decreto 1646/1972, en la redacción dada por RD 1795/2003).

Cuando el causante fuera pensionista de incapacidad permanente total y simultánea la pensión con el trabajo, no se tendrá en cuenta la regla anterior, sino que la base reguladora se calculará en la forma ordinaria y atendiendo a la causa del fallecimiento.

EJEMPLO PRÁCTICO

Un trabajador tiene acreditados en los últimos 24 meses una base de cotización por contingencias comunes de 30.000 euros, producido su fallecimiento por enfermedad común, resultará que la base reguladora de la pensión de viudedad será el resultado de dividir por 28 la cantidad anterior, obteniéndose una base mensual de 1.071,42 euros.

Si el trabajador previamente hubiera sido declarado en situación de incapacidad permanente, total o absoluta, la base reguladora de la pensión será la misma que se hubiera tomado para el cálculo de dicha pensión de

incapacidad, de forma que sería la correspondiente a los ocho años anteriores a la declaración de incapacidad, sin perjuicio de aplicar las revalorizaciones producidas desde la fecha del hecho causante de la incapacidad.

7.2.2. Porcentaje a aplicar sobre la base reguladora

Una vez calculada la base reguladora, se aplica sobre la misma un determinado porcentaje que variará en función de que el beneficiario tenga o no cargas familiares.

– Si el beneficiario no acredita la existencia de cargas familiares, el porcentaje a aplicar sobre la base reguladora es el 52 por 100, obteniéndose así el importe de la pensión de viudedad (art. 31.1 Decreto 3158/1966, en la redacción dada al mismo por RD 1795/2003).

EJEMPLO PRÁCTICO

En una unidad familiar de tres miembros, compuesta por el padre, la madre y un hijo de 28 años, se produce el fallecimiento de la madre, generando el padre derecho a pensión de viudedad. En este caso, el porcentaje a aplicar sobre la base reguladora será de un 52 por 100, ya que no acredita el beneficiario la existencia de cargas familiares.

– Si el beneficiario acredita la existencia de responsabilidades familiares, el porcentaje a aplicar sobre la base reguladora será del 70 por 100.

Se entenderá por cargas familiares a estos efectos la convivencia con hijos menores de 26 años o mayores incapacitados con discapacidad igual o superior al 33 por 100, o menores acogidos, cuando los rendimientos de la unidad familiar, incluido el beneficiario, divididos entre el número de miembros que la compongan, no supere en cómputo anual el 75 por 100 del Salario Mínimo Interprofesional, sin pagas extraordinarias.

Además será necesario que la pensión de viudedad constituya la principal o única fuente de ingresos del pensionista, entendiéndose que concurre tal circunstancia cuando el importe anual de la pensión (incluido complementos por mínimos), represente, al menos, el 50 por 100 del total de los ingresos del pensionista.

Asimismo le será exigido que los rendimientos anuales de que disponga el pensionista (derivados de cualquier naturaleza) no superen la cuantía resultante de sumar el límite previsto para el reconocimiento de los complementos por mínimos de las pensiones contributivas más el importe anual que, en cada ejercicio, corresponda a la pensión mínima de viudedad con cargas familiares.

EJEMPLO PRÁCTICO

En una unidad familiar de cuatro miembros, ha fallecido el padre, dejando viuda, con 46 años de edad y dos huérfanos de seis y ocho años respectiva-

mente. La base reguladora de la prestación es de 800 euros mensuales. La beneficiaria de la pensión de viudedad percibe anualmente unos ingresos derivados de capital mobiliario de 200 euros, sin obtener rentas de otra naturaleza.

¿Podría percibir la pensión de viudedad en cuantía del 70 por 100 de la base reguladora?

En este supuesto, es evidente que concurren los tres requisitos necesarios para percibir el 70 por 100 de la base reguladora, ya que acredita, por una parte, la existencia de cargas familiares, por otro lado, la pensión de viudedad es la principal fuente de ingresos, y los ingresos anuales de la beneficiaria son inferiores al límite legal impuesto.

Si por el contrario, la beneficiaria percibiese rentas derivadas del trabajo en cuantía de 1.000 euros mensuales, aunque acreditara cargas familiares, al no suponer la pensión de viudedad su principal fuente de ingresos no percibiría el 70 por 100 de la base reguladora, sino el 52 por 100 establecido con carácter general.

En enero de 2012 se tenía que haber producido una modificación en el porcentaje de la pensión de viudedad aplicable a la base reguladora, en base al mandato contenido en la Disposición adicional treinta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, conforme a la cual el Gobierno adoptará las medidas reglamentarias oportunas para que la cuantía de la pensión de viudedad alcance el 60 por 100 de la base reguladora, cuando en la persona beneficiaria concurren los siguientes requisitos:

- Tener una edad igual o superior a 65 años.
- No tener derecho a otra pensión pública española o extranjera.
- No percibir ingresos por la realización de trabajos por cuenta ajena o por cuenta propia.
- Que los rendimientos o rentas percibidos, diferentes de pensión o trabajo, no superen en cómputo anual el límite de ingresos establecido en cada momento para ser beneficiario de la pensión mínima de viudedad.

El cumplimiento de esta previsión normativa se **demoró** hasta la publicación del RDL 900/2018, de 20 de julio, conforme al cual y con efectos de 1 de agosto siguiente el porcentaje aplicable a la base reguladora, cuando concurren los requisitos antes indicados, **pasaba a ser del 56 por 100 en dicho año y el 60 por 100 a partir del 1 de enero de 2019.**

La exigencia de no tener derecho a otra pensión pública para acceder a la mejora de la pensión de viudedad dificultaba sensiblemente el acceso a la misma, ya que bastaba con el hecho de percibir una pensión mínima complementaria para impedir el acceso a estos porcentajes más favorables. Con la finalidad de solventar esta situación la Disposición final séptima del RDL 28/2018, de 28 de diciembre, ha modificado el apartado 1 de la Disposición adicional trigésima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, en materia de

pensión de viudedad y en relación con el requisito de no tener derecho a otra pensión pública ha establecido que “El citado incremento será compatible con aquellas pensiones públicas, ya sean españolas o extranjeras, cuya cuantía no exceda del importe del mismo. En estos supuestos, el incremento de la pensión de viudedad se abonará exclusivamente por la diferencia entre la cuantía de este y la de la pensión percibida por el beneficiario”.

7.2.3. Cuantía mínima de la pensión de viudedad

Anualmente la Ley de Presupuestos establece el importe de la cuantía mínima de viudedad, según la edad y cargas familiares del beneficiario, existiendo los siguientes supuestos de pensiones mínimas de viudedad:

- Titular con cargas familiares.
- Titular con 65 años o con discapacidad superior al 65 por 100.
- Titular con edad entre 60 y 64 años.
- Titular menor de 60 años.

7.2.4. Cálculo de la pensión en el supuesto de concurrencia de beneficiarios

Si habiendo mediado divorcio se produjera concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, esta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose como mínimo al cónyuge o a la pareja de hecho sobreviviente el 40 por 100 de la pensión.

EJEMPLO PRÁCTICO

Andrés contrajo un primer matrimonio en junio de 1975, conviviendo con su cónyuge 10 años, procediendo a su separación legal y posterior divorcio con derecho a pensión compensatoria. En enero de 2000 contrae nuevo matrimonio, falleciendo por enfermedad común en febrero de 2008. Durante los dos años anteriores a su fallecimiento la base de cotización para contingencias comunes ha ascendido a 27.000 euros.

Para calcular la pensión de viudedad se dividen las bases de cotización por 28, dando como resultado una base mensual de 964,28 euros, y sobre esta última cantidad se aplica el porcentaje del 52 por 100 o del 70 por 100 en función de que concurren o no las circunstancias antes expresadas.

Como el tiempo transcurrido desde su primer matrimonio hasta el fallecimiento es de 33 años, y de dicho periodo ha convivido con su primera mujer 10 años, esta tiene derecho a la tercera parte de la pensión de viudedad, y el resto lo percibirá la segunda esposa. En el supuesto de que el período de convivencia con su primera mujer fuera de 25 años y con la segunda de cinco años, esta última tendrá garantizado como mínimo el 40 por 100, siempre que el fallecimiento se produzca a partir del 1 de enero de 2008.

7.2.5. Incremento de la pensión de viudedad para las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados

Las pensiones de viudedad serán objeto de incremento mediante la aplicación del complemento por maternidad a que se refiere el artículo 60 TRLGSS, al que nos hemos referido en el capítulo 1, epígrafe 6.5.

7.3. Nacimiento y extinción de la prestación

7.3.1. Nacimiento

El derecho a la pensión de viudedad nacerá a partir de la fecha del fallecimiento del causante, siempre que se haya solicitado dentro de los tres meses siguientes. Si se solicitara con posterioridad a dicha fecha, el derecho nacerá a partir de la solicitud.

Cuando el derecho a la pensión se produce a consecuencia de la modificación legal que eliminó en determinados casos la exigencia de pensión compensatoria, la fecha inicial de devengo se produce a partir de los tres meses anteriores a la nueva solicitud, ya que el INSS no está obligado a revisar de oficio sus anteriores resoluciones denegatorias (STS 9 de febrero de 2017, rec. 1456/2015).

En los supuestos de trabajador desaparecido en accidente, el derecho nacerá desde el momento del accidente, aunque se solicite transcurrido el plazo de tres meses.

7.3.2. Extinción

La pensión de viudedad se extinguirá por las siguientes causas (art. 11 Orden de 13 de febrero de 1967, en la redacción dada por RD 1465/2001):

– Contraer matrimonio o constituir pareja de hecho en los términos legalmente establecidos (art. 223.2 TRLGSS), salvo que concurren las siguientes circunstancias:

- Que el pensionista de viudedad sea mayor de 61 años, o si es menor, tenga reconocida una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, o acredite una discapacidad igual o superior al 65 por 100.
- Que la pensión de viudedad que perciba sea la principal o única fuente de ingresos. Se entenderá que concurre tal circunstancia cuando el importe anual de la pensión represente como mínimo el 75 por 100 del total de los ingresos anuales del beneficiario.
- Que el matrimonio, una vez celebrado, tenga unos ingresos anuales, de cualquier naturaleza que no superen el duplo del Salario Mínimo Interprofesional.

EJEMPLO PRÁCTICO

Hasta el 1 de enero de 2002, el pensionista de viudedad que contraía matrimonio veía extinguido su derecho a pensión. A partir de esa fecha, si es mayor de 61 años o menor incapacitado, seguirá percibiendo su pensión, siempre que sea su principal fuente de ingresos, y además, los ingresos en cómputo global del nuevo matrimonio no superen el duplo del SMI.

En base a ello, dos pensionistas de viudedad que sean mayores de 61 años, que tengan como únicos ingresos la pensión mínima de viudedad, respectivamente, podrán seguir percibiendo sus respectivas pensiones, aunque hubieran contraído matrimonio.

– Ser condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio o de lesiones (art. 231.1 TRLGSS).

– Fallecimiento del beneficiario.

– Cuando reaparece el trabajador presuntamente fallecido en accidente.

7.4. Régimen de incompatibilidades

La pensión de viudedad resultará incompatible con el reconocimiento de otra pensión de viudedad, en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, salvo que las cotizaciones acreditadas en cada uno de los regímenes se superpongan, al menos, durante quince años (art. 223.1 TRLGSS).

En los casos en que se haya mantenido el percibo de la pensión de viudedad aunque se haya contraído nuevo matrimonio o constituido una pareja de hecho, por cumplir los requisitos exigidos (ver 6.3.2), la nueva pensión de viudedad que pudiera generarse como consecuencia del fallecimiento del nuevo cónyuge o de la pareja de hecho, será incompatible con la pensión o pensiones de viudedad que vinieran percibiendo, debiendo en tal supuesto optar por una de ellas, es decir por la que se viniera percibiendo o por la que derive del fallecimiento del nuevo cónyuge o pareja de hecho.

La pensión de viudedad es compatible con cualquier renta derivada del trabajo por cuenta propia o ajena.

8. PRESTACIÓN TEMPORAL DE VIUEDAD

Se trata de una prestación introducida por la Ley 40/2007 y que deriva del hecho de exigir una determinada duración al vínculo conyugal para acceder a la pensión de viudedad derivada de enfermedad anterior al matrimonio y siempre que no existan hijos comunes.

El art. 222 TRLGSS dispone que cuando el cónyuge sobreviviente no pueda acceder a la pensión de viudedad, por no acreditar que su matrimonio ha tenido una duración de un año, sin que existan hijos comunes, tendrá derecho a una prestación temporal igual a la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si se produce el fallecimiento antes de transcurrir un año desde que se celebró el matrimonio, y la muerte deriva de una enfermedad que ya se padecía con anterioridad a que se hubiera contraído matrimonio, el cónyuge sobreviviente no tendrá derecho a pensión vitalicia de viudedad, salvo que existan algún hijo común con el fallecido, o bien que se acredite un periodo

de convivencia anterior que, unido al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años.

9. PENSIÓN DE ORFANDAD

9.1. Beneficiarios

- Hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación.
- Hijos del cónyuge sobreviviente, cuando el matrimonio se haya celebrado con una antelación mínima de dos años al fallecimiento del trabajador, siempre que se acredite que convivían con él y a sus expensas, que no tienen derecho a otra pensión de la Seguridad Social, ni familiares con obligación de prestarles alimentos (art. 9.3 RD 1647/1997).

9.2. Requisitos que han de reunir los beneficiarios

9.2.1. Hijos del causante

9.2.1.1. Regla general

Pueden ser beneficiarios de la pensión de orfandad, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación (matrimonial, no matrimonial o adoptiva), los hijos del causante que en la fecha del fallecimiento se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

- Ser menores de 21 años.
- Ser mayores de 21 años, hallándose incapacitados para el trabajo.

El concepto de incapacidad para el trabajo ha sido interpretado en el sentido de que la misma ha de ser absoluta para todo tipo de trabajo (SSTS 7 de diciembre de 2010, rec. 3772/2009 y 19 de diciembre de 2000, rec. 1773/2000). Tal exigencia asimismo se contiene en el artículo 9 del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, al establecer que han de tener “reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez ...”.

En todo caso ha de tenerse en cuenta que la incapacidad ha de concurrir en el momento del fallecimiento del causante y la mera circunstancia de que el huérfano incapaz trabaje tras el fallecimiento no impide el acceso a la prestación (STS 10 de noviembre de 2009, rec. 61/2009).

9.2.1.2. Beneficiarios en situación de orfandad absoluta (inexistencia de progenitores o adoptantes)

Cuando el huérfano no efectúe trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena, o cuando realizándolo los ingresos sean inferiores al Salario Mínimo Interprofesional vigente en

cada momento, en cómputo anual, la edad para tener derecho a la pensión de orfandad se amplía hasta los 25 años (aplicable desde el 2 de agosto de 2011).

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

9.2.1.3. Beneficiarios en situación de orfandad simple (cuando sobrevive uno de los progenitores o adoptantes) siendo mayores de 21 años

Si el huérfano no trabaja o sus ingresos son inferiores al SMI, podrá percibir la pensión de orfandad hasta los 25 años a partir del 1 de enero de 2014.

Al igual que en el supuesto anterior, si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera la edad límite durante el curso escolar, el percibo de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día 1º del mes posterior al de inicio del siguiente curso académico.

9.2.1.4. Reglas para la determinación del nivel de ingresos cuando el huérfano realice trabajos por cuenta propia o ajena

– En ningún caso se tienen en cuenta los ingresos obtenidos por los menores de 21 años, de forma que en estos casos resulta plenamente compatible la pensión de orfandad con la obtención de ingresos, cualquiera que sea su cuantía.

– Para los mayores de 21 años el cómputo de los ingresos se lleva a cabo totalizando los que se perciban o esté previsto percibir a lo largo del año natural, tanto los que deriven de un trabajo por cuenta propia o ajena, como aquellos que tengan su origen en una prestación de la Seguridad Social.

– Si dentro del año natural se producen altas y bajas en el trabajo, de forma que se alternan periodos de actividad e inactividad, el derecho a la pensión de orfandad se mantiene en tanto los ingresos no superen en cómputo anual el citado Salario Mínimo.

– Los rendimientos se computan por su valor íntegro, salvo que se trate de actividades por cuenta propia, en cuyo caso tales ingresos se computan como netos.

EJEMPLO PRÁCTICO

Producido el fallecimiento de un trabajador, este deja viuda y dos hijos de 20 y 24 años de edad respectivamente, el primero de los cuales percibe ingresos de 1.000 euros mensuales y el segundo de 500 euros mensuales.

En este caso tendrían derecho a percibir la pensión tanto la viuda como los dos hijos. En el caso de la viuda porque, como ya sabemos la pensión de viudedad es compatible con el trabajo y por tanto resulta intrascendente que trabaje o no para que se le reconozca el derecho a la pensión, aunque le pueda afectar al porcentaje de la misma. Y en el caso de los hijos, aunque uno de ellos perciba ingresos superiores al SMI, no es obstáculo para el

percibo de la pensión de orfandad ya que tiene menos de 21 años, y en tal supuesto es compatible la pensión con los ingresos derivados del trabajo, con independencia de su cuantía. En cuanto al hijo de 24 años, tendría derecho a la pensión de orfandad ya que sus ingresos no superan el Salario Mínimo Interprofesional y siempre que el hecho causante se haya producido a partir de 2014, ya que se trata de orfandad simple.

9.2.2. Hijos del cónyuge

Tienen derecho a la pensión de orfandad los hijos, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación, que el cónyuge sobreviviente hubiese llevado al matrimonio, siempre que concurren las siguientes condiciones:

- Que el matrimonio se hubiese celebrado con dos años de antelación a la fecha del fallecimiento del causante.

Para la acreditación de este periodo se ha considerado que la previa convivencia antes del matrimonio no es equiparable a efectos del cómputo de los dos años (STSJ Cataluña de 14 de julio de 2008, rec. 4346/2007).

- Que se pruebe que convivían con el causante y a sus expensas.
- Que no tengan derecho a otra pensión de la Seguridad Social, ni queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos.

9.3. Cuantía de la pensión

La pensión de orfandad consiste en el abono mensual de una cantidad equivalente al 20 por 100 de la base reguladora, calculada de acuerdo con las normas establecidas para la pensión de viudedad y sin perjuicio de la cuantía mínima anualmente establecida (art. 17.1 Orden de 13 de febrero de 1967).

Si al fallecer el causante no hubiese cónyuge sobreviviente o este falleciera siendo preceptor de la pensión de viudedad, la pensión de orfandad se incrementa con la cantidad que corresponde a la pensión de viudedad, teniendo en cuenta las siguientes reglas (art. 17.2 Orden de 13 de febrero de 1967):

- a) Si existen varios beneficiarios, la pensión de viudedad se distribuye entre los huérfanos por partes iguales.

- b) Cuando concurren en un mismo beneficiario pensiones causadas por el padre y por la madre, el incremento previsto por orfandad absoluta sólo será aplicable a las pensiones originadas por uno solo de los causantes.

- c) La suma de las cuantías de las pensiones por muerte y supervivencia no podrá exceder del 100 por 100 de la base reguladora de la pensión del causante (art. 229.1 TRLGSS). Dicho límite podrá ser rebasado en caso de concurrencia de varias pensiones de orfandad con una de viudedad cuyo porcentaje de esta última sea del 70 por 100, si bien, en ningún caso la suma de las pensiones de orfandad podrá superar el 48 por 100 de la base reguladora (art. 229.2 TRLGSS).

En los supuestos de violencia de género, cuando el progenitor superviviente hubiera perdido la condición de beneficiario de la pensión de viudedad, el huérfano tendrá derecho a los incrementos previstos por orfandad absoluta (art. 238.1 TRLGSS).

EJEMPLO PRÁCTICO

Miguel, viudo, afiliado al Régimen General, fallece a consecuencia de una enfermedad común, contando con dos hijos de 17 y 21 años, de los cuales sólo el último de ellos trabaja y obtiene ingresos inferiores al Salario Mínimo Interprofesional. En los dos años anteriores al fallecimiento las bases de cotización de dicho trabajador ascienden a 28.000 euros. En este caso tendrán derecho a pensión de orfandad los dos hijos, ya que pese a que el de 21 años desempeña una actividad laboral, obtiene rendimientos inferiores al Salario Mínimo Interprofesional, por lo que el límite de edad que corresponde aplicar es el de 25 años.

Para calcular la pensión procede obtener, en primer lugar, la base reguladora, para lo cual se divide por 28 el importe total de las cotizaciones de los dos últimos años, dando como resultado 1.000 euros. Cada uno de los hijos tendrá derecho a una pensión del 20 por 100 de la base reguladora, por lo que ascenderá la pensión a 200 euros mensuales, en catorce pagas al año.

Ahora bien, como no existe viuda del trabajador, el importe de la pensión que le hubiera correspondido a esta se divide entre los dos hijos. Así, como la pensión de viudedad es equivalente al 52 por 100 de la base reguladora de 1.000 euros, dicha pensión ascenderá a 520 euros, que se asignará por mitad a cada uno de los huérfanos, añadiéndose a su propia pensión.

En el caso de que el trabajador no fuera viudo y el cónyuge sobreviviente careciera de ingresos, este último tendría derecho a percibir pensión vitalicia de viudedad en cuantía equivalente al 70 por 100 de la base reguladora, lo cual sería posible en base a la modificación legal producida con efectos de 1 de enero de 2008, aunque uniendo el importe de la pensión de viudedad (70 por 100 de la base) al importe de las dos pensiones de orfandad (40 por 100 de la base), se rebasaría sobradamente el 100 por 100.

Una cuestión polémica ha sido la referida a precisar si cabe el incremento de la pensión de orfandad, como orfandad absoluta, en los casos en que no quede cónyuge sobreviviente en sentido estricto por el hecho de no existir vínculo matrimonial. El criterio inicialmente mantenido por el TS fue el de negar el derecho al incremento, si bien tal doctrina fue parcialmente corregida por la sentencia del Tribunal Constitucional 154/2006, habiéndose dictado el RD 296/2009, de 6 de marzo, que modifica el Reglamento General de prestaciones aprobado por Decreto 3198/1966 en el que se dispone

que cuando a la muerte del causante no exista beneficiario de la pensión de viudedad, la cuantía de la pensión de orfandad que se reconozca al huérfano se incrementará en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el 52 por 100.

La normativa anterior ha sido interpretada por el TS en el sentido de que carece de derecho al incremento del 52 por 100 el huérfano de padre cuya madre no tiene reconocida pensión de viudedad por no haber estado casada ni haber constituido pareja de hecho con el causante, ya que la expresión “orfandad absoluta” supone la falta de ambos progenitores o, en su caso, que a la ausencia de uno el otro sea desconocido o que el sobreviviente haya sido declarado responsable de violencia de género y también cuando el que quede carezca de medios de vida suficientes equivalentes al importe de la pensión de viudedad, debiendo en este caso acreditarse tal circunstancia (STS 29 de enero de 2014, rec. 1122/2013; 6 de febrero de 2014, rec. 621/2013; 1 de julio de 2014, rec. 1876/2013, entre otras).

La pensión de orfandad se abonará a quien tenga a su cargo a los beneficiarios (art. 224.3 TRLGSS) y está exenta de tributación a efectos del impuesto sobre la renta de las personas físicas. En el caso de que los hijos de quien fuera condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio, fueran beneficiarios de la pensión de orfandad causada por la víctima, dicha pensión no le será abonada a la persona condenada (art. 234.1 TRLGSS).

9.4. Nacimiento, suspensión y extinción de la pensión de orfandad

9.4.1. Nacimiento

La pensión de orfandad nace a partir de la fecha del fallecimiento del causante, siempre que se solicite dentro del plazo de los tres meses siguientes. Ahora bien, si la pensión ha sido denegada inicialmente y reiterada la petición se reconoce en base a los mismos hechos, la fecha de efectos se retrotrae a la petición inicial (STS 25 de enero de 2017, rec. 2729/2015).

En el supuesto de que el fallecimiento se haya producido por desaparición en accidente, los efectos serán desde la fecha del accidente, con independencia de cuando se solicite.

Tratándose de hijos nacidos con posterioridad al fallecimiento, la pensión se abona a partir del nacimiento del hijo (art. 3 Orden de 13 de enero de 1967).

9.4.2. Suspensión

Si reconocida la pensión de orfandad el huérfano cumple 21 años y trabaja en ese momento, obteniendo ingresos superiores al SMI, se suspende el abono de la prestación, reiniciándose al día siguiente del cese en el trabajo, o cuando obtenga ingresos inferiores al Salario Mínimo Interprofesional, siempre hasta el límite de edad de 25 años.

9.4.3. Extinción

La pensión de orfandad se extinguirá cuando concorra alguna de las siguientes causas (art. 21.1 Orden 13 de febrero de 1967, modificado por RD 1465/2001):

– Cumplir la edad máxima establecida, salvo incapacidad absoluta o gran invalidez del huérfano. Si el huérfano trabaja y obtiene ingresos superiores al SMI la edad de extinción de la pensión es la de 21 años y si no trabaja o sus ingresos son inferiores al SMI, existiendo un solo progenitor, la edad de extinción será los 23 años durante 2012, 24 años en 2013 y 25 años a partir de 2014. Cuando no exista ningún progenitor (orfandad absoluta) si el huérfano no trabaja o sus ingresos son inferiores al SMI la extinción de la pensión se producirá a los 25 años.

– Cesar la incapacidad que le otorgaba el derecho a pensión.

– Adopción.

– Contraer matrimonio, salvo que estuviera afectado de un incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.

– Fallecimiento del beneficiario.

Si al extinguirse la pensión el beneficiario no ha devengado doce mensualidades, se le abonará de una sola vez (salvo fallecimiento) la cantidad necesaria para completar las doce mensualidades (art. 21.2 Orden 13 de febrero de 1967).

9.5. Régimen de incompatibilidades

La pensión de orfandad es compatible con cualquier renta de trabajo del cónyuge superviviente o del propio huérfano menor de 21 años. También es compatible con el desempeño por el huérfano de un puesto de trabajo en el sector público. Es incompatible si el huérfano mayor de 21 años trabaja por cuenta propia o ajena y obtiene ingresos que excedan del SMI.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un menor de 21 años perceptor de pensión de orfandad trabaja por cuenta propia o ajena, podrá compatibilizar los ingresos de su trabajo, cualquiera que sea su importe, con la pensión de orfandad.

Por el contrario, si tiene más de 21 años, la pensión será incompatible con cualquier otro trabajo por cuenta propia o ajena que le proporcione ingresos superiores al Salario Mínimo Interprofesional.

La pensión de orfandad que perciba el huérfano incapacitado que hubiera contraído matrimonio será incompatible con la pensión de viudedad a la que posteriormente pudiera tener derecho, debiendo optar entre una u otra.

Las pensiones de orfandad generadas por el fallecimiento del padre y de la madre también son compatibles entre sí, pero en esta situación de orfandad absoluta sólo se

acrecienta la pensión de orfandad con el importe que correspondería a una pensión de viudedad, es decir a la del padre o a la de la madre.

EJEMPLO PRÁCTICO

Ante el fallecimiento de ambos cónyuges y si estos reúnen las condiciones exigibles para generar derecho a pensión de orfandad, los hijos podrán compatibilizar la pensión de orfandad de ambos, de forma que cada hijo de los que tenga derecho a pensión percibirá dos pensiones de orfandad del 20 por 100 de la base reguladora de cada uno de los cónyuges. Como además se trata de una situación de orfandad absoluta, también pueden acrecentar su pensión de orfandad con el importe de lo que correspondería a la pensión de viudedad, pero referido a una sola pensión de viudedad.

Los huérfanos incapacitados para el trabajo con derecho a pensión de orfandad, no pueden percibir otra pensión de Seguridad Social en razón de esa misma incapacidad, por lo que habrán de optar entre la pensión de orfandad o la de incapacidad (art. 225.2 TRLGSS).

Por el contrario, declarada la incompatibilidad de la pensión de orfandad del mayor de 18 años incapacitado, con la asignación económica por hijo a cargo (art. 19.3 de la Ley 52/2003), tal incompatibilidad ha venido en la práctica a ser dejada sin efecto alguno por norma de inferior rango jerárquico cual es el RD 364/2004, de 5 de marzo.

Asimismo, de conformidad con el artículo 225.2 TRLGSS, cuando el huérfano hubiera sido incapacitado para el trabajo con anterioridad a cumplir 18 años, la pensión de orfandad que viniera percibiendo será compatible con la pensión de incapacidad que pudiera causar después de los 18 años como consecuencia de nuevas lesiones o, en su caso, con la pensión de jubilación a que tuviera derecho por el trabajo realizado por cuenta propia o ajena (STS de 6 de julio de 2015, rec. 2993/2014).

10. PENSIÓN EN FAVOR DE FAMILIARES

10.1. Beneficiarios y requisitos de los mismos

Podrán ser beneficiarios de la pensión en favor de familiares los siguientes sujetos (art. 226 TRLGSS y art. 22 Orden de 13 de febrero de 1967).

10.1.1. Hijos o hermanos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación o invalidez (art. 226.2 TRLGSS)

Para acceder a pensión a favor de familiares será necesario que reúnan los siguientes requisitos:

- Haber convivido con el causante y a su cargo.

– Ser mayores de 45 años en la fecha del fallecimiento del causante (STS 1 de junio de 2017, rec. 2637/2015).

– Tener la condición de solteros, divorciados o viudos, habiéndose denegado la prestación a quien no estaba separada legalmente, sino de hecho, en la fecha del hecho causante (STS 1 de febrero de 2017, rec. 3007/2015).

– Acreditar dedicación prolongada al cuidado del causante.

– Carecer de medios propios de vida.

EJEMPLO PRÁCTICO

En el supuesto de que una persona venga dedicándose de forma permanente al cuidado de sus padres, al producirse el fallecimiento de estos, siendo beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación o invalidez, podrá acceder a la pensión a favor de familiares si se tiene la condición de hijo del fallecido, más de 45 años, soltero, divorciado o viudo y carente de ingresos, en la fecha del fallecimiento.

La hija soltera y sin hijos que convive con sus padres y a su cargo, mayor de 45 años en la fecha del fallecimiento de su padre, pensionista de jubilación, y cuya madre percibe pensión de viudedad, tiene derecho a la pensión en favor de familiares puesto que no es exigible el requisito de que no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarle alimentos que el artículo 22 de la Orden de 13 de febrero de 1967 exige para otros supuestos diferentes (SSTS 5 de octubre de 2015, rec. 1045/2014 y 27 de marzo de 2015, rec. 182/2014). Por el contrario se ha considerado que carece del derecho a la pensión en favor de familiares la hija del pensionista que se divorcia un mes antes del fallecimiento del padre y renuncia a la pensión compensatoria (SSTS 1 de febrero de 2017, rec. 3007/2015 y 21 de diciembre de 2016, rec. 2255/2015).

10.1.2. Nietos y hermanos (art. 22.1 Orden de 13 de febrero de 1967)

Habrán de reunir la condición de ser huérfanos de padre y madre, menores de 18 años o mayores de dicha edad incapacitados para todo tipo de trabajo (incapacidad permanente absoluta) o declarados afectos de gran invalidez, o ser menores de 22 años que no realicen un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena, o si lo realizan que sus ingresos no superen el 75 por 100 del Salario Mínimo Interprofesional.

Excepcionalmente la doctrina de suplicación había admitido el acceso a la pensión en favor de familiares sin reunir la condición de huérfano de padre y madre (STSJ Murcia 7 de noviembre de 1995 –padre ingresado en un centro de drogodependientes– y TSJ Galicia 24 de mayo de 1995 –padre en paradero desconocido y madre indigente–). Sin embargo el TS en sentencias de 3 de marzo de 2009, rec. 2170/2008 y 10 de noviembre de 2006, rec. 2972/2005 deniega la prestación por no ser huérfano de padre y madre, aunque la posterior sentencia de 20 de septiembre de 2011, rec. 4752/2010

reconoce el derecho a pensión a los nietos del causante, de padre no reconocido y madre discapacitada, cuyo único medio de subsistencia es una pensión de orfandad, al entender que carece de ingresos suficientes para cumplir con la obligación de prestar alimentos.

Los requisitos exigibles en estos supuestos son:

– Convivencia con el causante y a sus expensas, al menos con dos años de antelación al fallecimiento de aquél.

– Carecer de derecho a pensión pública de cualquier entidad, o a prestación periódica de la Seguridad Social.

– Carecer de medios de subsistencia en el momento del fallecimiento del causante, por tener ingresos económicos iguales o inferiores al Salario Mínimo Interprofesional y carecer asimismo de familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, teniendo en cuenta que de conformidad con lo establecido en los arts. 142 y 143 del Código Civil están obligados a prestar alimentos los cónyuges, ascendientes y descendientes, estando excluidos de dicha obligación los hermanos ya que estos solo se deben los “auxilios necesarios para la vida”.

10.1.3. Madres y abuelas

Han de tener la condición de ser solteras, viudas o casadas cuyos maridos sean mayores de 60 años o estén incapacitados de forma permanente y absoluta.

En este caso también habrán de reunir los requisitos de convivencia con el causante y a sus expensas, al menos con dos años de antelación al fallecimiento, sin tener derecho a pensión pública y careciendo de medios de subsistencia, en los términos indicados en el apartado anterior.

10.1.4. Padres y abuelos

En este caso para acceder a la pensión en favor de familiares habrán de tener cumplidos 60 años de edad, o estar incapacitados de forma permanente y absoluta para todo tipo de trabajo, reuniendo igualmente los requisitos antes expresados de convivencia y carencia de pensiones o rentas y de familiares con obligación de prestar alimentos en los términos antes expuestos.

10.2. Cuantía de la prestación

La cuantía de la pensión será, para cada uno de los beneficiarios del 20 por 100 de la base reguladora, que se calculará conforme a lo señalado para la pensión de viudedad.

Cuando existan varios beneficiarios, la suma de las cuantías de las prestaciones por muerte y supervivencia no puede exceder del 100 por 100 de la base reguladora que corresponda. A efectos de esta limitación, las pensiones de orfandad tienen preferencia

sobre las pensiones en favor de otros familiares y, por lo que respecta a estas últimas, el orden de preferencia es el siguiente:

- Nietos y hermanos del causante, menores de 18 años o mayores incapacitados.
- Padre y madre del causante.
- Abuelos y abuelas del causante.
- Hijos y hermanos del pensionista de jubilación o incapacidad permanente mayores de 45 años y que reúnan los demás requisitos.

Si al fallecer el causante no quedase cónyuge con derecho a pensión, o fallece estando en el disfrute de la misma ni hijos con derecho a pensión de orfandad, la pensión correspondiente a los nietos y hermanos se incrementa con el porcentaje del 52 por 100 de la pensión de viudedad (art. 23.2 Orden de 13 de febrero de 1967).

Si no existiese cónyuge, ni hijos, ni nietos, ni hermanos con derecho a pensión, la pensión de los ascendientes se incrementará en igual forma, distribuyéndose por partes iguales entre todos los beneficiarios (art. 23.2 Orden de 13 de febrero de 1967).

10.3. Nacimiento y extinción

10.3.1. Nacimiento

El nacimiento de la pensión en favor de familiares se producirá en los mismos términos que la pensión de viudedad.

10.3.2. Suspensión

Si el beneficiario de la pensión para la que se exige carencia de rentas viniera a mejor fortuna la pensión se suspende, pudiendo rehabilitarse si con posterioridad pierde los ingresos que motivaron la suspensión (STS 21 de julio de 2009, rec. 2864/2008).

10.3.3. Extinción

La extinción de la pensión en favor de familiares se producirá por las siguientes causas:

La de nietos y hermanos por las mismas causas que la pensión de orfandad, es decir por cumplir la edad máxima legalmente establecida (22 años), cesar en la incapacidad que le otorgaba el derecho a pensión, contraer estado matrimonial y fallecimiento (art. 24, en relación con el 21 de la Orden de 13 de febrero de 1967).

La de los ascendientes, por matrimonio o fallecimiento (art. 24 Orden de 13 febrero de 1967, modificado por RD 1465/2001).

10.4. INCOMPATIBILIDAD

La pensión en favor de familiares es incompatible con las rentas del trabajo y con otras pensiones.

11. SUBSIDIO TEMPORAL EN FAVOR DE FAMILIARES (ART. 25 ORDEN DE 13 DE FEBRERO DE 1967)

11.1. Beneficiarios y requisitos de los mismos

Son beneficiarios del subsidio temporal en favor de familiares los hijos y hermanos del causante que reúnan los siguientes requisitos:

- Ser mayores de 22 años.
- Ser solteros, separados judicialmente o divorciados o viudos.
- Haber convivido con el fallecido y a su cargo, al menos con dos años de antelación al fallecimiento de aquel.
- No tener derecho a pensión del Estado, provincia o municipio o a prestaciones periódicas de la Seguridad Social.
- Carecer de medios propios de subsistencia y no tener familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil. En este sentido, se entiende que no existen familiares con posibilidad de prestar alimentos cuando los familiares que vinieran obligados a ello perciban rentas inferiores al 100 por 100 del SMI.

11.2. Cuantía de la prestación

La cuantía de la prestación será, para cada uno de los beneficiarios, del 20 por 100 de la base reguladora calculada de la misma forma que la pensión de viudedad y tendrá una duración máxima de 12 mensualidades, con derecho asimismo a dos pagas extraordinarias, sin perjuicio de los mínimos establecidos (art. 26 Orden 13 febrero de 1967).

213

11.3. Nacimiento y extinción del subsidio

El inicio del plazo de duración se computa desde el día primero del mes siguiente a la fecha de solicitud.

Se extinguirá por agotamiento del plazo máximo de duración o por fallecimiento del beneficiario (art. 27 Orden de 13 de febrero de 1967).

11.4. Incompatibilidades

El subsidio es incompatible con la percepción por parte del titular de cualquier pensión pública y con la obtención de ingresos de cualquier naturaleza que supere, en cómputo anual, la cuantía del Salario Mínimo Interprofesional vigente en cada momento.

12. INDEMNIZACIONES ESPECIALES A TANTO ALZADO

Estas indemnizaciones se abonan cuando la muerte del trabajador deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional, pudiendo ser complementaria de la pensión de viudedad y orfandad o sustitutoria en favor de los padres del fallecido.

La indemnización complementaria se reconoce al cónyuge, excónyuge sobreviviente, o al sobreviviente de una pareja de hecho y a los huérfanos del trabajador que reúnan las condiciones para ser beneficiarios de las pensiones de viudedad y orfandad (art. 227.1 TRLGSS y 28 Orden de 13 de febrero de 1967).

Consiste en el abono de una indemnización de seis mensualidades de la base reguladora de la pensión de viudedad, si se abona al cónyuge y en el abono de una mensualidad de la misma base reguladora para cada uno de los hijos. Si no existiera cónyuge, la indemnización que pudiera corresponderle se distribuirá, por partes iguales, entre los huérfanos con derecho a indemnización (art. 29 Orden de 13 de febrero de 1967).

EJEMPLO PRÁCTICO

Una trabajadora fallece en accidente de trabajo dejando viudo y dos hijos menores de 18 años. Su salario anual por todos los conceptos ascendía a 10.200 euros, equivalente a 850 euros mensuales.

En este caso, su cónyuge, que obtiene ingresos derivados de su trabajo que ascienden a 1.300 euros, percibirá pensión del 52 por 100 de 850 euros, equivalentes a 442 euros mensuales, y cada uno de los hijos percibirá pensión de 170 euros, en doce pagas al año, al derivar de accidente de trabajo. Asimismo, el cónyuge tendrá derecho a una indemnización de seis mensualidades de 850 euros, lo que supone 5.100 euros, y cada uno de los hijos una mensualidad de 850 euros.

La indemnización sustitutoria se reconoce al padre o a la madre que viviera a cargo del trabajador fallecido, siempre que no tuviera derecho a la pensión en favor de familiares y no existieran otros familiares con derecho a pensión por muerte y supervivencia.

El concepto de vivir a expensas del trabajador fallecido, exigido por el artículo 227.2 TRLGSS, ha sido interpretado en el sentido de entender cumplida dicha exigencia cuando las rentas del grupo familiar no superan, excluida su contribución y ponderado el número de miembros de dicho grupo, el importe del SMI para cada uno de estos (SSTS 9 de diciembre de 2003, rec. 4313/2002 y 3 de marzo de 2000, rec. 353/1999. En iguales términos STSJ País Vasco de 1 de abril de 2014, rec. 384/2014).

Su cuantía será equivalente a nueve mensualidades de la base reguladora de la pensión de viudedad si existiera uno solo de los padres, y a 12 mensualidades, si existieran los dos ascendientes (art. 12 Decreto 1646/1972, de 23 de junio).

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador fallece en accidente de trabajo, viviendo con sus padres y careciendo de otros familiares con derecho a pensión, si los padres no reúnen el derecho a la pensión en favor de familiares, sí podrían tener derecho a esta indemnización que sería de nueve o doce mensualidades de la base reguladora en función de que vivieran uno o ambos ascendientes.

CONCEPTOS BÁSICOS A RECORDAR

- Si el causante de la prestación se encuentra en situación de alta o asimilada, para generar pensión de viudedad derivada de enfermedad común deberá tener 500 días de cotización en los cinco años anteriores al fallecimiento.

- Si el fallecido no está en alta o situación asimilada la pensión de viudedad derivada de enfermedad común exige para su reconocimiento un periodo de cotización de 15 años.

- La pensión de orfandad no exige periodo alguno de carencia.

- Cuando el fallecimiento del causante derive de enfermedad común no sobrevinida tras el vínculo conyugal, se exige que el matrimonio se haya celebrado al menos un año antes del fallecimiento, salvo que existan hijos comunes o que se acredite un periodo de convivencia anterior que unido a la duración del matrimonio hubiera superado los dos años.

- En caso de separación o divorcio para acceder a la pensión de viudedad se exige, con carácter general, que el cónyuge que sobrevive esté percibiendo pensión compensatoria y que esta se extinga a consecuencia del fallecimiento.

- En los supuestos de parejas de hecho el beneficiario de la pensión de viudedad ha de acreditar que sus ingresos no alcanzaron el 50 por 100 de los de la pareja o el 25 por 100 si no existieran hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.

- La base reguladora de la pensión de viudedad derivada de enfermedad común o accidente no laboral es el resultado de dividir por 28 la base de cotización de 24 meses consecutivos, elegidos dentro de los 15 años anteriores al fallecimiento del causante.

- Cuando el cónyuge no pueda acceder a la pensión de viudedad, por no acreditar que su matrimonio ha tenido al menos la duración de un año, sin que existan hijos comunes, tendrá derecho a una prestación temporal de viudedad de dos años y de igual cuantía que la pensión de viudedad.

- Si el huérfano no trabaja o sus ingresos son inferiores al SMI tendrá derecho a pensión de orfandad hasta los 25 años.

- La suma de las pensiones por muerte y supervivencia no puede exceder del importe del 100 por 100 de la base reguladora, si bien cuando concurren varias pensiones de orfandad con una pensión de viudedad, siendo el porcentaje a aplicar en esta última el del 70 por 100, podrá superarse el límite anterior, si bien las pensiones de orfandad no podrán superar conjuntamente el 48 por 100 de la base reguladora que corresponda.

10 PRESTACIONES FAMILIARES POR HIJO A CARGO

1. NORMATIVA REGULADORA

- Artículos 235 y ss. TRLGSS.
- Ley de Presupuestos Generales del Estado por la que anualmente se establece el importe de las prestaciones familiares por hijo a cargo.
- Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas.
- Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social.
- LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.
- Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre, que desarrolla las disposiciones establecidas en la Ley 27/2011, en materia de prestaciones de Seguridad Social.

2. CONCEPTO Y MODALIDADES DE PRESTACIONES FAMILIARES

Las prestaciones familiares se reconocen en atención a los hijos de los beneficiarios y tiene por objeto el contribuir al sostenimiento familiar, con ocasión de tener hijos a cargo. Existen dos modalidades de prestación: contributiva y no contributiva.

2.1. Modalidad contributiva

2.1.1. Beneficios en la cotización por cuidado de hijos

El art. 9.1 de la Ley 27/2011 introdujo el beneficio por cuidado de hijos o menores que fue objeto de desarrollo en los arts. 5 a 9 RD 1716/2012, de 28 de diciembre y que actualmente ha sido incorporado como artículo 236 TRLGSS.

Conforme a las disposiciones citadas se computará como periodo cotizado aquel en el que se haya interrumpido la cotización por causa de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones por desempleo producidas entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento y la finalización del sexto año posterior a cualquiera de las situaciones anteriores. La duración de este cómputo como periodo cotizado será de 112 días por cada hijo o menor adoptado o acogido, incrementándose dicho periodo anualmente, a partir de 2013 y hasta el 2018, alcanzando el máximo de 270 días por hijo en el año 2019, a cuya duración nos hemos referido en el epígrafe 5.2.2 del capítulo primero, sin que en

ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización y reconociéndose este beneficio a un solo progenitor, otorgándose el beneficio a la madre en caso de controversia.

Los caracteres de este beneficio por cuidado de hijos son los siguientes:

- Se computa como periodo cotizado el de interrupción de la cotización que derive de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones por desempleo, siempre que dicha interrupción se haya producido entre los nueve meses anteriores al nacimiento (tres meses si se trata de adopción o acogimiento) y la finalización del sexto año posterior a tal situación.

- El beneficio se otorga, básicamente, por la extinción de la relación laboral durante el periodo expresado de los nueve meses anteriores al parto a los seis años posteriores.

- El cómputo del periodo es a todos los efectos, salvo para el cumplimiento del periodo mínimo de cotización exigido.

- La duración es de 112 días por cada hijo, aumentándose hasta alcanzar el máximo de 270 días por hijo en el año 2019.

- La aplicación del beneficio no puede dar lugar a que el periodo total considerado como cotizado supere los cinco años por beneficiario.

- El beneficio se reconoce con independencia del cómputo de 112 días completos de cotización por cada hijo, salvo que la trabajadora hubiera cotizado durante las 16 semanas siguientes al parto, a que se refiere el artículo 235 TRLGSS.

2.1.2. Periodos de cotización asimilados por parto

A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social, se computarán, a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las 16 semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda (art. 235 TRLGSS).

EJEMPLO PRÁCTICO

Manuela acredita 5.200 días de cotización a la Seguridad Social a tiempo completo, por lo que carecería del derecho a la pensión de jubilación al no completar el periodo de 15 años (5.475 días). Sin embargo dado que dicha trabajadora tuvo tres hijos con anterioridad a tener la condición de trabajadora por cuenta ajena, tendrá derecho a que se le computen 112 días por cada hijo, es decir 336 días, ya que en el momento del parto no cotizó durante las 16 semanas correspondientes a prestación de maternidad. Sumando los días de cotización efectiva y los periodos por parto, tendrá derecho a la pensión.

Este beneficio se otorga a las prestaciones que se causen a partir de la entrada en vigor de la Ley de Igualdad, incluidas las prestaciones derivadas del Seguro Obrero de Vejez e Invalidez conforme a reiterada jurisprudencia (SSTS 7 de diciembre de 2010, rec. 1046/2010; 21 de diciembre de 2009, rec. 462/2009 o 2 de marzo de 2010, rec. 945/2009), si bien para estas prestaciones del SOVI no son de aplicación los periodos asimilados por parto respecto de los hijos nacidos con posterioridad a 1 de enero de 1967 (SSTS 12 de diciembre de 2012, rec. 4507/2011 y 15 de octubre de 2012, rec. 375/2012).

En relación con el cómputo de estos 112 días se ha planteado si los hijos han de haber nacido en territorio comunitario o bien si son computables con independencia del lugar de nacimiento, lo que evidentemente tiene un notorio interés práctico sobre todo si se trata de trabajadores extranjeros, habiendo optado por esta última alternativa, la STS de 14 de junio de 2016, rec. 1733/2015.

*2.1.3. Consideración como periodo de cotización efectiva **hasta** tres años del periodo de excedencia por cuidado de cada hijo o menor acogido (art. 237.1 TRLGSS)*

Tendrán la consideración de periodo de cotización efectiva, a efectos de las correspondientes prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, **hasta** tres años del periodo de excedencia que los trabajadores disfruten en razón del cuidado de hijo o menor acogido. El cómputo del plazo de tres años se llevará a cabo con independencia de la fecha de inicio de la situación de excedencia (STS 20 de julio de 2016, rec. 568/2015).

2.1.4. Cómputo como periodo de cotización efectiva del primer año de excedencia por cuidado de otros familiares

Los trabajadores que precisen atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida (art. 46.3, párrafo segundo ET) tendrán derecho a un periodo de excedencia no superior a dos años, considerándose efectivamente cotizado, a efecto de las prestaciones señaladas en el apartado anterior, el primer año de excedencia (art. 237.2 TRLGSS).

2.1.5. Cómputo como cotizado del periodo de suspensión del contrato con reserva del puesto de la trabajadora víctima de violencia de género (art. 165.5 TRLGSS)

El artículo 45.1.n) ET contempla el supuesto de suspensión del contrato de trabajo por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto como consecuencia de ser víctima de violencia de género, suspensión cuya duración inicial no puede superar los seis meses, si bien podrá ser objeto de prórroga por periodos de tres meses y hasta un máximo de 18 meses (art. 48.10 ET).

Esta suspensión de contrato se considera periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y su-

pervivencia, paternidad y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (art. 165.5 TRLGSS).

2.1.6. Incremento al 100 por 100 de las cotizaciones correspondientes a periodos de reducción de jornada en determinados supuestos

2.1.6.1. Reducción de jornada por cuidado de menores

El art. 37.6 ET dispone que aquellos que por razones de guarda legal tengan a su cuidado directo un menor de 12 años, tendrán derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella. En estos casos las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del periodo de reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo.

EJEMPLO PRÁCTICO

Solicitada una reducción de jornada del 50 por 100 para atender al cuidado de un menor de 12 años, la cotización durante el periodo de reducción de jornada será equivalente al salario percibido, si bien durante los dos primeros años la cotización se computará incrementada hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido de no existir la reducción de jornada.

Procede el incremento para las prestaciones causadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 23 de marzo, con independencia de que la reducción de jornada se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma (STS 20 de julio de 2016, rec. 568/2015, para un supuesto de excedencia por cuidado de hijos).

2.1.6.2. Reducción de jornada por cuidado directo de una persona con discapacidad o de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad

El inciso segundo del párrafo primero del art. 37.6 ET regula la reducción de jornada por quien tenga a su cuidado directo a una persona con discapacidad y no desempeñe una actividad retribuida, reducción que se establece con los mismos límites que la reducción por cuidado de menores.

Para estos casos el art. 237.3 TRLGSS, inciso final, mantiene que las cotizaciones realizadas durante el primer año se computarán incrementadas al 100 por 100 para las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y paternidad.

2.1.6.3. Reducción de jornada para el cuidado de un menor afectado por cáncer o por cualquier otra enfermedad grave

El párrafo tercero del art. 37.6 ET regula el derecho a la reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquella, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a cargo afectado por cáncer o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, pudiendo extenderse dicha reducción de jornada hasta que el menor cumpla 18 años.

En este supuesto el art. 237.3, párrafo segundo, TRLGSS dispone que las cotizaciones realizadas durante los periodos de reducción de jornada se computarán también incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal.

2.2. Modalidad no contributiva

2.2.1. Prestación económica por hijo o menor acogido a cargo

2.2.1.1. Sujetos causantes

Generan derecho a esta prestación económica los hijos o menores acogidos de hasta 18 años, así como los mayores de dicha edad afectados por una discapacidad en grado igual o superior al 65 por 100 y que se encuentren a cargo del beneficiario, con independencia de la naturaleza de su filiación.

El hijo estará a cargo cuando viva con el beneficiario y a sus expensas, considerándose que la separación transitoria por razón de estudios, trabajo, tratamiento médico, rehabilitación o causas similares, no rompe el requisito de convivencia. Por el contrario, pierde la condición de hijo o menor acogido a cargo, el que realice un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena, salvo que continúe viviendo con el beneficiario y perciba rentas inferiores al 100 por 100 del SMI en cómputo anual, o perciba una prestación contributiva de carácter público, salvo la de orfandad o de pensión en favor de familiares de nietos y hermanos en los términos establecidos en el RD 364/2004 y RD 1335/2005.

En el supuesto de hijos mayores de 18 años, la determinación del grado de discapacidad habrá de llevarse a cabo por los Equipos de Valoración y Orientación del IMSERSO, o los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, debiendo valorarse los factores físicos, psíquicos, sensoriales y sociales complementarios, mediante la aplicación del baremo recogido en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre.

2.2.1.2. Beneficiarios

Son beneficiarios de la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo las personas que reúnan los siguientes requisitos (art. 352 TRLGSS):

– Residir legalmente en territorio español tanto el beneficiario como el causante del derecho. No obstante, la jurisprudencia ha reconocido el derecho en supuestos de hijos de emigrantes residentes en el extranjero, pero dependientes económicamente.

Se considera cumplido este requisito en el supuesto de trabajadores trasladados por su empresa fuera del país, que se encuentren en situación asimilada a la de alta y coticen en el correspondiente régimen de Seguridad Social [art. 10.1 a) Real Decreto 1335/2005].

– No tener derecho, ni el padre ni la madre, a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social.

– No percibir ingresos totales de cualquier naturaleza que, en cómputo anual, superen el límite máximo establecido para cada año en la Ley de Presupuestos, cuya cuantía se incrementa en un 15 por 100 por cada hijo o menor acogido a cargo, a partir del segundo, incluido este. No se exige límite de recursos económicos en los supuestos de hijos o menores acogidos discapacitados.

Igualmente podrán ser beneficiarios de estas prestaciones quienes perciban ingresos anuales, por cualquier naturaleza, que superen el límite establecido pero sean inferiores a la cuantía que resulte de sumar a dicha cantidad el producto de multiplicar el importe anual de la asignación por hijo o menor acogido por el número de hijos o menores acogidos a cargo de los beneficiarios [art. 10.1.c) RD 1335/2005].

Debe tenerse en cuenta que cuando el causante de la prestación (hijo o menor a cargo) forme parte de una familia numerosa, el límite de ingresos se incrementa conforme a lo establecido en el Ley 40/2003, de 18 de noviembre [art. 352.1.c) TRLGSS].

2.2.1.3. Cuantía ordinaria de la asignación

– En el supuesto de hijo o menor de 18 años acogido la cuantía de la asignación, para 2019, asciende a 291 euros anuales, si no se encuentra afectado por ninguna discapacidad. Si tuviera la condición de discapacitado en grado igual o superior al 33 por 100, dicha asignación es de 1.000 euros anuales.

– Para los hijos a cargo mayores de 18 años la asignación en 2019 es de 4.704 euros anuales cuando el hijo esté afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por 100, y de 7.056 euros anuales si el hijo a cargo está afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 75 por 100 y precisa la ayuda de otra persona para realizar los actos **esenciales** de la vida cotidiana.

2.2.1.4. Reducción de la asignación por superar el límite de ingresos anuales

Ya se ha dicho anteriormente que el límite de recursos económicos no se exige en los supuestos de hijos o menores acogidos que tengan la condición de discapacitados, de

forma que sólo procede la cuantificación anual de los ingresos del beneficiario cuando nos hallemos en presencia de hijos o menores acogidos que sean menores de 18 años y no discapacitados.

Cuando los ingresos del beneficiario, de cualquier naturaleza, superen el límite anual, pero sean inferiores al resultado de sumar a dicho límite la cantidad que corresponda en concepto de asignación por los hijos a su cargo, la diferencia entre los ingresos del beneficiario y la suma así obtenida constituye el importe anual de la asignación.

2.2.2. Prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo en familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres discapacitadas

2.2.2.1. Hijos que dan derecho a la prestación

Serán causantes los hijos nacidos o adoptados en una familia numerosa o que, con tal motivo, adquiera dicha condición; también los nacidos en una familia monoparental y cuando la madre padezca una discapacidad igual o superior al 65 por 100, siempre que el nacimiento se haya producido en territorio español o que la adopción se haya constituido o reconocido por autoridad española competente (arts. 357 y 358 TRLGSS).

Se entiende como nacido el feto que tuviere figura humana y viviera 24 horas enteramente desprendido del seno materno (art. 30 del Código Civil).

Para la consideración de familia numerosa se estará a lo establecido en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas.

Se entiende por familia monoparental la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido o adoptado y que es el único sustento de la familia.

2.2.2.2. Beneficiarios de la prestación y requisitos

Son beneficiarios los progenitores o adoptantes, siempre que:

- Residan legalmente en España.
- No perciban ingresos anuales, de cualquier naturaleza, que en cómputo anual superen el límite establecido para cada año en la Ley de Presupuestos.
- Que no tengan derecho a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social.

2.2.2.3. Cuantía de la prestación

La prestación se abona en un pago único, cuya cuantía asciende a 1.000 euros, siempre que los ingresos del beneficiario no rebasen el límite anualmente establecido. Cuando los ingresos superen el límite máximo, pero sean inferiores a la suma de dicho límite y el importe de la prestación, la cuantía a abonar será igual a la diferencia entre los ingresos percibidos por el beneficiario y el indicado importe conjunto.

2.2.2.4. Compatibilidades

La prestación resulta compatible con:

- La prestación por parto o adopción múltiple causada por el mismo sujeto.
- La prestación económica por hijo o menor acogido a cargo.
- La pensión de orfandad y en favor de nietos y hermanos que, en su caso, pueda corresponder.
- Otras ayudas análogas concedidas por una Administración local o autonómica.
- El subsidio de maternidad por parto múltiple causada por un mismo sujeto.

2.2.2.5. Incompatibilidades

La prestación es incompatible cuando concurren en ambos progenitores o adoptantes las circunstancias para tener la condición de beneficiarios, siendo reconocido el derecho en favor de uno de ellos. También es incompatible con cualquier otra prestación análoga establecida en cualquier otro régimen de Seguridad Social o en regímenes públicos de prestación social.

2.2.3. Prestación económica de pago único por parto o adopción múltiple

Son causantes de la prestación los hijos nacidos de partos múltiples, cuando el número de nacidos sea igual o superior a dos, así como los hijos adoptados mediante una adopción múltiple cuando el número de adoptados sea igual o superior a dos, y el nacimiento o adopción sea en España o, de producirse en el extranjero, se reintegre de forma inmediata a un núcleo familiar con residencia en España.

En los casos de parto o adopción múltiple, cuando uno de los hijos nacidos o adoptados esté afectado por una discapacidad igual o superior al 33 por 100 computará doble.

Serán beneficiarios de la prestación cualquiera de los progenitores o adoptantes en el supuesto de convivencia, determinándose de común acuerdo por los mismos. Se presumirá que existe acuerdo cuando la prestación se solicite por uno de aquellos. A falta de acuerdo será beneficiaria la madre.

Cuando los progenitores o adoptantes no convivan, será beneficiario el que tenga a su cargo la guarda o custodia de los hijos.

En el supuesto de que los hijos causantes sean huérfanos de padre y madre o estén abandonados será beneficiario de la prestación económica la persona que legalmente haya de hacerse cargo de ellos (art. 25 RD 1335/2005).

La cuantía de la prestación económica por parto múltiple es la siguiente (art. 359 y 360 TRLGSS):

- Por dos hijos nacidos o adoptados, cuatro veces el importe del SMI.
- Por tres hijos nacidos o adoptados, ocho veces el importe del SMI.
- Por cuatro o más hijos nacidos o adoptados, doce veces el importe del SMI.

CONCEPTOS BÁSICOS A RECORDAR

- Existen dos modalidades de prestaciones familiares por hijo a cargo: las contributivas y las no contributivas.
- Las prestaciones contributivas son, entre otras, beneficios en la cotización por cuidado de hijos, los periodos de cotización asimilados por parto y la consideración como periodo cotizado de la excedencia por cuidado de hijos.
- El beneficio en la cotización por cuidado de hijos no es computable para alcanzar el periodo mínimo de carencia de la prestación de que se trate.
- El beneficio por cuidado de hijos se otorga por la extinción de la relación laboral durante los nueve meses anteriores al parto y los seis años posteriores.
- Los periodos de cotización asimilados por parto son compatibles con los beneficios por cuidado de hijos.
- El periodo de excedencia por cuidado de hijos no tiene la consideración de periodo cotizado a efectos de la prestación por desempleo.
- Pueden generar la prestación económica por hijo los menores de 18 años o mayores de dicha edad con discapacidad igual o superior al 65 por 100, siempre que los beneficiarios reúnan el resto de requisitos exigibles.
- Se causa el derecho a la prestación económica de pago único por parto múltiple cuando el número de hijos nacidos sea igual o superior a dos.
- Cuando uno de los hijos nacidos esté afectado de una discapacidad igual o superior al 33 por 100, computará doble a efectos del abono de la indemnización de pago único por parto múltiple.
- La cuantía de la prestación por parto múltiple es la de cuatro veces el Salario Mínimo Interprofesional por dos hijos nacidos, ocho veces el citado Salario Mínimo por tres hijos y doce veces por cuatro o más hijos.

1. NORMATIVA REGULADORA

- Arts. 262 y ss. TRLGSS.
- Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolló la Ley de Protección por Desempleo, modificado por Real Decreto 200/2006, de 17 de febrero.
- Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada.
- Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.
- Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo.
- Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.
- RDL 4/2013, de 22 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.
- Arts. 269.2 y 270.1 sobre protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial.
- Real Decreto 950/2018, de 27 de julio, sobre prestación por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial.

2. CONCEPTO

La prestación por desempleo en su modalidad contributiva tiene por objeto proporcionar prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir como consecuencia de la pérdida de un empleo anterior, de la suspensión temporal del contrato de trabajo o de la reducción temporal de la jornada.

3. BENEFICIARIOS

3.1. Trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social

La inclusión de los trabajadores por cuenta ajena se produce siempre que tengan previsto cotizar por la contingencia por desempleo (art. 264.1 TRLGSS). Por ello, quedan fuera de esta protección aquellos trabajadores cuyo régimen jurídico les excluye expresamente del disfrute de la prestación.

La mera inclusión en el RGSS no genera automáticamente la condición de trabajador por cuenta ajena, ni tampoco el derecho al percibo de prestación por desempleo, y así por ejemplo los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas [artículo 136.2.c) TRLGSS] figuran en el Régimen General y carecen de esta protección. En otros casos, como sucede con los trabajos en el ámbito familiar, será necesario acreditar que se prestan servicios por cuenta ajena, ya que de no ser así dichos trabajos familiares quedan excluidos del RGSS (SSTSJ Galicia de 19 de septiembre de 2014, rec. 3413/2012 y Canarias/Tenerife de 10 de julio de 2013, rec. 645/2012).

Tratándose de trabajadores extranjeros tendrán derecho a la prestación siempre que, acreditada la situación legal de desempleo mantengan su residencia legal en territorio nacional (SSTS 12 de junio de 2018, rec. 3458/2016 y 24 de marzo de 2017, rec. 85/2016, para supuestos de médicos residentes extracomunitarios cuya relación laboral se extingue por finalización del programa de formación).

3.2. Trabajadores por cuenta ajena incluidos en los regímenes especiales que protegen esta contingencia [art. 264.2.b) TRLGSS]

Integraban este colectivo, hasta el 31 de diciembre de 2011, los trabajadores agrícolas por cuenta ajena de carácter fijo y eventual incluidos en el Régimen Especial Agrario, debiendo tenerse en cuenta que la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, ha procedido a su integración en el Régimen General del Régimen Especial Agrario, como sistema especial; los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial de la Minería del Carbón y los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial de Trabajadores del Mar. Asimismo el Real Decreto 3064/1982, de 15 de octubre, extiende las prestaciones por desempleo a trabajadores que presten servicios retribuidos a la parte en determinadas embarcaciones pesqueras.

3.3. Funcionarios interinos, personal eventual y personal contratado en régimen de derecho administrativo al servicio de las Administraciones públicas, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia

Tiene reconocida la condición de beneficiario de prestación por desempleo el personal contratado de colaboración temporal y funcionarios de empleo de la Administración pública; personal de empleo interino de la Administración de Justicia y personal de escalas de complemento y reserva naval y clases de tropa y marinería profesionales [art. 264.1.d) TRLGSS], produciéndose la situación legal de desempleo con motivo de la extinción de la relación administrativa, si bien el TS ha reconocido también el derecho a la prestación contributiva a funcionarios interinos que han visto reducida temporalmente su jornada de trabajo, sin que se hubiera producido por tanto la extinción del contrato de trabajo (SSTS 20 de julio de 2016, rec. 290/2015 y 14 de junio de 2016, rec. 292/2015, entre otras).

3.4. Miembros de las corporaciones locales y cargos representativos de los sindicatos

La inclusión de estos colectivos, junto a los miembros de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales, Cabildos Insulares Canarios y Consejos Insulares Baleares, se llevó a cabo por la Ley 37/2006, de 7 de diciembre, estableciendo que serán objeto de protección por desempleo siempre que desempeñen sus respectivos cargos con dedicación exclusiva o parcial y percibiendo una retribución [art. 264.1.e) TRLGSS].

EJEMPLO PRÁCTICO

Juan presta servicios como trabajador fijo en una empresa de construcción cuando es elegido concejal del Ayuntamiento de su localidad, solicitando la situación de excedencia forzosa en la empresa, al tener previsto dedicarse en exclusiva a las funciones municipales. El Ayuntamiento de su localidad le da de alta en el Régimen General de la Seguridad Social y permanece en su puesto de concejal durante dos mandatos consecutivos, por un periodo de ocho años.

Al cesar como concejal solicita la readmisión y dado que la empresa ha amortizado su puesto de trabajo, dicha readmisión no se produce, por lo que previos los trámites oportunos se reconoce la existencia de un despido improcedente, optando la empresa por el abono de la indemnización.

En este caso el trabajador tendría derecho a percibir prestación por desempleo y se computaría, a efectos de duración y cuantía de la prestación, las cotizaciones realizadas durante la situación de excedencia forzosa.

229

3.5. Altos cargos de las Administraciones públicas [art. 264.1.f) TRLGSS]

En este caso la protección por desempleo se otorga siempre que mantengan dedicación exclusiva, perciban retribuciones y no sean funcionarios públicos, excluyéndose a los altos cargos que tengan derecho a percibir retribuciones, indemnizaciones o cualquier otro tipo de prestación compensatoria como consecuencia de su cese.

3.6. Penados que hubieran sido liberados de prisión por cumplimiento de condena o libertad condicional y emigrantes retornados [art. 264.1.c) TRLGSS]

Con relación a los liberados de prisión, que la concesión del tercer grado penitenciario no significa que se tenga la condición de liberado de prisión y por tanto en estos casos se produce una anómala situación ya que ni pueden reanudar la prestación que hubiera quedado suspendida, en su caso, por el ingreso en prisión, ni tampoco es posible solicitar el subsidio por excarcelación (STSJ Navarra de 5 de marzo de 2010, rec. 333/2009).

En cuanto a los emigrantes retornados, son únicamente los que no proceden de países del Espacio Económico Europeo o asimilados, ya que si el emigrante retornado procede de un país de la Unión Europea la normativa a aplicar es la comunitaria, nor-

mativa que exige haber cotizado en último lugar en el país en el que se solicita la prestación (SSTS 7 de febrero de 2012, rec. 1781/2011 y 24 de enero de 2011, rec. 1054/2011).

3.7. Socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado que figuren incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social

La inclusión de los socios trabajadores se lleva a cabo por RD 1043/1985, de 19 de junio, ampliándose posteriormente la protección a los supuestos de suspensión de contrato o reducción de jornada por medio de RD 42/1996, de 19 de enero.

3.8. Socios trabajadores de sociedades laborales que formen parte de los órganos de administración de la sociedad [art. 136.2.e) TRLGSS]

La Disposición adicional cuadragésima séptima de la Ley 27/2011, dispone que los socios trabajadores de las sociedades laborales, cuando el número de socios no sea superior a veinticinco, aun cuando formen parte del órgano de administración social, tengan o no competencias directivas, disfrutarán de todos los beneficios de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena que corresponda en función de su actividad, así como la protección por desempleo y el Fondo de Garantía Salarial.

4. REQUISITOS DE ACCESO A LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Para acceder a la prestación es necesario que el trabajador se halle en situación de alta o asimilada, que se halle en situación legal de desempleo, que reúna un periodo mínimo de cotización y que no haya cumplido la edad ordinaria de jubilación, salvo que no tenga acreditado el periodo de cotización exigido para acceder a la pensión de jubilación.

4.1. Situación de alta o asimilada [art. 266.a) TRLGSS]

Es necesario que el trabajador/a se encuentre afiliado y en alta, o situación asimilada, en algún Régimen que contemple la contingencia por desempleo. Para la prestación por desempleo se consideran situaciones asimiladas a la de alta:

- La excedencia forzosa por elección para un cargo público o sindical.
- La excedencia por cuidado de hijos.
- Retorno de trabajadores emigrantes.
- Liberación por cumplimiento de condena o libertad condicional.
- Los trabajadores fijos discontinuos no llamados al reiniciarse la actividad laboral.

Las situaciones asimiladas al alta, durante las cuales no existe la obligación de cotizar, se consideran un periodo neutro a efectos del cómputo de ocupación cotizada.

4.2. Situación legal de desempleo y medios para su acreditación (art. 267 TRLGSS)

La situación legal de desempleo determina el momento a partir del cual comienza a devengarse la prestación por desempleo.

Básicamente se produce esta situación cuando se extingue o se suspende el contrato de trabajo o se reduce temporalmente la jornada, aunque existen determinadas situaciones no vinculadas a estos supuestos.

4.2.1. Por extinción de la relación laboral

Constituyen situaciones legales de desempleo los siguientes supuestos de extinción del contrato de trabajo:

- Despido colectivo acordado por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 51 ET [art. 267.1.a) 1º TRLGSS].
- Auto del juez del concurso aprobando el expediente de regulación de empleo al amparo del art. 64 y Disposición Final 16ª Tres de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio.
- Por muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, cuando no exista continuador de la actividad [art. 267.1.a) 2º TRLGSS y art. 49.1.g) ET].
- Por despido [art. 267.1.a) 3º TRLGSS].

En el supuesto de despido, la situación de desempleo se acredita mediante carta de despido, acta de conciliación, administrativa o judicial, o sentencia judicial.

EJEMPLO PRÁCTICO

Un trabajador incurre en un incumplimiento grave y culpable del contrato y no obstante ello estará en situación legal de desempleo dado que resulta intrascendente la concurrencia de causa justificativa del despido para la obtención de prestación por desempleo.

- Por extinción del contrato por causas objetivas del art. 52 ET [art. 267.1.a) 4º TRLGSS].

Para acreditar la situación legal de desempleo es suficiente la carta de despido de la empresa, con independencia de que pueda formularse demanda por despido.

- Por resolución voluntaria por parte del trabajador, en los supuestos previstos en los artículos 40.1 y 41.3 ET, relativos al traslado y a la modificación sustancial de condiciones de trabajo que cause perjuicio acreditado al mismo [art. 267.1.a) 5º TRLGSS].

EJEMPLO PRÁCTICO

Una empresa decide la modificación del horario a un trabajador, alegando causas organizativas. Dado que el nuevo horario resulta incompatible con sus estudios, este decide la extinción de su contrato de trabajo al amparo del art. 41.3 del ET, con derecho al percibo de la indemnización correspondiente. En la situación descrita el trabajador se encontrará en situación legal de desempleo y podrá acceder al percibo de la prestación correspondiente. No se producirá esta situación, si no se acredita la existencia de perjuicio real ante la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

– Por resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador, basada en incumplimiento de las obligaciones del empresario, al amparo del art. 50 ET.

Para que exista en este caso situación legal de desempleo es suficiente que la empresa reconozca la existencia de su incumplimiento en acto de conciliación y se avenga a la resolución del contrato (STS 14 de julio de 1994, rec. 432/1994 y STSJ Castilla-La Mancha de 27 de enero de 1995, rec. 985/1994). De no ser así se precisa sentencia judicial.

EJEMPLO PRÁCTICO

Una empresa viene retrasando continuamente el pago del salario, e incluso llega en ocasiones a adeudar periodos que abarcan varios meses. En esta situación el trabajador decide plantear la resolución de su contrato con derecho a indemnización. Si la empresa se aviniera en conciliación a la pretensión del trabajador, el acta de conciliación permitiría acreditar la situación legal de desempleo. Si no existiera acuerdo en conciliación se plantearía demanda ante el Juzgado de lo Social y la sentencia que declare resuelto el contrato posibilitará el acceso a la prestación.

– Por terminación del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que dichas causas no hayan actuado por denuncia del trabajador [art. 267.1.a) 6º TRLGSS y art. 1.1.j) Real Decreto 625/1985].

– Por resolución de la relación laboral, durante el periodo de prueba, a instancia del empresario, siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en este apartado, o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción [art. 267.1.a) 7º TRLGSS].

– Resolución voluntaria de la trabajadora víctima de la violencia de género.

– Extinción de la relación administrativa por causa distinta a la voluntad del empleado.

4.2.2. Por suspensión de la relación laboral [art. 267.1.b) TRLGSS]

El contrato de trabajo puede ser suspendido por las siguientes vías:

– Decisión del empresario siguiendo el procedimiento del art. 47 ET, con fundamento en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

– Resolución de la autoridad laboral recaída en expediente de fuerza mayor.

– Auto del juez mercantil autorizando la suspensión de los contratos al amparo de lo establecido en el artículo 64 de la Ley Concursal.

– Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género (art. 45.n ET).

En la suspensión del contrato por decisión empresarial la situación legal de desempleo se acredita por comunicación del empresario indicando la causa y fecha de efectos.

4.2.3. Por reducción temporal de la jornada ordinaria entre un 10 y un 70 por ciento por decisión del empresario al amparo del artículo 47 ET [art. 267.1.c) TRLGSS]

Con carácter general los trabajadores a jornada completa no pueden ver reducida su jornada de trabajo por decisión empresarial al amparo del art. 41 ET, ya que la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador, sin que quepa imponerlo de forma unilateral por la empresa. Por ello, si el trabajador voluntariamente acepta la reducción definitiva de jornada, carece del derecho a la prestación por desempleo en base a la reducción operada, ya que tal reducción no comporta situación legal de desempleo.

Por el contrario, si la reducción tiene carácter temporal y se produce por decisión del empresario siguiendo el procedimiento del artículo 47 ET, la comunicación sobre reducción de jornada constituye situación legal de desempleo.

EJEMPLO PRÁCTICO

Una empresa propone a 10 trabajadores de su plantilla la conversión de los contratos de trabajo a tiempo completo en contratos a tiempo parcial, siendo aceptada por los trabajadores la propuesta empresarial, la cual implica la reducción de jornada en un 40 por 100. En este caso los trabajadores carecen del derecho a prestación por desempleo por la reducción de jornada, ya que la misma no se considera como situación legal de desempleo.

Si la misma empresa decide reducir temporalmente la jornada a otros trabajadores, invocando idénticas razones y siguiendo el procedimiento del art. 47 ET, los trabajadores afectados tendrán derecho a la prestación por desempleo, al tratarse de reducción temporal por decisión del empresario.

233

4.2.4. Por finalización o interrupción de la actividad de los trabajadores fijos discontinuos [art. 267.1.d) TRLGSS]

La situación legal de desempleo se acreditará por los trabajadores mediante el contrato de trabajo o la comunicación de la empresa en la que se haga constar la finalización de la campaña o temporada, o bien la existencia de interrupción de la actividad.

4.2.5. Por retorno a España de los trabajadores emigrantes a los que se les extingue la relación laboral en el extranjero [art. 267.1.e) TRLGSS]

Para acreditar la situación legal de desempleo, los emigrantes retornados deberán aportar certificación del organismo administrativo competente en materia de emigración, en el que conste la fecha de retorno, el tiempo trabajado en el país extranjero, el periodo de ocupación cotizada, en su caso, así como que no tienen derecho a prestación por desempleo en dicho país, y siempre que acrediten cotización suficiente antes de salir de España.

4.2.6. Por cese de los miembros de las Corporaciones Locales, de los cargos representativos de los Sindicatos y de los altos cargos de las Administraciones públicas [art. 267.1.f) TRLGSS]

En todos estos casos se considera situación legal de desempleo, el cese involuntario y con carácter definitivo en los correspondientes cargos, o aunque manteniendo el cargo, se pierda con carácter involuntario y definitivo la dedicación exclusiva o parcial.

La situación de desempleo se acredita por certificación del órgano competente de la Corporación Local o de la Administración o del Sindicato, junto con una declaración del titular del cargo cesado de que no se encuentra en situación de excedencia forzosa ni en ninguna otra que le permita el reingreso a un puesto de trabajo.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si como consecuencia de la celebración de un congreso cesan en los cargos electivos sindicales quienes anteriormente los ocupaban con dedicación exclusiva y percibiendo una retribución, el cese en cuestión constituye situación legal de desempleo, teniendo derecho los afectados al percibo de las correspondientes prestaciones por desempleo en función del tiempo cotizado, siempre que no se encuentre en situación de excedencia forzosa o en cualquier otra situación, que les permitirá su reincorporación al trabajo.

234

4.2.7. Por declaración de incapacidad permanente total del trabajador

Declarada la situación de incapacidad permanente total, que extingue el contrato de trabajo, el trabajador puede optar entre percibir la pensión de incapacidad que le haya sido reconocida, o acceder a la situación de desempleo, quedando en suspenso la pensión de invalidez. La resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social declarando la incapacidad es suficiente para acceder a la prestación [art. 1.1.l) RD 625/1985].

4.2.8. La liberación de prisión por cumplimiento de condena o libertad condicional

La situación legal de desempleo se acredita mediante certificación del director del establecimiento penitenciario, en la que deben constar las fechas de ingreso en prisión y excarcelación, así como el periodo de ocupación cotizada, en su caso, durante la privación de libertad. La situación legal de desempleo se entiende producida con la excarcelación.

4.2.9. Por el cese en las relaciones administrativas de empleo público

Los funcionarios de empleo de las Administraciones públicas, los de la Administración de Justicia y el personal de las Escalas de Complemento, Reserva Naval y Clases de Tropa y Marinería Profesionales acreditarán la situación legal de desempleo mediante certificación de la terminación de servicios expedida por la Administración pública competente [art. 1.1.d) RD 625/1985].

4.2.10. Por extinción del contrato de trabajo de los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado que figuren en el Régimen General de la Seguridad Social

En estos casos el socio cooperativista tiene derecho al reconocimiento de la situación legal de desempleo cuando se produzca su expulsión de la cooperativa, cuya improcedencia haya sido judicialmente declarada, y cuando cese por causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor. También puede quedar en situación legal de desempleo en los supuestos de cese temporal en la prestación de trabajo o reducción temporal de la jornada (RD 1043/1985 y RD 42/1996). Asimismo constituye situación legal de desempleo la finalización de la relación societaria temporal de los socios trabajadores de cooperativas (arts. 2, 3 y 5 del RD 1043/1985).

4.2.11. Supuestos que no constituyen situación legal de desempleo (art. 267.2 TRLGSS)

- El cese voluntario en el trabajo, salvo la resolución de contrato por traslado forzoso o modificación sustancial de condiciones de trabajo que originen perjuicio al trabajador, o por alguna de las circunstancias previstas en el art. 50 del ET.

- La no reincorporación al trabajo de los trabajadores cuyo despido sea declarado nulo o improcedente, optando la empresa en este último caso por la readmisión.

- La no solicitud de reingreso en los casos y plazos establecidos en la legislación vigente, cuando el contrato se halla suspendido por cualquier causa.

Se incluirían en esta situación los supuestos de excedencia forzosa con reserva de puesto de trabajo (art. 46.1 ET), o la no reincorporación dentro de los plazos establecidos en el artículo 48 ET para los supuestos de suspensión con reserva de puesto de trabajo.

- La suspensión del contrato de trabajo por huelga o cierre patronal.

- La no acreditación de disponibilidad para buscar empleo activamente, ni para aceptar colocación adecuada, aun cuando se encuentre el trabajador en situación legal de desempleo.

4.3. Permanecer inscrito como demandante de empleo y suscribir el compromiso de actividad (art. 268.1 TRLGSS)

Entre las obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo figura la de inscribirse como demandante de empleo, mantener la inscripción y cumplir las exigencias del compromiso de actividad en los términos legalmente establecidos.

Estas obligaciones no son exigibles a los trabajadores ingresados en prisión y que acrediten cargas familiares, los cuales pueden continuar percibiendo prestaciones reconocidas con anterioridad al ingreso en prisión o bien pueden solicitarlas con posterioridad al encarcelamiento (STS 10 de diciembre de 2012, rec. 4389/2011).

4.4. Tener cubierto un periodo mínimo de cotización [art. 266.b) TRLGSS]

Para acceder a la prestación contributiva por desempleo es preciso tener cubierto un periodo mínimo de cotización de 360 días dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento en que cesó la obligación legal de cotizar, sin que sea preciso que el período mínimo se cotice de modo continuado.

4.5. No haber cumplido la edad ordinaria de jubilación, salvo que no se tenga acreditado el periodo de cotización requerido para devengar la correspondiente prestación [art. 266.d) TRLGSS]

Si el trabajador/a ha cumplido la edad de jubilación y reúne la cotización necesaria para acceder a la pensión, no procede reconocer prestación por desempleo. Si pese a cumplir la edad de jubilación no reúne la cotización necesaria, en tal caso sí puede percibir prestación por desempleo con posterioridad al cumplimiento de la edad de jubilación.

EJEMPLO PRÁCTICO

Un trabajador cumple la edad de jubilación, siendo en ese momento beneficiario de prestación por desempleo, desde seis meses antes. En el momento de cumplir dicha edad tiene acreditados un total de 14 años de cotización, por lo que no reúne el requisito de cotización general para acceder a pensión de jubilación. En este caso el trabajador podría continuar percibiendo prestación por desempleo, sirviendo el periodo posterior al cumplimiento de la edad de jubilación para completar el periodo de carencia. Si el trabajador cuando cumple la edad de jubilación reúne las cotizaciones necesarias para acceder a dicha pensión, entonces no podría continuar percibiendo prestación por desempleo.

5. DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN

5.1. Regla general

La prestación por desempleo tiene claro carácter contributivo, de aquí que se denomine prestación contributiva por desempleo, lo que significa que la duración de la prestación se calcula en función del periodo previo de cotización.

En concreto, para determinar su duración habrá de atenderse al periodo de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, si bien se ha entendido que no son computables a efectos de determinar el periodo de ocupación cotizada los servicios prestados por trabajador extranjero sin permiso de trabajo y de residencia (SSTS, dos sentencias, de 31 de enero de 2017, rec. 1153/2015 y 3345/2015).

Tratándose de trabajadores a tiempo parcial se computará el periodo en el que el trabajador haya permanecido en alta, con independencia de que se hayan trabajado todos los días laborables o solo una parte de los mismos, excluidos los periodos de inactividad productiva a que se refiere el artículo 267.1 TRLGSS (art. 3.4 RD 625/1985, en la redacción dada por RDL 950/2018, de 27 de julio).

Para calcular la duración de la prestación se aplica la siguiente escala (art. 269 TRLGSS).

PERIODO DE OCUPACIÓN COTIZADA EN LOS 6 ÚLTIMOS AÑOS	DURACIÓN DE LA PRESTACIÓN
Desde 360 hasta 539 días	120 días
Desde 540 hasta 719 días	180 días
Desde 720 hasta 899 días	240 días
Desde 900 hasta 1.079 días	300 días
Desde 1.080 hasta 1.259 días	360 días
Desde 1.260 hasta 1.439 días	420 días
Desde 1.440 hasta 1.619 días	480 días
Desde 1.620 hasta 1.799 días	540 días
Desde 1.800 hasta 1.979 días	600 días
Desde 1.980 hasta 2.159 días	660 días
Desde 2.160 días	720 días

Es frecuente que cuando el trabajador está percibiendo prestación por desempleo sea objeto de una nueva contratación, en cuyo caso lógicamente se suspenderá la prestación por desempleo. Si dicha contratación supera el plazo de 360 días y por tanto el trabajador ha generado una nueva prestación por desempleo, al finalizar el contrato se encontraría con la posibilidad de poder optar entre la nueva prestación generada o el desempleo que le queda del periodo anterior a su contratación, en cuyo caso, las cotizaciones nuevas no sirven para un futuro derecho. En ningún caso se acumula lo que quedara de prestación y el nuevo derecho (art. 269.3 TRLGSS).

EJEMPLO PRÁCTICO

A un trabajador se le reconoce el derecho a la prestación por desempleo por un periodo de dos años (720 días). Cuando ha agotado el primer año se le hace un contrato temporal de dos años de duración y por tanto genera en estos dos años el derecho a prestación por desempleo por 240 días.

Al finalizar el contrato y pasar a la situación legal de desempleo, el trabajador puede optar entre reanudar la prestación que venía percibiendo antes del contrato de dos años, de la que aún le restan 360 días, o bien puede solicitar nueva prestación en base a las cotizaciones de este último contrato, que le serían reconocidas por un periodo de 240 días.

Lo anterior significa que el trabajador ha de optar por una u otra prestación, pero en ningún caso es posible que se acumulen ambos periodos.

5.2. Cómputo correspondiente al periodo de vacaciones no disfrutadas (art. 269.4 TRLGSS)

En el caso de que el periodo que corresponde a las vacaciones anuales retribuidas no haya sido disfrutado con anterioridad a la finalización de la relación laboral, o con anterioridad a la finalización de la actividad de temporada o campaña de los trabajadores fijos discontinuos, dicho período se computará como de cotización efectiva a los efectos de determinar la duración de la prestación.

5.3. Reglas especiales para la determinación de la duración de la prestación de los trabajadores fijos discontinuos

En el Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo de 9 de mayo de 2006 se estableció (apartado III.1.5º) que los trabajadores fijos discontinuos cuando no hayan extinguido el derecho a una prestación anterior y acrediten nuevos periodos de cotización de al menos 360 días, podrán optar entre reanudar el derecho anterior o percibir uno nuevo en base a las cotizaciones realizadas, si bien cuando hubiera optado por reanudar el derecho suspendido “las cotizaciones tenidas en cuenta para la prestación por la que no hubiera optado se computarán para el reconocimiento de un derecho posterior”, indicándose que corresponde al SPEE adoptar las instrucciones precisas para el cumplimiento de lo acordado, habiéndose dictado a tal fin la instrucción de la Subdirección General de Prestaciones de 21 de junio de 2006 que recoge el anterior criterio.

6. CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

La prestación contributiva por desempleo supone el abono de una prestación económica de pago periódico, que puede ser sustituida por una prestación de pago único, y además el derecho a cotización a la Seguridad Social en el periodo durante el cual se percibe la prestación.

6.1. Prestación económica de pago periódico: cuantía

Los elementos que van a permitir calcular el importe de la prestación son la base reguladora y el porcentaje aplicable.

6.1.1. Base reguladora

Está constituida por el promedio de la base de cotización por desempleo correspondiente a los ciento ochenta días anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento en que cesó la obligación de cotizar (art. 270.1 TRLGSS).

En los supuestos de reducción de jornada previstos en el art. 37 ET, apartados 5, 6 y 8 (nacimiento de hijos prematuros, guarda legal de menores o de personas con discapacidad, cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad

o afinidad, cuidado de menores de 18 años afectados por cáncer o enfermedad grave y mujeres víctimas de violencia de género), para el cálculo de la base reguladora las bases de cotización realizadas por jornada reducida se incrementarán al 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido de no haberse llevado a cabo la reducción de jornada (art. 270.6 TRLGSS).

EJEMPLO PRÁCTICO

Si una mujer víctima de violencia de género redujo su jornada de trabajo y posteriormente se ve en la necesidad de suspender o extinguir su contrato, pasando a la situación legal de desempleo, el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo se llevará a cabo elevando al 100 por 100 las bases correspondientes al periodo de reducción de jornada, o lo que es lo mismo se calculará la base reguladora como si no hubiera existido la reducción.

6.1.2. Porcentaje de aplicación sobre la base reguladora (art. 270.2 TRLGSS)

Conocida la base reguladora, para determinar la cuantía exacta de la prestación por desempleo procederá la aplicación de un porcentaje sobre dicha base que será del 70 por 100 durante los 180 primeros días de la prestación y del 50 por 100 a partir del día 181.

6.1.3. Cálculo de la prestación de los trabajadores a tiempo parcial o por reducción temporal de jornada

Si un trabajador en los 180 días anteriores a la situación legal de desempleo ha venido cotizando a tiempo parcial, la base reguladora de la prestación se calculará tomando en cuenta las cotizaciones totales realizadas en ese periodo y dividiendo su importe por 180, aplicando a continuación el porcentaje del 70 por 100 o del 50 por 100.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador presta servicios a tiempo parcial y ha cotizado en los últimos ciento ochenta días 3.260 euros, resultará que dividiendo el importe por 180 días se obtiene una base reguladora de 18,11 euros diarios, a las que procede aplicar el porcentaje del 70 por 100 durante los 180 primeros días, y el del 50 por 100 a partir del día 181.

Para los trabajadores a tiempo parcial cada día trabajado, con independencia de la jornada realizada, equivale a día cotizado.

Si la situación legal de desempleo se produce por reducción temporal de jornada, autorizada por resolución administrativa, la base reguladora será también la de los últimos 180 días anteriores a dicha situación, si bien, se aplicará la reducción correspondiente, en función de las horas que se hayan reducido y la prestación consumida se calculará por horas y no por días (art. 269.5 TRLGSS).

EJEMPLO PRÁCTICO

Un trabajador que venía prestando servicios a jornada completa, ha visto reducida su jornada a la mitad. Su base de cotización diaria durante los últimos 180 días era 45 euros, calculada como si se tratara de un trabajador a jornada completa y sobre dicha base ha de aplicarse el porcentaje que corresponda en función de la reducción de jornada, en este caso, el 50 por 100, resultando así una base reguladora diaria de 22,50 euros, sobre la que se aplicará el porcentaje del 70 por 100 o del 50 por 100, según proceda.

6.1.4. Topes en la cuantía de la prestación

La cuantía de la prestación contributiva por desempleo, calculada en la forma anteriormente indicada, no podrá ser inferior ni superior a los topes mínimos y máximos establecidos en el artículo 270.3 TRLGSS.

6.1.4.1. Cuantía mínima

El importe mínimo de la prestación por desempleo no podrá ser inferior a:

- El 80 por 100 del IPREM, incrementado en la parte proporcional de las pagas extraordinarias, cuando el trabajador no tiene hijos a cargo.
- El 107 por 100 del IPREM, incrementado en la parte proporcional de las pagas extraordinarias, cuando el trabajador tiene hijos a su cargo.

6.1.4.2. Cuantía máxima

También se calcula en relación con el IPREM, pagas incluidas, y en razón del número de hijos a cargo del beneficiario, con los porcentajes siguientes:

- Sin ningún hijo a cargo, 175 por 100 del IPREM.
- Con un hijo a cargo, 200 por 100 del IPREM.
- Con dos o más hijos a cargo, 225 por 100 del IPREM.

Son hijos a cargo los que sean menores de 26 años o mayores incapacitados, convivan con el beneficiario y carezcan de rentas de cualquier naturaleza superiores al Salario Mínimo Interprofesional, excluida la parte proporcional de pagas extraordinarias. No se exige la convivencia si existe obligación de alimentos en virtud de convenio o resolución judicial (art. 4.3 RD 625/1985, modificado por RD 200/2006).

6.1.4.3. Cuantía de la prestación por desempleo a tiempo parcial (art. 270.3, 4 y 5 TRLGSS)

En aquellos supuestos en los que el trabajador sea beneficiario de una prestación por desempleo a tiempo parcial, las cuantías mínimas y máximas se determinarán teniendo en cuenta el IPREM que corresponda en atención a las horas trabajadas (SSTS 22 de marzo de 2018, rec. 3068/2016 y 27 de diciembre de 2016, rec. 3132/2015).

Cuando la situación legal de desempleo se produzca estando en cualquiera de las reducciones de jornada del art. 37 ET, apartados 5, 6 y 8, la cuantía máxima y mínima

de la prestación se determinará en función de las horas trabajadas antes de la reducción de jornada.

6.2. Prestación económica por desempleo de pago único

6.2.1. Regulación legal

La regulación legal se contiene en el art. 296.3 TRLGSS que ha sido objeto de desarrollo reglamentario por medio del Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, cuya norma, a su vez, ha sufrido diversas modificaciones.

6.2.2. Supuestos

La normativa vigente regula dos situaciones diferenciadas sobre abono de la prestación en su modalidad de pago único: como inversión y para la subvención de la cotización.

6.2.2.1. Pago único de la prestación por desempleo como inversión

a) Supuestos que permiten el abono por una sola vez:

– Constitución de cooperativas o sociedades laborales y también sociedad de responsabilidad limitada cuando la posición jurídica del beneficiario en la sociedad determina su obligada afiliación al RETA (STS de 21 de junio de 2016, rec. 3805/2014).

– Constituirse como trabajadores autónomos tratándose de personas con discapacidad igual o superior al 33 por 100.

– Constituirse como autónomos sin ser personas con discapacidad.

b) Requisitos del solicitante:

– Haber cesado en el trabajo con carácter definitivo.

– No haber hecho uso de la capitalización en los cuatro años anteriores.

– Tener pendiente de percibir, como mínimo, tres mensualidades de prestación.

– Iniciar en el plazo de un mes la actividad para la que se solicita la capitalización, plazo que puede prorrogarse por un mes más y por razones justificadas.

– Afectar la cantidad capitalizada al proyecto presentado.

c) Cuantía

El tope máximo de la capitalización de la prestación se corresponde con los días completos pendientes de percibo de dicha prestación contributiva por desempleo, de la que se deduce el importe relativo al interés legal del dinero, si bien en aquellos casos en los que la inversión, aportación al capital, adquisición de acciones, etc. sea de cuantía inferior al importe de la capitalización, el abono procederá exclusivamente por la cantidad que corresponde aportar, si bien en estos casos al no obtener la prestación por su importe total cabe la posibilidad de que el importe restante se pueda obtener para la subvención de la cotización.

6.2.2.2. Subvención en la cotización

En este caso el pago único de la prestación de desempleo consiste en el abono por parte del Servicio Público de Empleo Estatal del 50 por 100 de la cuota del régimen correspondiente a la Seguridad Social como trabajador autónomo, sobre la base mínima de cotización, o el 100 por 100 de las aportaciones del trabajador en las cotizaciones al correspondiente régimen de Seguridad Social durante el tiempo que se hubiera recibido la prestación por desempleo, en el supuesto de no haberse recibido en la modalidad de pago único.

6.3. Cotización a la Seguridad Social durante el periodo en el que se perciba prestación contributiva por desempleo

Durante el periodo de percepción de la prestación por desempleo el Servicio Público de Empleo Estatal ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social, asumiendo la aportación empresarial y descontando de la cuantía de la prestación la aportación que corresponda al trabajador (art. 273 TRLGSS).

Cuando se haya extinguido la relación laboral, la cotización a la Seguridad Social no comprenderá las cuotas correspondientes a desempleo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional.

La base de cotización será equivalente al promedio de las bases de los últimos seis meses de ocupación cotizada, de manera que mientras el trabajador sea perceptor de prestación contributiva, continuará su cotización a la Seguridad Social con el promedio de lo que hubiera cotizado en los seis últimos meses de actividad, y ello con independencia de que la prestación que perciba quede limitada a los topes máximos a que anteriormente hemos hecho referencia.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador accede a la prestación por desempleo y durante los últimos seis meses su base de cotización es de 1.620 euros mensuales, equivalentes a 54 euros diarios, resultará que durante el periodo en el que perciba prestación por desempleo, el Servicio Público de Empleo Estatal continuará cotizando por los 54 euros diarios, con independencia de que el importe de la prestación venga afectado por los topes máximos antes indicados.

6.4. Retenciones a efectuar por la Entidad Gestora

A la cuantía de la prestación se procederá por el Servicio Público de Empleo Estatal a efectuar las siguientes retenciones:

- El importe del 100 por 100 de la cotización a la Seguridad Social a efectuar por el trabajador (art. 273.1 TRLGSS). La cuota del trabajador es el resultado de aplicar el 4,7 por 100

(tipo de cotización a cargo del trabajador) a la base de cotización del trabajador por contingencias comunes (base media de los últimos ciento ochenta días por esta contingencia).

- La retención a cuenta del Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas, que estará en función del importe que suponga la cuantía de la prestación por desempleo que tiene reconocida en el año y la normativa fiscal de aplicación.

7. NACIMIENTO, SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

7.1. Nacimiento

7.1.1. Regla general

El derecho a la prestación nace el día siguiente al de la situación legal de desempleo, siempre que se formule la solicitud en el plazo de quince días. Si la solicitud se formula después del plazo indicado, la prestación nace a partir de la fecha de la solicitud (268.1 TRLGSS).

7.1.2. Nacimiento del derecho cuando existan vacaciones pendientes de disfrute

Si al extinguirse el contrato hubiera vacaciones pendientes de disfrutar, la situación legal desempleo se origina una vez que haya transcurrido el periodo de vacaciones, que ha de ser cotizado y que se computa a todos los efectos para calcular la duración de la prestación por desempleo (art. 268.3 TRLGSS).

7.1.3. Especialidades sobre el nacimiento del derecho en los supuestos de despido

7.1.3.1. Supuesto de inexistencia de salarios de tramitación

Dado que la decisión del empresario de extinguir la relación se entenderá por sí misma y sin necesidad de impugnación como situación legal de desempleo, el derecho a la prestación nace a partir del día siguiente a la fecha del despido (art. 268.4 TRLGSS).

7.1.3.2. Supuesto de existencia de salarios de tramitación

En el caso de existir salarios de tramitación, situación que se produce en los supuestos de readmisión, en el despido improcedente de los representantes de los trabajadores y en los despido nulos, el nacimiento del derecho a las prestaciones se producirá una vez finalizado el periodo correspondiente.

7.1.3.3. Supuesto de declaración de despido improcedente mediante sentencia, optando la empresa por la indemnización y sin existir derecho a salarios de tramitación

Cuando el trabajador haya impugnado el despido y se declare la improcedencia, con opción empresarial por la indemnización, continuará percibiendo la prestación por desempleo que hubiera solicitado.

Si no se hubiera solicitado la prestación, comenzará a percibir la misma con efectos de la fecha de cese efectivo en el trabajo, siempre que solicite el reconocimiento en el plazo de quince días, contados desde el reconocimiento de la improcedencia del despido.

EJEMPLO PRÁCTICO

En el supuesto de despido el trabajador puede solicitar en los quince días siguientes la prestación por desempleo y, además, formular demanda por despido. Si se estima la pretensión (en conciliación administrativa, en conciliación judicial o mediante sentencia) y la empresa opta por la indemnización, el trabajador no tendrá derecho a los salarios de tramitación, pudiendo solicitar la prestación por desempleo una vez reconocida la improcedencia, retro trayéndose la prestación a la fecha de cese en el trabajo. Por lo tanto, si el trabajador pidió y se le reconoció la prestación, mantendrá el derecho a la misma. Si no la solicitó en su día, tendrá derecho a pedirla en los quince días siguientes al acto de conciliación o a la resolución judicial, y en este caso se retrotraen los efectos a la fecha de cese efectivo en el trabajo.

7.1.3.4. Supuesto de extinción de contrato por readmisión irregular o imposibilidad de readmisión

Si declarada la improcedencia del despido la empresa opta, expresa o tácitamente, por la readmisión, pero la misma no se lleva a cabo o se produce una readmisión irregular, solicitada la ejecución judicial de la sentencia, el Juez dictará auto declarando resuelto el contrato de trabajo con derecho a la indemnización correspondiente y a los salarios de tramitación, comenzando el trabajador en este momento a percibir la prestación por desempleo, si no la estuviera percibiendo con anterioridad [art. 268.5.c) TRLGSS].

Si ya estuviera percibiendo prestaciones, se considerarán indebidas las abonadas desde la fecha del despido a la de extinción del contrato, viniendo obligada la empresa a reintegrar dichas cantidades al Servicio Público de Empleo Estatal, sin perjuicio de la responsabilidad del trabajador cuando la prestación por desempleo percibida supere el importe de los salarios de tramitación (SSTS 22 de enero de 2014, rec. 704/2013 y 14 de febrero de 2012, rec. 765/2011). Si la prestación por desempleo fuera concurrente con salarios de tramitación, pero estos últimos no se hubieran percibido con cargo a la empresa, por insolvencia, ni hubieran sido abonados por el FOGASA, no procederá considerar la prestación como indebida (SSTS 4 de diciembre de 2013, rec. 62/2013 y 27 de marzo de 2013, rec. 1837/2012).

Igual solución procede en el caso de que el auto resolutorio del contrato de trabajo se produzca una vez acreditada la imposibilidad de readmisión del trabajador por cese o cierre de la empresa.

7.1.4. Nacimiento del derecho a la prestación cuando se extinga el contrato por cualquier causa, hallándose el trabajador en incapacidad temporal

Cuando el trabajador se halla en incapacidad temporal y durante la misma se extingue su contrato, seguirá percibiendo la prestación de IT pero en igual cuantía que la prestación por desempleo (art. 283 TRLGSS), salvo que la incapacidad temporal derive de contingencias profesionales, en cuyo caso continuará percibiendo el subsidio de IT que correspondiera.

En tal caso el nacimiento del derecho a la prestación por desempleo se produce con el alta médica del trabajador, siempre que se solicite la prestación por desempleo en el plazo de quince días desde el alta médica y se acredite la cotización exigible para acceder a la prestación contributiva por desempleo, si bien en estos casos el periodo transcurrido en IT desde la extinción del contrato hasta el momento del alta se considera como periodo consumido de prestación por desempleo, razón por la cual no resultará recomendable solicitar la prestación en aquellos casos en los que la IT se haya prolongado durante largo tiempo, pues podría darse el caso de que solicitada la prestación se reconociera la misma pero se declarara su extinción por agotamiento. Por el contrario, si el trabajador no solicita dicha prestación por desempleo, las cotizaciones realizadas con anterioridad a la extinción del contrato de trabajo tienen plena validez y pueden ser utilizadas posteriormente cuando se produzca una nueva situación legal de desempleo.

ASPECTOS A DESTACAR

Si el trabajador en el momento de la extinción del contrato se halla en IT derivada de accidente de trabajo, continúa percibiendo el subsidio en la misma cuantía que antes de la extinción y cuando sea dado de alta pasa a la situación legal de desempleo. Si la situación de incapacidad temporal deriva de enfermedad común el trabajador pasa a cobrar el subsidio en la misma cuantía que si estuviera en desempleo, y al ser dado de alta médica, puede optar entre pasar a desempleo, en cuyo caso se computa como agotado el tiempo que ha permanecido en situación de IT desde la extinción del contrato hasta el alta médica, o bien puede optar por no solicitar el desempleo, en cuyo caso no habrá agotado prestación alguna de desempleo.

7.2. SUSPENSIÓN DE LA PRESTACIÓN

La suspensión de la prestación supone la interrupción del abono de la misma y de la obligación de cotizar por parte del Servicio Público de Empleo Estatal (art. 271 TRLGSS), produciéndose tal situación en los siguientes supuestos:

7.2.1. Suspensión durante un mes por imposición de sanción por infracciones leves y graves en los términos establecidos en la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social [art. 271.1.a) TRLGSS]

La suspensión se llevará a cabo previa tramitación oportuna, con audiencia al interesado para formulación de alegaciones, y en los supuestos siguientes (Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto –LISOS– en la redacción dada por el art. 46 de la Ley 62/2003):

- Incomparecencia ante la Entidad Gestora cuando el trabajador sea requerido.
- No renovación de la demanda de empleo en las fechas establecidas.
- No devolver en el plazo de cinco días el justificante de haber comparecido para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por el Servicio Público de Empleo Estatal.
- No cumplir las exigencias del compromiso de actividad.

7.2.2. Durante la situación de maternidad o paternidad [art. 271.1.b) en relación con el art. 284 TRLGSS]

El artículo últimamente citado dispone que cuando el trabajador se encuentre en situación de maternidad o paternidad y extinga su contrato por alguna de las causas que configuran la situación legal de desempleo previstas en el artículo 267 TRLGSS, seguirá percibiendo la prestación de maternidad/paternidad hasta que se extingan dichas situaciones, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir la correspondiente prestación si reúne los requisitos legales exigibles, sin que en este caso se descuente del periodo de la prestación por desempleo el tiempo que hubiera permanecido en situación de maternidad o paternidad tras la finalización del contrato.

Cuando la situación de maternidad o paternidad se inicia en desempleo, en tal caso se suspende el derecho a esta prestación y se reanuda una vez que concluya el periodo de maternidad o paternidad a que venimos haciendo referencia.

7.2.3. Cumplimiento de condena que implique privación de libertad [art. 271.1.c) TRLGSS]

En tal caso se suspende la prestación por desempleo, ya que resulta evidente que mientras el trabajador permanece cumpliendo condena no está en condiciones de poder trabajar, por lo que no concurriría el requisito de querer y poder trabajar que justifica la existencia de la prestación. Sin embargo, el derecho no se suspende si el beneficiario tuviera responsabilidades familiares y no disfrutara de renta familiar alguna cuya cuantía exceda del Salario Mínimo Interprofesional.

7.2.4. Realización por el titular del derecho de un trabajo por cuenta ajena de duración inferior a doce meses, o por cuenta propia de duración inferior a sesenta meses [art. 271.1.d) TRLGSS]

Dada la incompatibilidad de la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta ajena (salvo los supuestos de contrato a tiempo parcial), la realización de un trabajo de

esta naturaleza origina la suspensión de la prestación siempre que sea inferior a doce meses, toda vez que si el trabajo es superior a dicho periodo se produce en realidad una extinción del derecho, sin perjuicio del ejercicio del derecho de opción.

Si el trabajo se realiza por cuenta propia, la suspensión se puede prorrogar hasta 60 meses, persiguiendo con ello que el trabajador se establezca por su cuenta, y dando un plazo prudencial para consolidar la nueva actividad realizada.

La suspensión se produce a instancia del trabajador, que ha de solicitar dicha suspensión antes de iniciar la actividad por cuenta propia o ajena, ya que en el supuesto de que fuera sorprendido compatibilizando el trabajo con la prestación por desempleo, la sanción que establece el ordenamiento jurídico es la extinción del derecho con obligación de reintegro de prestaciones e imposibilidad de solicitar el reconocimiento de un nuevo derecho en un determinado plazo.

EJEMPLO PRÁCTICO

Antonio es beneficiario de prestación por desempleo, reconocida por 18 meses. Cuando ya ha agotado un año de prestación es contratado para obra o servicio determinado, prolongándose el contrato durante 11 meses, periodo durante el cual la prestación por desempleo queda suspendida.

Al finalizar su contrato, como no ha llegado a trabajar 12 meses, tiene derecho a reanudar la prestación suspendida, de forma que como le quedaban seis meses de prestación, podrá reanudar el percibo de esos seis meses. En este caso los 11 meses que ha trabajado le servirán para una nueva prestación, de manera que si tras agotar la prestación, posteriormente trabaja un sólo mes, se añadirá a los 11 meses y tendrá un nuevo periodo de cuatro meses de prestación.

Si el contrato de obra o servicio hubiera durado un año, la prestación de desempleo anterior ya no queda suspendida, sino que se extingue por haber generado el derecho a una nueva prestación por desempleo, en base al año cotizado. En este supuesto el trabajador puede optar entre reanudar la anterior prestación por los seis meses que quedaban, o percibir la nueva prestación de cuatro meses que deriva del año cotizado.

Por tanto, resultaría para el trabajador más interesante trabajar 11 meses y recuperar la prestación anterior, para posteriormente con un sólo mes acceder a una nueva prestación, que trabajar los doce meses continuados en los que tendría que elegir entre la anterior y la nueva prestación.

7.2.5. Traslado al extranjero para realizar un trabajo o para perfeccionamiento profesional, por periodo inferior a doce meses o estancia en el extranjero por periodo inferior a noventa días al año [art. 271.1.f) y g) TRLGSS]

Es importante señalar que para producirse la suspensión de la prestación el traslado al extranjero ha de tener como causa la realización de un trabajo o el perfeccionamiento

profesional, de forma que si el traslado obedeciera a otras razones (por ejemplo turísticas) se produciría la extinción y no la suspensión del derecho [art. 271.1.f) TRLGSS].

No tendrá consideración de estancia ni de traslado de residencia la salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales por una sola vez cada año.

El desplazamiento al extranjero por tiempo inferior a 90 días, sin comunicarlo previamente al Servicio Público de Empleo, no supone traslado de residencia y no conlleva la extinción de la prestación sino tan solo la suspensión de la misma, siempre que se trate de situaciones anteriores al RDL 11/2013, de 2 de agosto (SSTS 6 de abril de 2017, rec. 4201/2015 y 14 de marzo de 2017, rec. 3871/2015). Para las situaciones posteriores el vigente artículo 271.1.f) TRLGSS exige, para que sea causa de suspensión, que la salida al extranjero esté plenamente comunicada y autorizada por el SPEE.

7.2.6. Ejecución provisional de sentencia en los supuestos de despido declarado improcedente con opción empresarial a favor de la readmisión [art. 271.1.e) TRLGSS]

Si el despido es declarado improcedente y la empresa, además de optar por la readmisión, interpone recurso contra la sentencia del Juzgado, vendrá obligada, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al trabajador la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad al despido, continuando el trabajador prestando servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el abono salarial sin compensación alguna.

Como el trabajador tiene derecho a los salarios, aunque no trabaje, se suspenderá el abono de la prestación por desempleo reconocida a partir de producirse el despido. Una vez recaiga sentencia definitiva, si se declara la procedencia del despido el trabajador reanudará la prestación por desempleo suspendida y, por el contrario, si se confirma la improcedencia y el trabajador continúa prestando servicios, la prestación por desempleo que hubiera podido percibir desde el despido hasta la sentencia inicial que declara la improcedencia, se considerará prestación indebida, debiendo la empresa reintegrar al SPEE el importe de lo satisfecho por la prestación por desempleo coincidente con el periodo de salarios de tramitación, deduciendo al trabajador la cantidad reintegrada en la liquidación que le practique de dichos salarios de trámite.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si la empresa recurre la sentencia que declara la improcedencia del despido y opta por la indemnización, tal situación no afecta a la percepción de la prestación por desempleo que tuviera reconocida el trabajador, el cual seguirá cobrando dicha prestación.

Si la opción empresarial es en favor de la readmisión, el trabajador ya no puede seguir percibiendo prestación por desempleo, pues será la empresa la que venga obligada a abonar los salarios, con o sin prestación efectiva de servicios. Habrá de esperarse a la sentencia definitiva para saber si la prestación por desempleo satisfecha tiene la consideración

de prestación indebida, lo que ocurrirá si se confirma la sentencia que declara el despido improcedente; mientras que si se revoca la sentencia y se declara la procedencia, la prestación por desempleo habrá sido correctamente satisfecha.

7.2.7. Incumplimiento por parte del beneficiario de la prestación de presentar los documentos requeridos por el Servicio Público de Empleo (art. 271.3 TRLGSS)

En estos casos y siempre que los documentos requeridos puedan afectar a la conservación del derecho a las prestaciones, la demora en la presentación de dichos documentos podrá dar lugar a que por la Entidad Gestora se adopten las medidas preventivas necesarias y entre ellas la suspensión del abono de las prestaciones, hasta tanto quede regularizada la situación.

En cualquiera de los supuestos de suspensión, el derecho a la reanudación nace desde el día siguiente a la finalización de la causa de suspensión, siempre que se solicite dentro de los quince días siguientes, con nuevo compromiso de actividad y nueva inscripción en la Oficina de Empleo.

7.3. Extinción de la prestación (art. 272 TRLGSS)

El derecho a la prestación por desempleo se extingue por:

7.3.1. Agotamiento del plazo de duración de la prestación

La duración de la prestación por desempleo está en función de los periodos de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, con arreglo a la escala contenida en el artículo 269.1 TRLGSS, por lo que el agotamiento del periodo de prestación produce la extinción del derecho.

7.3.2. Imposición de sanción en los términos previstos en la LISOS

En concreto la extinción de la prestación viene contemplada para estos supuestos:

- Rechazo de una oferta de colocación adecuada, o negativa a participar en trabajos de colaboración social, programas de empleo, o en acciones de promoción, formación y reconversión profesional, salvo causa justificada.

- Realización por parte del beneficiario de un trabajo por cuenta propia o ajena, sin notificación previa al Servicio Público de Empleo Estatal (STS de 15 de noviembre de 2017, rec. 663/2016), habiéndose considerado causa de extinción de la prestación la realización de un trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, tras haber solicitado la prestación y antes de que se reconozca formalmente el derecho a percibir la misma, sin comunicación de la colocación al SPEE (STS 4 de junio de 2016, rec. 2349/2015).

- Obtener fraudulentamente prestaciones indebidas.

- Connivencia con el empresario para la obtención indebida de prestaciones.

7.3.3. Realización de un trabajo por cuenta ajena de duración igual o superior a doce meses, o por cuenta propia por tiempo igual o superior a veinticuatro meses

Si el beneficiario de la prestación por desempleo es contratado para realizar un trabajo por cuenta ajena de duración igual o superior a doce meses, se genera con dicho trabajo el derecho a una nueva prestación por desempleo. El trabajador ha de optar, al producirse la nueva situación legal de desempleo, entre acogerse a la prestación que le resta de la anteriormente reconocida, o bien a la nueva generada con este trabajo [art. 269.3 TRLGSS].

Si se suspende la prestación para realizar un trabajo por cuenta propia, la suspensión se convierte en extinción cuando el nuevo trabajo lo sea por tiempo igual o superior a 24 meses, sin que se produzca derecho de opción alguno, al ser conocido que los trabajadores por cuenta propia carecen de derecho a prestación por desempleo.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador al que se le ha reconocido prestación por desempleo por un periodo de 24 meses, decide establecerse por cuenta propia, la prestación por desempleo que no haya agotado quedará suspendida por un periodo de 24 meses, durante los cuales, si el negocio no funciona y se ve obligado a su cierre, podrá recuperar la prestación. Si transcurren 24 meses, la suspensión se convierte en extinción y ya no podrá disfrutarse la prestación no consumida.

7.3.4. Cumplimiento, por parte del titular, de la edad ordinaria de jubilación

Como se recordará, uno de los requisitos para el nacimiento del derecho a las prestaciones es el de no haber cumplido la edad ordinaria que se exige en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación [art. 266.d) TRLGSS], por lo que cumplida dicha edad se extingue el derecho, salvo que el trabajador no tuviera acreditado el periodo de cotización requerido para acceder a la pensión, o bien se trate de supuestos de suspensión de contrato o reducción de jornada.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador que viene percibiendo prestación por desempleo cumple la edad ordinaria de jubilación, en ese momento extinguirá el derecho a la prestación, salvo que no acredite cotizaciones suficientes para acceder a la pensión, en cuyo caso podrá seguir percibiendo prestación por desempleo.

7.3.5. Pasar a ser pensionista de jubilación, por incapacidad permanente en los grados de total, absoluta o gran invalidez

La prestación por desempleo es incompatible con la obtención de pensiones o prestaciones económicas de la Seguridad Social, por lo que la jubilación del trabajador, ordinaria o anticipada, produce la extinción del derecho a la prestación por desempleo.

También se produce la extinción por el hecho de pasar el beneficiario a percibir pensión de incapacidad permanente total, absoluta o de gran invalidez, si bien se reconoce un derecho de opción a su favor, que le permitirá seguir percibiendo la prestación por desempleo hasta su agotamiento, si esta le resultara más favorable que la pensión de incapacidad permanente.

7.3.6. Traslado de residencia al extranjero

Ya hemos visto anteriormente que el traslado al extranjero por un periodo inferior a doce meses suspende la prestación por desempleo, cuando el traslado obedezca a la realización de un trabajo o para perfeccionamiento profesional e igualmente se produce la suspensión en los casos de estancia en el extranjero por un periodo comprendido entre 15 y 90 días, siempre que la salida esté previamente comunicada y autorizada por el Servicio Público de Empleo Estatal.

Sin embargo, si el trabajador traslada su residencia al extranjero con carácter definitivo, o bien su traslado a otro país se produce por razones ajenas a las anteriormente indicadas o la duración del traslado es superior a 15 días, sin comunicarlo al Servicio Público de Empleo, tales situaciones producen la extinción de la prestación [art. 272.1.f) TRLGSS y STS de 4 de octubre de 2017, rec. 3995/2016].

7.3.7. Renuncia voluntaria al derecho y fallecimiento del beneficiario

La renuncia voluntaria al derecho extingue el mismo y también se produce la extinción, naturalmente, con el fallecimiento del beneficiario.

8. RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES (ART. 282 TRLGSS)

8.1. Incompatibilidades

La prestación contributiva por desempleo es incompatible con:

– El trabajo por cuenta propia o ajena, salvo que este último sea a tiempo parcial, en cuyo caso se reducirá proporcionalmente la prestación por desempleo; aunque como excepción se podrá compatibilizar con el trabajo, por cuenta propia o ajena, cuando así lo establezca algún programa de fomento al empleo destinado a colectivos con mayor dificultad de inserción en el mercado de trabajo.

En todo caso la regla general de que existe absoluta incompatibilidad entre el trabajo por cuenta propia y las prestaciones por desempleo no es aplicable a aquellas actividades marginales y aisladas de puntual realización, que generan un rendimiento neto mínimo (SSTS 21 de junio de 2018, rec. 490/2017 y 5 de abril de 2017, rec. 1006/2016).

– El percibo de pensiones o prestaciones económicas de la Seguridad Social, salvo que hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación por desempleo.

EJEMPLO PRÁCTICO

Un trabajador afecto de incapacidad permanente total simultanea la pensión con un trabajo que le es compatible. Tras cuatro años de mantener la compatibilidad es despedido. El trabajador tendría derecho a percibir prestación por desempleo por los cuatro años cotizados, compatibilizando la prestación por desempleo con su pensión de incapacidad permanente.

– La realización de actividades de investigación o cooperación retribuidas, con dedicación exclusiva (art. 15 apartado 1 RD 625/1985, modificado por RD 200/2006).

El ejercicio por elección o designación de cargos públicos o sindicales o altos cargos de la Administración, retribuidos, que supongan dedicación exclusiva.

8.2. Compatibilidades

La prestación por desempleo es compatible con:

- El trabajo retribuido por cuenta ajena a tiempo parcial.
- Las indemnizaciones a que tuviera derecho el trabajador por la extinción de su contrato de trabajo.
- Las becas y ayudas que se obtengan por la asistencia a acciones de formación ocupacional.
- La pensión de jubilación parcial.

EJEMPLO PRÁCTICO

Un trabajador de 62 años de edad anticipa su jubilación parcialmente y posteriormente es despedido, en cuyo podrá percibir prestación contributiva por desempleo, a tiempo parcial, compatibilizando la pensión de jubilación a tiempo parcial y la prestación por desempleo a tiempo parcial.

– La realización de trabajos de colaboración social, siempre que no se realicen actividades normales, ordinarias y permanentes, en cuyo caso la relación con la Administración será laboral (SSTS 11 de junio de 2014, rec. 1772/2013; 22 de enero de 2014, rec. 309/2012 y 27 de diciembre de 2013, rec. 217/2012).

- Las prestaciones de la Seguridad Social por hijo a cargo.
- El ejercicio de cargos públicos o sindicales retribuidos con dedicación parcial.

9. MEDIDAS INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO LEY 4/2013, DE 22 DE FEBRERO, EN MATERIA DE PRESTACIONES

9.1. Compatibilidad de la prestación contributiva con el trabajo por cuenta propia

Si un beneficiario de prestación contributiva inicia una actividad por cuenta propia a partir del 24 de febrero de 2013, inclusive, podrá compatibilizar voluntariamente dicha actividad con la protección por desempleo, siempre que:

– Inicie una actividad por cuenta propia causando alta como trabajador por cuenta propia en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar.

– Sea menor de 30 años en la fecha de inicio de la actividad por cuenta propia.

– No tenga ningún trabajador por cuenta ajena a su cargo mientras persista la compatibilidad.

En estos casos deberá solicitar del Servicio Público de Empleo Estatal la compatibilidad en el plazo de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de inicio de la actividad por cuenta propia, sin que exista posibilidad de acogerse a la misma una vez transcurrido dicho plazo.

Al trabajador que se le reconozca la compatibilidad no le será exigible a partir de la misma el cumplimiento de las obligaciones como demandante de empleo ni las derivadas del cumplimiento del compromiso de nueva actividad.

La compatibilidad de la prestación por desempleo con la actividad por cuenta propia podrá tener una duración máxima de 270 días desde el inicio de aquella, salvo que el trabajador tuviera menos tiempo pendiente de percibir la prestación por desempleo.

9.2. Suspensión, reanudación y extinción de las prestaciones por desempleo por realización de trabajo por cuenta propia

Los trabajadores menores de 30 años que inicien un trabajo por cuenta propia causando alta por primera vez en el RETA o en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, suspenderán el derecho a prestaciones o subsidios si el trabajo es de duración inferior a 60 meses, por lo que, cuando cesen en el mismo, podrán reanudar la percepción del derecho suspendido, siempre que reúnan todos los requisitos exigidos para ello.

Si el trabajo por cuenta propia es de duración igual o superior a 60 meses, se producirá la extinción del derecho a la prestación o subsidio por desempleo.

CONCEPTOS BÁSICOS A RECORDAR

- Los supuestos básicos de la situación legal de desempleo derivan de la extinción o suspensión del contrato de trabajo y la reducción de jornada entre el 10 y el 70 por 100.

- También constituye situación legal de desempleo la finalización o interrupción de la actividad de los trabajadores fijos discontinuos.

- Para acceder a la prestación contributiva por desempleo es necesario acreditar un periodo de cotización de 360 días dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar.

- No se puede acceder a esta prestación contributiva tras haber cumplido la edad legal de jubilación, salvo que no se tengan cotizaciones suficientes para acceder a la jubilación.

-
- La duración máxima de la prestación contributiva por desempleo es la de 720 días y se alcanza con un periodo cotizado de 2.160 días (6 años).
 - La base reguladora de la prestación por desempleo está constituida por el promedio de las bases de cotización de los seis meses anteriores a la situación legal de desempleo.
 - La cuantía de la prestación es equivalente al 70 por 100 de la base reguladora durante los primeros 180 días de prestación y al 50 por 100 de dicha base en los periodos sucesivos.
 - La cuantía máxima de la prestación por desempleo asciende al 175 por 100 del IPREM cuando el beneficiario no tenga hijos a cargo, al 200 por 100 del IPREM con un hijo a cargo y al 225 por 100 con dos o más hijos a cargo.
 - Durante el periodo en el que se perciba la prestación por desempleo, el Servicio Público de Empleo Estatal continúa cotizando a la Seguridad Social por el importe de la base reguladora.
 - La prestación económica por desempleo también se puede percibir mediante la modalidad de pago único, siempre que el beneficiario pretenda establecerse como trabajador por cuenta propia.

12 PRESTACIÓN ASISTENCIAL POR DESEMPLEO (SUBSIDIO POR DESEMPLEO)

1. NORMATIVA REGULADORA

- Arts. 274 y ss. TRLGSS.
- Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolló la Ley de Protección por Desempleo, modificado por RD 200/2006, de 17 de febrero.
- RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para la estabilidad presupuestaria y de fomento para la competitividad.
- RDL 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo.

2. CONCEPTO

Mediante la prestación asistencial por desempleo se pretende paliar las situaciones de necesidad producidas al encontrarse un trabajador desempleado, siempre que concurren los requisitos que a continuación se exponen.

255

3. REQUISITOS GENERALES PARA EL ACCESO AL SUBSIDIO POR DESEMPLEO

Las diferentes modalidades de subsidio por desempleo exigen la concurrencia de una serie de requisitos que son comunes a todas ellas, sin perjuicio de que cada modalidad específica tenga unos requisitos concretos y particulares.

Los requisitos comunes de acceso al subsidio por desempleo son: tener la condición de trabajador o asimilado, ser parado, figurar inscrito como demandante de empleo, carecer de rentas superiores al setenta y cinco por ciento del Salario Mínimo Interprofesional excluidas pagas extraordinarias, no rechazar oferta adecuada de empleo ni haberse negado a participar en acciones de promoción, formación o reconversión profesional y, finalmente, no tener derecho a prestación contributiva o haberla agotado.

3.1. Ser trabajador o asimilado

El primer requisito que debe concurrir en el solicitante de la prestación asistencial de desempleo es el de ser trabajador por cuenta ajena o asimilado, y aunque normalmente dicha condición será atribuida a los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General de la Seguridad Social, existen otros sujetos que aun figurando incluidos en el Régimen

General no son propiamente trabajadores por cuenta ajena y sin embargo tendrían derecho al subsidio, como sucede con los cargos políticos de carácter electivo y quienes ocupen cargos electivos de carácter sindical cuya relación es asociativa y no laboral.

También fuera del Régimen General hay trabajadores por cuenta ajena cuyos Regímenes especiales posibilitan la cotización por desempleo, como sucede con los trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes especiales de la Minería del Carbón y de los Trabajadores del Mar.

3.2. Tener la condición de parado

El concepto de parado exige la concurrencia de tres elementos:

- Carencia de trabajo, entendida como ausencia de trabajo por pérdida de este, aunque no sea definitiva, o reducción de la jornada.
- Querer trabajar, cuya pretensión se pone de manifiesto a través de la inscripción como desempleado en la correspondiente Oficina de Empleo.
- Estar en condiciones de poder hacerlo, lo que supone que el trabajador reúna los requisitos de aptitud para ello, como la edad o la ausencia de discapacidad física o psíquica reales (invalidez) o presuntas (jubilación) y además esté disponible para el trabajo y dispuesto a aceptar las ofertas de empleo adecuado, salvo que la ley posibilite el disfrute del subsidio sin concurrir este requisito.

EJEMPLO PRÁCTICO

Un trabajador perceptor de subsidio por desempleo ingresa en prisión por cumplimiento de condena, situación esta en la que, lógicamente, no está en condiciones de aceptar un trabajo, por lo que, en principio, no parece que continuara siendo perceptor del subsidio. Sin embargo, la propia ley posibilita la continuidad en el disfrute, cuando el trabajador tiene cargas familiares, de forma que no reuniendo la condición de parado, en sentido técnico, ello no es obstáculo para continuar percibiendo el subsidio.

Si el trabajador suspende la prestación por la realización de un trabajo de duración inferior a doce meses, carece del derecho a la reanudación cuando la causa de suspensión finalice por un motivo que no constituya situación legal de desempleo, como sucede con la extinción del contrato de trabajo por baja voluntaria del trabajador (STS 15 de febrero de 2017, rec. 1810/2015).

3.3. Figurar inscrito como demandante de empleo

Este requisito cumple la función de poner de manifiesto una real y efectiva voluntad de acceder al trabajo, de manera que la inscripción como demandante de empleo transforma al parado en desempleado.

La exigencia de la continuidad en la inscripción como demandante de empleo es un requisito para el mantenimiento de la prestación, pero no para su concesión inicial, de manera que podría accederse al subsidio aún cuando el trabajador no hubiera permanecido ininterrumpidamente inscrito como demandante de empleo, aunque será imprescindible que permanezca en dicha situación en el momento de la solicitud.

3.4. Carecer de rentas superiores al setenta y cinco por ciento del Salario Mínimo Interprofesional, sin pagas extraordinarias, sea cual fuera la naturaleza de dichas rentas

Computan todas las rentas cualquiera que fuera su procedencia, y así el artículo 275.4 TRLGSS dispone que son computables cualesquiera bienes, derechos o rendimientos de que disponga o pueda disponer el desempleado derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario, de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional. También se consideran rentas las plusvalías o ganancias patrimoniales, así como los rendimientos que puedan producirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor el 100 por 100 del tipo de interés legal del dinero.

No se consideran rentas las asignaciones de la Seguridad Social por hijo a cargo y el importe de las cuotas destinadas a la financiación del Convenio Especial con la Seguridad Social. Con relación al patrimonio no es computable la vivienda habitual.

Las indemnizaciones por despido, extinción del contrato de trabajo, o cualquier otra indemnización, no se computan como renta.

EJEMPLO PRÁCTICO

Pedro, de 55 años de edad, resulta afectado por un expediente de regulación de empleo, percibiendo una indemnización de 200.000 euros por la extinción de su contrato de trabajo, pasando a cobrar prestación por desempleo. El dinero obtenido con la indemnización lo coloca a plazo fijo en una entidad bancaria, produciéndole un interés bruto anual de 6.000 euros.

Agotada la prestación contributiva por desempleo este trabajador no podrá percibir ninguna clase de subsidio, ya que los ingresos que obtiene como renta de capital superan el 75 por 100 del Salario Mínimo Interprofesional, lo que le impide acceder a cualquier clase de subsidio.

En cuanto a los ingresos obtenidos por la venta de un inmueble inicialmente se consideró que su importe no constituía renta, ya que la venta solo suponía la sustitución de un elemento patrimonial, la vivienda, por otro, el dinero en efectivo percibido, sin perjuicio de que los rendimientos posteriormente obtenidos sí pasaran a tener tal consideración de renta (SSTS 30 de junio de 2000, rec. 1035/1999 y 31 de marzo de 1999, rec. 1581/1998). Sin embargo tal doctrina fue revisada a partir de la STS de 27 de marzo de 2007, rec. 5391/2005, al entender que las plusvalías o ganancias obtenidas por la venta

de inmuebles son rentas o ingresos computables, por lo que procede aplicar a su valor el 100 por 100 del tipo de interés legal (tras la entrada en vigor del RDL 20/2013).

También los premios obtenidos en un concurso computan como ganancia patrimonial aplicándose a su importe el 100 por 100 del interés legal del dinero (ver STS de 16 de julio de 2014, rec. 2387/2013, si bien en este caso se aplica el 50 por 100 del interés legal, al contemplarse un supuesto anterior a la entrada en vigor del RDL 20/2012).

En cuanto a los planes de pensiones que son objeto de rescate no cabe considerar como renta o ingreso computable el importe total del plan rescatado, sino que habrá de considerarse como ingreso la plusvalía o ganancia que ha generado dicho plan (SSTS 9 de marzo de 2018, rec. 1042/2016 y 3 de febrero de 2016, rec. 2576/2014).

El requisito de carencia de rentas, al igual que los restantes requisitos en cada caso exigibles, debe concurrir en el momento del hecho causante, en el de la solicitud del subsidio y durante el percibo del mismo. Igualmente tanto en el momento de la solicitud de prórrogas, como en la reanudación tras suspensión, es exigible la concurrencia de los requisitos.

Si no se reúnen los mismos, el trabajador sólo podrá obtener el reconocimiento de un nuevo derecho al subsidio cuando nuevamente se encuentre en alguna de las situaciones previstas en el artículo 274 TRLGSS, salvo que se trate de carencia de rentas o de existencia de responsabilidades familiares, en cuyo caso el trabajador podrá obtener el subsidio si durante el año siguiente a la fecha del hecho causante reúne tales requisitos, debiéndole reconocer el subsidio a partir del día siguiente a la solicitud y sin deducción alguna.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador finaliza un contrato de trabajo y no tiene en ese momento derecho al subsidio por desempleo ya que las rentas de la unidad familiar superan el límite legalmente establecido, dicho trabajador podrá solicitar el subsidio en el plazo de un año, si durante ese periodo reúne el requisito de carencia de rentas, a consecuencia de la merma de los ingresos de la unidad familiar.

3.5. No rechazar oferta adecuada de empleo, ni haberse negado a participar en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales

El acceso al subsidio o la continuidad en el disfrute del mismo queda impedido cuando se hubiera rechazado una oferta adecuada de empleo, o en los casos de negativa a participar en acciones formativas, salvo causa justificada.

3.6. No tener derecho a prestación contributiva o haberla agotado

Si el trabajador tuviera derecho a prestación contributiva por desempleo, por reunir los requisitos de cotización exigibles, no procedería el reconocimiento de derecho a un

subsidio asistencial, sino que, por el contrario, procedería agotar con carácter previo la prestación contributiva de que se trate.

4. MODALIDADES DEL SUBSIDIO POR DESEMPLEO

4.1. Subsidios ordinarios

- Vinculados a la existencia de responsabilidades familiares.
- Vinculados a la no existencia de responsabilidades familiares.
- Independientes de la existencia de responsabilidades familiares.

4.2. Subsidios especiales

- Subsidio especial para mayores de 55 años.

5. SUBSIDIOS ORDINARIOS: REQUISITOS Y DURACIÓN

5.1. Subsidio vinculado a la existencia de responsabilidades familiares

Esta modalidad de subsidio por desempleo va a exigir, además de la concurrencia de los requisitos comunes o generales ya examinados, que el solicitante tenga responsabilidades familiares, las cuales concurrirán cuando esté a su cargo el cónyuge, hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos, cuando la renta del conjunto de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por 100 del Salario Mínimo Interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias (art. 275.3 TRLGSS).

No se considera responsabilidad familiar el cónyuge, hijos o menores acogidos, con rentas que resulten ser superiores al 75 por 100 del SMI, excluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.

EJEMPLO PRÁCTICO

Una trabajadora está integrada en una unidad familiar compuesta por su cónyuge y cuatro hijos menores de veintiséis años. El cónyuge tiene unos ingresos salariales al año de 10.000 euros y uno de los hijos también trabaja y percibe una retribución de 9.000 euros.

Como puede apreciarse los ingresos de la unidad familiar son de 19.000 euros, que divididos por los doce meses del año dan como resultado 1.583,33 euros. Si esta cantidad es inferior al resultado de multiplicar por seis (los miembros de la unidad familiar) el 75 por 100 del SMI, la trabajadora tendría derecho al subsidio por desempleo.

Además de este requisito, el solicitante ha de hallarse en alguna de las siguientes situaciones:

5.1.1. Haber agotado una prestación contributiva por desempleo [art. 274.1.a) TRLGSS]

En este caso la duración del subsidio será de seis meses, prorrogables hasta 18 (art. 277.1 TRLGSS), salvo en los siguientes supuestos:

- Mayores de 45 años que hayan agotado 120 días de prestación, se ampliará hasta 24 mensualidades [art. 277.1.a) 1º TRLGSS].
- Mayores de 45 años que hayan agotado 180 días de prestación, se ampliará hasta 30 mensualidades [art. 277.1.a) 2º TRLGSS].
- Menores de 45 años que hayan agotado 180 días de prestación, se ampliará hasta 24 mensualidades [art. 277.1.a) 3º TRLGSS].

EJEMPLO PRÁCTICO

Un trabajador de 40 años, con un hijo menor, cuyas únicas rentas vienen constituidas por la cantidad que percibe en concepto de prestación por desempleo, agota dicha prestación tras permanecer en la misma 360 días. ¿Cual sería la duración del subsidio por desempleo?

Es evidente que tiene derecho al subsidio ya que viene de agotar una prestación contributiva, carece de cualquier clase de ingresos y tiene responsabilidades familiares. La modalidad de subsidio que habría de serle reconocido es la de subsidio por cargas familiares y por agotamiento de prestación contributiva, cuya duración es de seis meses prorrogables hasta 18.

Ahora bien, como el trabajador es menor de 45 años, pero ha percibido prestación contributiva por periodo superior a 180 días (ha percibido 360 días), podrá prorrogarse el subsidio hasta 24 meses, y si tuviera más de 45 años podría prorrogarlo hasta 30 meses.

5.1.2. Estar en situación legal de desempleo sin derecho a prestación contributiva por falta de cotización necesaria

La duración del subsidio será la siguiente [art. 277.2 TRLGSS]:

- Por 3 meses cotizados 3 meses subsidio.
- Por 4 meses cotizados 4 meses subsidio.
- Por 5 meses cotizados 5 meses subsidio.
- Por 6 meses cotizados 21 meses subsidio.

EJEMPLO PRÁCTICO

Un trabajador que se encuentra en situación de paro no subsidiado y cuya situación familiar es la de casado, sin hijos, suscribe contrato de trabajo

eventual de tres meses de duración. ¿Podría cobrar subsidio por desempleo, teniendo en cuenta que su cónyuge no trabaja ni obtiene ingreso alguno? En este caso es claro que el trabajador no puede acceder a prestación contributiva, ya que para ello necesitaría un mínimo de 360 días y solo tiene cotizados tres meses. Por otra parte, se trata de un trabajador con cargas familiares, ya que su cónyuge no obtiene ningún tipo de ingresos. Como consecuencia de lo anterior podría obtener el subsidio por desempleo para trabajadores sin derecho a prestación contributiva que tengan cargas familiares y que hayan trabajado un mínimo de tres meses, por lo que tendría tres meses de subsidio. Si este mismo trabajador hubiera trabajado seis meses, en tal caso podría percibir el subsidio por desempleo durante 21 meses.

5.2. Subsidio vinculado a la no existencia de responsabilidades familiares

Para acceder a un subsidio de esta naturaleza, es preciso que el solicitante se halle en alguna de las siguientes situaciones:

– Ser mayor de 45 años y haber agotado una prestación contributiva por desempleo [art. 277.1.b) TRLGSS].

– Hallarse en situación legal de desempleo y no tener derecho a prestación contributiva por no haber cubierto el periodo mínimo de cotización de 360 días, teniendo cotizado al menos seis meses [art. 277.2.b) TRLGSS].

En ambos casos la duración máxima de este subsidio será de seis meses improrrogables.

EJEMPLO PRÁCTICO

Un trabajador sin cargas familiares y sin ingresos ajenos al trabajo, suscribe un contrato temporal de ocho meses de duración y a su finalización consulta sobre la posibilidad de cobrar algún tipo de subsidio.

Si el trabajador tuviera cotizaciones anteriores, con una duración mínima de cuatro meses y de las que no hubiera hecho uso para obtención de prestación o subsidio por desempleo, podría unir estas cotizaciones a las de los ocho meses y alcanzar prestación contributiva, ya que acreditaría doce meses de cotización, y ello daría lugar a cuatro meses de prestación.

Si no tuviera cotizaciones anteriores, podrá percibir subsidio para trabajadores sin cargas familiares, cuya duración sería la de seis meses.

Recuérdese que si este trabajador tuviera cargas familiares, la duración del subsidio sería la de 21 meses.

5.3. Subsidio independiente de la existencia de responsabilidades familiares

En estos casos el reconocimiento del derecho al subsidio es independiente de la existencia o inexistencia de cargas familiares, protegiéndose las siguientes situaciones:

5.3.1. Emigrantes retornados

Los requisitos para acceder a esta modalidad de subsidio son los siguientes [art. 274.1.c) TRLGSS]:

- Ser trabajador emigrante.
- Retornar a España desde países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo, y con los que no exista convenio sobre protección por desempleo.
- No tener derecho a prestación por desempleo en España.
- Haber trabajado en el extranjero, al menos doce meses en los últimos seis años, si bien el hecho de haber regresado a España para disfrutar vacaciones entre distintos contratos de embarque no impide el reconocimiento del derecho al subsidio (SSTS 17 de septiembre de 2013, rec. 792/2012 y 19 de febrero de 2013, rec. 1269/2012),

La duración del subsidio será de seis meses prorrogables, por periodos semestrales, hasta un máximo de 18 meses (art. 277.1 TRLGSS).

5.3.2. Liberados de prisión

Los requisitos exigibles para acceder a este subsidio son los siguientes (art. 274.2 TRLGSS):

- Haber estado privado de libertad durante más de seis meses, habiendo entendido nuestros tribunales que dicho periodo ha de ser ininterrumpido (STSJ Castilla y León/Burgos 28 de mayo de 2014, rec. 347/2014).
- Ser liberado de prisión por cumplimiento de condena o por pasar a la situación de libertad condicional, y también por liberación en supuestos de prisión provisional o preventiva.
- No tener derecho a prestación contributiva por desempleo (SSTSJ Castilla y León/Burgos de 14 de noviembre de 2006, rec. 430/2006 y Cataluña de 13 de septiembre de 2005, rec. 5118/2004).

La duración del subsidio será de seis meses prorrogables, por periodos semestrales, hasta un máximo de 18 meses (art. 277.1 TRLGSS).

Tienen también derecho al subsidio los menores liberados de un centro de internamiento en el que hubieran sido ingresados como consecuencia de la comisión de hechos tipificados como delito, siempre que la privación de libertad haya sido por tiempo superior a seis meses y que en el momento de la liberación sean mayores de 16 años (art. 274.2 párrafo primero TRLGSS) y, asimismo, las personas que hubieran concluido un tratamiento de deshabituación de drogodependencias con duración superior a seis meses (art. 274.2, párrafo segundo TRLGSS).

5.3.3. Trabajador que es objeto de revisión de grado de incapacidad, siendo declarado apto para el trabajo o en situación de incapacidad permanente parcial

En este caso constituyen presupuestos necesarios para acceder al subsidio, los siguientes [art. 274.1.d) TRLGSS]:

-
- Reconocimiento de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.
 - Tramitación de un expediente de revisión de grado de invalidez, que concluya con resolución por la que se declare al trabajador apto para el trabajo o en situación de incapacidad permanente parcial.

La duración del subsidio será de seis meses prorrogables, por periodos semestrales, hasta un máximo de 18 meses (art. 277.1 TRLGSS).

EJEMPLO PRÁCTICO

Francisca viene percibiendo pensión de incapacidad permanente total para su profesión habitual de dependienta, y como consecuencia de la tramitación de un expediente de revisión se la declara apta para el trabajo, suprimiéndose el percibo de la pensión de incapacidad.

En este caso la citada trabajadora tendrá derecho al subsidio por desempleo, que le deberá ser reconocido por un periodo de 18 meses.

6. SUBSIDIOS ESPECIALES: REQUISITOS Y DURACIÓN

6.1. Subsidio especial para mayores de 55 años (art. 274.4 TRLGSS)

Es tal vez la modalidad más importante de subsidio por desempleo y en la que han existido mayores problemas interpretativos, sobre todo en lo relativo a los requisitos que ha de reunir el solicitante del subsidio, y más en concreto sobre si es exigible a este que no tenga ingresos superiores al 75 por 100 del Salario Mínimo Interprofesional, cuestión que fue zanjada por el Tribunal Supremo en el sentido de imponer también este requisito a los mayores de 55 años.

Pueden acceder a este subsidio aquellos trabajadores que, aun cuando no acrediten responsabilidades familiares, reúnan los requisitos siguientes:

6.1.1. Edad

Ninguna singularidad presenta la concurrencia del requisito de edad, establecido en los 55 años, y que ha de concurrir en el momento de la solicitud del subsidio.

6.1.2. Carencia de rentas

El Real Decreto Ley 5/2013 modificó el número 3 del apartado 1 del artículo 215 de la precedente LGSS, referido al subsidio para trabajadores mayores de 55 años, añadiendo un nuevo párrafo conforme al cual "... aunque el solicitante carezca de rentas, en los términos establecidos en este artículo, si tiene cónyuge y/o hijos menores de 26 años, o mayores incapacitados o menores acogidos, únicamente se entenderá cumplido el requisito de carencia de rentas cuando la suma de las rentas de todos los integrantes

de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por ciento del Salario Mínimo Interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias”, redacción que ha quedado incorporada como artículo 275.2, párrafo segundo, TRLGSS. No obstante lo anterior es lo cierto que la STC 6/2018, de 7 de junio, ha declarado la nulidad de esta modificación legal, por lo que habrá de entenderse que se vuelve a la situación anterior y que por tanto no es exigible el requisito de carencia de rentas de la unidad familiar en esta modalidad de subsidio.

EJEMPLO PRÁCTICO

Si un trabajador cuya unidad familiar está constituida exclusivamente por él y su cónyuge solicita el subsidio por desempleo para mayores de 55 años careciendo el solicitante de todo tipo de rentas, pero su cónyuge tiene ingresos que duplican el 75 por 100 del duplo del SMI, tendrá derecho al subsidio en cuestión al haberse anulado la exigencia de carencia de rentas de la unidad familiar.

6.1.3. Solicitar y acceder al subsidio desde una de las siguientes situaciones

- Desde el agotamiento de una prestación contributiva previa.
- Desde el agotamiento de cualquier otro subsidio.
- Desde otro subsidio, aun cuando el mismo no haya sido agotado.

6.1.4. Haber cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de la vida laboral

Esta cotización a la Seguridad Social ha de llevarse a cabo por días naturales, de forma que no puede hacerse uso de la parte proporcional de pagas extraordinarias para reunir el periodo de los seis años de cotización, siendo válidas las cotizaciones realizadas en otros países de la Unión Europea y en terceros países no comunitarios, cuando exista convenio internacional en materia de Seguridad Social que establezca el cómputo recíproco de cotizaciones.

6.1.5. Acreditar en el momento de la solicitud la concurrencia de todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a pensión contributiva de jubilación

El TS ha admitido la posibilidad de acceder a este subsidio cuando se tiene derecho a pensión con cargo a la Seguridad Social de cualquier país comunitario y en países no comunitarios con los que exista convenio en materia de Seguridad Social que prevea tal situación, si bien se exige tener cubierto en último lugar periodos de seguro en España (SSTS 7 de febrero de 2012, rec. 1781/2011 y 24 de enero de 2012, rec. 1054/2011).

EJEMPLO PRÁCTICO

María tiene acreditados 20 años de cotización en Francia, donde ha trabajado en la industria textil. A su regreso a España ha trabajado como dependiente de comercio durante dos años. La citada trabajadora tiene 55 años de edad. ¿Qué prestaciones podría solicitar?

En primer lugar, al concluir su contrato de trabajo de dos años pasaría a percibir prestación contributiva por desempleo durante ocho meses y tras permanecer un mes de espera, podrá solicitar subsidio por desempleo como trabajador mayor de 55 años, ya que reúne el requisito de edad, tiene derecho a pensión de jubilación en España (y sin ninguna duda en Francia), acredita cotizaciones en último lugar en España y además ha trabajado en actividad propia del Régimen General de la Seguridad Social por lo que se entiende cumplido el requisito de tener cotizados seis años a desempleo.

6.1.6. Duración del subsidio por desempleo para mayores de 55 años

La duración del subsidio se extenderá como máximo, hasta que el trabajador alcance la edad que le permita acceder a la pensión contributiva de jubilación, en cualquiera de sus modalidades (art. 277.3 TRLGSS).

7. CONTENIDO DEL SUBSIDIO POR DESEMPLEO

265

El subsidio asistencial por desempleo supone el abono de una cantidad mensual durante el periodo máximo de duración, y la cotización a la Seguridad Social por parte del Servicio Público de Empleo Estatal, para determinadas contingencias.

7.1. Prestación económica

El subsidio por desempleo consiste en el abono de una cantidad que asciende al 80 por 100 del IPREM mensual (art. 278 TRLGSS). En el caso de desempleo por pérdida de un trabajador a tiempo parcial dicha cuantía se percibirá en proporción a las horas previamente trabajadas.

7.2. Cotización a la Seguridad Social (art. 280 TRLGSS)

Durante la percepción del subsidio el SPEE cotiza a la Seguridad Social únicamente para las contingencias de asistencia sanitaria y protección a la familia.

La anterior regla general tiene las siguientes excepciones:

– Subsidio especial para trabajadores mayores de 55 años en cuyo caso se cotiza, además, por la contingencia de jubilación.

– Trabajadores fijos discontinuos que hayan cotizado 180 días o más, en cuyo supuesto se ingresará la cotización por jubilación correspondiente a un periodo de 60 días, si son menores de 55 años y si son mayores la Entidad Gestora ingresará también la cotización por jubilación durante toda la percepción del subsidio.

En el supuesto de subsidio especial para mayores de 55 años se tomará como base de cotización el 100 por 100 del tope mínimo de cotización vigente en cada momento.

EJEMPLO PRÁCTICO

Un trabajador con 16 años de cotización a la Seguridad Social y que reúne todos los requisitos exigibles para acceder al subsidio para trabajadores mayores de 55 años, solicita y se le reconoce dicho subsidio en el momento en que cumple 56 años de edad, pudiendo permanecer percibiendo el mismo hasta los 65 años.

Como el Servicio Público de Empleo Estatal cotizará por dicho trabajador para jubilación, resultará que cuando se jubile a la edad ordinaria de jubilación que corresponda tendrá cotizados los 16 años que ya tenía cuando solicitó el subsidio y los nueve años en los que ha venido cobrando el mismo, con lo cual totalizará 25 años de cotización y le será reconocida pensión de jubilación en función de esos 25 años.

Las cotizaciones realizadas por la Entidad Gestora durante la percepción del subsidio para trabajadores mayores de 55 años carecen de validez y eficacia jurídica para acreditar el periodo mínimo de cotización exigido para el acceso a las modalidades de jubilación anticipada (art. 280 TRLGSS y STS 19 de abril de 2018, rec. 2036/2016).

8. NACIMIENTO DEL SUBSIDIO POR DESEMPLEO

El derecho al subsidio por desempleo nace, cuando se ha percibido prestación contributiva por desempleo, a partir del día siguiente en que se cumpla el plazo de espera de un mes. El plazo de espera de un mes no es exigible cuando se acceda al subsidio por desempleo por beneficiarios que hayan cotizado tres o seis meses, en función de que tengan o no cargas familiares (ver apartado 5.1.2 de este mismo capítulo).

Cuando no se haya agotado prestación contributiva por desempleo, el derecho nacerá al día siguiente de la situación legal de desempleo.

Lo anterior será de aplicación siempre que se solicite el subsidio en el plazo de los quince días siguientes a la fecha de nacimiento del derecho. En otro caso el derecho nacerá a partir de la solicitud, reduciéndose la duración del subsidio en tantos días como hayan transcurrido desde el momento en que debió ser solicitado.

9. SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DEL SUBSIDIO POR DESEMPLEO

El subsidio se suspende y extingue en los mismos casos que la prestación contributiva por desempleo, remitiéndonos a lo ya dicho en el capítulo 12, apartado 8.

Asimismo el subsidio se suspenderá por la obtención de rentas superiores al 75 por 100 del SMI por tiempo inferior a 12 meses, pudiendo reanudar de nuevo el derecho al subsidio en el momento en que se acredite la carencia de rentas (SSTS 25 de marzo de

2014, rec. 1740/2013 y 28 de marzo de 2013, rec. 2752/2012) e igualmente se suspenderá cuando se deje de reunir por igual periodo el requisito de responsabilidades familiares. Si la obtención de rentas o la carencia de responsabilidades familiares se prolonga más de 12 meses, tal situación dará lugar a la extinción del subsidio.

Igualmente se ha entendido que la falta de comunicación de la percepción puntual de ingresos que provoca la superación del límite de rentas, no puede suponer la extinción de la prestación, máxime cuando dichos ingresos se reflejan en la declaración tributaria que se comunica a la Entidad Gestora (STS 30 de abril de 2014, rec. 2135/2013), criterio que parece ser rectificado por la STS de 28 de septiembre de 2016, rec. 3002/2014, al considerar que es causa de extinción por sanción el no comunicar la obtención de rendimientos de la venta de acciones que suponen la percepción de rentas superiores al 75 por 100 del SMI, aunque tales ingresos se hicieron constar posteriormente en la declaración del IRPF, reiterando la STS de 9 de marzo de 2017, rec. 3503/2015, que las reglas de suspensión del subsidio no son de aplicación cuando proceda la extinción por sanción derivada de falta grave, considerando como tal la ausencia de comunicación de datos relevantes al Servicio Público de Empleo (SSTS 6 de febrero de 2018, rec. 3104/2015 y 9 de marzo de 2017, rec. 3503/2015).

En el caso de suspensión del subsidio por la realización de un trabajo por cuenta ajena inferior a doce meses, no procede la reanudación del mismo cuando la causa de la suspensión finalice por un motivo que no constituya situación legal de desempleo, como sucede con la dimisión del trabajador (STS 15 de febrero de 2017, rec. 1810/2015).

10. INCOMPATIBILIDADES

Al existir los mismos supuestos de compatibilidad e incompatibilidad que para la prestación contributiva por desempleo, nos remitimos al capítulo 13, apartado 9, señalando que se ha reconocido la compatibilidad del subsidio por excarcelación con pensión no contributiva (STSJ Comunidad Valenciana de 23 de noviembre de 2010, rec. 1037/2010).

CONCEPTOS BÁSICOS A RECORDAR

- Para ser beneficiario del subsidio por desempleo se exige que el solicitante no tenga ingresos superiores al 75 por 100 del SMI, sin pagas extraordinarias.
- La indemnización por despido no computa como renta del solicitante.
- El acceso al subsidio exige no tener derecho a prestación contributiva.
- El subsidio por cargas familiares exige que el solicitante tenga a su cargo el cónyuge o hijos menores de 26 años y que no se supere el nivel de ingresos establecido.
- Los emigrantes retornados, los liberados de prisión y los trabajadores incapacitados declarados aptos para el trabajo, pueden ser beneficiarios del subsidio.
- El subsidio por desempleo para mayores de 55 años no exige cargas familiares.
- Para el subsidio anterior se exige haber cotizado al menos seis años a desempleo y reunir los requisitos para acceder a pensión de jubilación, salvo el de la edad.

-
- El subsidio de mayores de 55 años se prorroga hasta que se reúnan los requisitos de acceso a cualquier pensión de jubilación.
 - La cuantía del subsidio por desempleo es la del 80 por 100 del IPREM.
 - Durante la percepción del subsidio por desempleo de mayores de 55 años el SPEE cotiza a efectos de jubilación, asistencia sanitaria y protección familiar.

