

---

# Campo de aplicación y acción protectora de la Seguridad Social. Consideraciones generales

---

PID\_00258716

Juan López Gandía

---

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 9 horas



**Juan López Gandía**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Politécnica de Valencia.

Segunda edición: febrero 2019

© Juan López Gandía

Todos los derechos reservados

© de esta edición, FUOC, 2019

Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona

Diseño: Manel Andreu

Realización editorial: Oberta UOC Publishing, SL

Depósito legal: B-54-2019

*Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea éste eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares del copyright.*

# Índice

<b>Introducción</b> .....	7
<b>Objetivos</b> .....	9
<b>1. El ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social</b>	11
1.1. Criterios personales y territoriales .....	11
1.1.1. Trabajadores españoles residentes en España .....	12
1.1.2. Trabajadores españoles en el extranjero .....	12
1.1.3. Los extranjeros y la protección de Seguridad Social .....	13
1.2. Criterios profesionales. La estructura del nivel profesional: régimen general y regímenes especiales .....	15
1.3. El campo de aplicación del régimen general .....	16
1.3.1. Inclusiones .....	16
1.3.2. Exclusiones .....	23
1.4. Los sistemas especiales .....	24
1.5. Prohibición de inclusión múltiple obligatoria. Pluriempleo y pluriactividad .....	25
<b>2. Actos de encuadre. Inscripción de empresas, libro de matrícula, afiliación, altas y bajas</b> .....	26
2.1. La inscripción de empresas .....	26
2.2. Afiliación .....	28
2.3. El alta y las variaciones de esta alta. Situaciones asimiladas al alta .....	29
2.3.1. El alta. Concepto y clases .....	29
2.3.2. Alta real .....	29
2.3.3. Situaciones asimiladas al alta .....	31
2.3.4. Alta mediante convenio especial .....	33
2.3.5. Mecanismos legislativos y jurisprudenciales de relativización del requisito del alta .....	35
2.3.6. Alta presunta o de pleno derecho .....	35
2.4. La baja .....	36
2.5. Actos de encuadre y competencia jurisdiccional .....	36
<b>3. La gestión</b> .....	38
3.1. Formas .....	38
3.2. Entidades gestoras de la Seguridad Social .....	38
3.2.1. Instituto Nacional de la Seguridad Social .....	38
3.2.2. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria .....	39
3.2.3. El Servicio Público de Empleo Estatal .....	39
3.2.4. Instituto Social de la Marina .....	40

3.2.5.	Instituto de Mayores y Servicios Sociales .....	40
3.2.6.	Órganos de gestión, participación en el control y la vigilancia .....	40
3.2.7.	Servicios comunes de la Seguridad Social .....	40
<b>4.</b>	<b>La colaboración en la gestión de la Seguridad Social.....</b>	<b>42</b>
4.1.	Las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social .....	42
4.2.	La colaboración de las empresas en la gestión de la Seguridad Social .....	46
4.2.1.	Colaboración obligatoria .....	46
4.2.2.	Colaboración voluntaria .....	48
<b>5.</b>	<b>La cotización (art. 141 y siguientes LGSS).....</b>	<b>49</b>
5.1.	Sujetos obligados .....	49
5.2.	Sujetos responsables .....	49
5.3.	Duración de la obligación de cotizar .....	49
5.4.	Base de cotización, tipos y límites .....	50
<b>6.</b>	<b>Acción protectora.....</b>	<b>53</b>
6.1.	Las contingencias protegidas .....	53
6.2.	Las contingencias profesionales: el accidente de trabajo .....	55
6.2.1.	Elementos estáticos .....	55
6.2.2.	Elementos dinámicos .....	56
6.2.3.	Ampliaciones objetivas .....	57
6.2.4.	Ampliaciones subjetivas .....	60
6.2.5.	Tramitación .....	61
6.3.	Las contingencias profesionales: la enfermedad profesional .....	62
6.3.1.	Introducción. Sistemas de enfermedades profesionales .....	62
6.3.2.	El sistema español de enfermedades profesionales .....	63
6.3.3.	La declaración y notificación de las enfermedades profesionales .....	64
6.4.	Las enfermedades del trabajo .....	65
6.5.	Las contingencias comunes .....	67
6.6.	Las prestaciones. Clases y consideraciones generales. Caracteres .....	68
6.6.1.	Caracteres generales .....	68
6.6.2.	Causación del derecho a las prestaciones. Requisitos generales y particulares .....	69
6.6.3.	Pensión única e incompatibilidades. Las prestaciones en caso de pluriempleo y pluriactividad ...	76
6.6.4.	Trabajadores a tiempo parcial .....	78
6.7.	Garantías de las prestaciones .....	80
6.7.1.	Garantías de percepción íntegra .....	80
6.7.2.	Garantías para evitar la pérdida de las prestaciones .....	81
6.8.	Incumplimiento de los requisitos generales. La responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones .....	83

6.8.1. Consideraciones generales .....	83
6.8.2. Supuestos y alcance de la imputación de responsabilidades al empresario .....	84
<b>7. La protección asistencial de la Seguridad Social.....</b>	<b>90</b>
<b>8. Los niveles complementarios, las mejoras voluntarias y los planes y fondos de pensiones.....</b>	<b>92</b>
8.1. Mejoras de prestaciones .....	92
8.2. Planes de pensiones .....	94
8.2.1. Concepto .....	94
8.2.2. Modalidades de planes de pensiones .....	94
<b>Resumen.....</b>	<b>99</b>
<b>Actividades.....</b>	<b>101</b>
<b>Ejercicios de autoevaluación.....</b>	<b>104</b>
<b>Solucionario.....</b>	<b>107</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>112</b>



## Introducción

En este módulo estudiaremos las instituciones generales del sistema de la Seguridad Social, como el campo de aplicación, con especial referencia al régimen general, las obligaciones empresariales llamadas actas instrumentales, sin abordar la cotización, y la parte general de contingencias y prestaciones.

De estas contingencias y prestaciones hay que destacar los conceptos de contingencias profesionales, accidente de trabajo y enfermedad profesional, sobre los cuales se ha construido históricamente buena parte de la acción protectora de la Seguridad Social.

También abordaremos la gestión, las entidades gestoras de la Seguridad Social y la participación o colaboración en la gestión de las empresas mediante las mutuas o las llamadas empresas colaboradoras.

Después abordaremos el alcance de la acción protectora, las prestaciones, a todos los efectos, y dejaremos pues para otra fase el estudio detallado y singular de cada una de estas prestaciones.

En este módulo, con el objetivo didáctico y conceptual de elaborar los conceptos fundamentales, trataremos de comprender aspectos fundamentales de la Seguridad Social:

- El tratamiento de la estructura profesional de la Seguridad Social.
- Los requisitos para la inclusión de las prestaciones.
- El carácter contributivo de las prestaciones: de ahí los requisitos de alta y cotización previa para acceder a ellas.
- Los aspectos básicos de las entidades gestoras y colaboradoras.
- Los aspectos generales de las prestaciones, la determinación del cálculo y cuantía, la intervención de la ley fijando mínimos y máximos, y la figura de los complementos por mínimos.

Finalmente, y dentro del sistema público, abordaremos las garantías de las prestaciones, es decir, las responsabilidades en caso de incumplimiento empresarial.

Para cerrar la acción protectora estudiaremos de manera general las prestaciones asistenciales y los niveles complementarios, esto es, las mejoras voluntarias y los planes y fondos de pensiones.

## Objetivos

Con el estudio de este módulo los estudiantes tenéis que lograr los objetivos siguientes:

- 1.** Familiarizaros con las instituciones, los conceptos, las técnicas y los mecanismos generales del sistema de la Seguridad Social.
- 2.** Comprender los aspectos fundamentales de la Seguridad Social como paso previo básico para adentraros en el estudio de los otros módulos, que hacen referencia al resto de los aspectos de la Seguridad Social.



# 1. El ámbito subjetivo del sistema español de Seguridad Social

## 1.1. Criterios personales y territoriales

En el campo de aplicación de la Seguridad Social la figura central continúa siendo el **trabajador por cuenta ajena** en el régimen general o en los especiales. Sin embargo, ha ido incorporando a su campo de aplicación nuevos sujetos que llevan a cabo la actividad no ya bajo la figura del contrato de trabajo, en las diversas modalidades existentes, sino mediante otras relaciones jurídicas.

Para ello, la normativa de Seguridad Social ha tenido que usar el concepto de **asimilados** a trabajadores para incorporar a su campo de aplicación, en el régimen general o en los especiales, a los nuevos sujetos o colectivos que, como consecuencia de la evolución económica, social y del mercado de trabajo, han ido surgiendo.

Además, la extensión del campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social ha dado lugar a la creación de regímenes especiales para sectores de actividad específicos, o para figuras ajenas al campo laboral (autónomos, funcionarios, etc.) que han acentuado la tendencia expansiva de la Seguridad Social, pero con la forma de una excesiva fragmentación, resultado de un proceso histórico aluvial.

Junto a la tendencia expansiva de la Seguridad Social se ha elaborado el segundo escalón de la Seguridad Social, el **no contributivo**, que ha ampliado todavía más el campo de los posibles sujetos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación.

El artículo 7 de la LGSS o TRLGSS habla de las personas comprendidas en el campo de aplicación de la Seguridad Social «sea porque hacen una actividad profesional, sea porque cumplen los requisitos exigidos en la modalidad no contributiva». El artículo 7.2, por su parte, declara incluidos dentro del sistema de la Seguridad Social «a efectos de las prestaciones de modalidad no contributiva, todos los españoles residentes en territorio nacional», que se otorgan no porque hagan una actividad profesional, sino porque no tienen rentas, pero solamente respecto a algunas prestaciones como la asistencia sanitaria, la incapacidad permanente, la jubilación y por hijo a cargo.

El artículo 7 de la LGSS exige, como acabamos de indicar, criterios profesionales para determinar la inclusión en el sistema de la Seguridad Social, pero también criterios de nacionalidad y territorialidad.

### 1.1.1. Trabajadores españoles residentes en España

El artículo 7 de la LGSS se refiere a los trabajadores españoles cuando dice que están comprendidos en el sistema de la Seguridad Social todos los españoles que residan y ejerzan normalmente la actividad en territorio nacional.

El artículo 7.2 de la LGSS dice lo mismo respecto a las prestaciones no contributivas.

### 1.1.2. Trabajadores españoles en el extranjero

En cuanto a los españoles no residentes en territorio nacional, de acuerdo con el artículo 7.3 de la LGSS están excluidos como regla general de la Seguridad Social española porque se aplica el **principio de territorialidad**.

Hay que mencionar, no obstante, una serie de excepciones y tener en cuenta si son desplazados o emigrantes.

En cuanto a los **desplazados**, se trata de españoles enviados en misión por motivos de trabajo por su empresa en un desplazamiento temporal a un centro de trabajo en el extranjero. En este caso se mantiene la relación jurídica de Seguridad Social en España por la vía de la situación de asimilación al alta (art. 166 LGSS y art. 36 RD 84/1996). Todo ello sin perjuicio de las singularidades que en cada caso establezcan los convenios bilaterales o multilaterales de Seguridad Social. En países comunitarios se entiende desplazado hasta doce meses prorrogables por doce más, y conserva el alta en su país de residencia.

Según la Ley 45/1999, de 29 de noviembre (art. 2), sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional por la que se traspone la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, es desplazamiento en el marco de una prestación de servicios transnacional el efectuado durante un período limitado de tiempo.

Las empresas establecidas en España que desplacen temporalmente a sus trabajadores al territorio de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo en el marco de una prestación de servicios transnacional deberán garantizar a estos las condiciones de trabajo previstas en el lugar de desplazamiento por las normas nacionales de transposición de la Directiva 96/71/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, sin perjuicio de la aplicación a los mismos de condiciones de trabajo más favorables derivadas de lo dispuesto en la legislación aplicable a su contrato de trabajo, en los convenios colectivos o en los contratos individuales.

#### **Españoles en viajes de turismo**

Si se trata de españoles en viajes de turismo al extranjero o estancia temporal, mantienen la relación, y la Seguridad Social española se hace cargo de ciertas prestaciones que puedan sobrevenir, sea por medio de la cartilla de desplazado, sea porque se trata de urgencia vital.

En cuanto a los españoles **emigrantes** o que trabajen en el extranjero, hay que distinguir si se trata de trabajador **emigrante a país comunitario** –en este caso se aplican los reglamentos comunitarios– o trabajador **emigrante a países no comunitarios** –en este caso hay que ajustarse a los convenios de Seguridad Social con el país del que se trate (DA 2.ª de la LGSS). En todo caso, los accidentes o las enfermedades que se produzcan en el viaje de emigración asistida o en los desplazamientos temporales a España se consideran accidentes de trabajo en el trayecto (*in itinere*) y los protege la Seguridad Social española, si la extranjera no se hace cargo.

Cuando esté legalmente en el país de acogida, le es aplicada la Seguridad Social propia de aquel país, aunque el emigrante puede optar, en caso de que no le sea aplicable la Seguridad Social del país, o sea de nivel inferior a la española, por mantener la relación con la Seguridad Social española con un convenio especial, requisito necesario para que computen las cotizaciones sobre todo cuando no haya convenio bilateral.

Los españoles, no necesariamente emigrantes, residentes en el exterior tienen derecho a prestaciones por razón de necesidad si no tienen rentas y si tienen más de 65 años en caso de asistencia sanitaria, incapacidad y vejez (art. 19 LO 40/2006, de 14 de diciembre, y RD 8/2008, de 11 de enero).

### 1.1.3. Los extranjeros y la protección de Seguridad Social

Los extranjeros tienen derecho igual que los españoles a las **prestaciones tanto contributivas como no contributivas** sin necesidad de convenios internacionales ni de reciprocidad siempre que estén legalmente en España o lleven a cabo una actividad en territorio nacional de las que dan lugar al encuadre en la Seguridad Social (art. 7.2 LGSS). Así es como se dice respecto a trabajadores comunitarios y equiparados por la jurisprudencia del TC y del TS (STC 130/1995, de 11 de septiembre, y STS de 30 de marzo de 1999 y 28 de octubre de 1999).

Después de la Ley 4/2000, de 11 de enero (arts. 10 y 12), se extiende la protección social a todos los extranjeros que estén legalmente en España. Por lo tanto, se debe entender que el derecho se refiere tanto a las contributivas derivadas del trabajo o actividad profesional como a las no contributivas, todo ello sin perjuicio de que, igual que a los españoles, les sean exigidos periodos mínimos de residencia.

#### Ved también

Para el caso de trabajador o funcionario de organizaciones internacionales, ved el apartado «Inclusiones» de este módulo (funcionarios).

Los extranjeros residentes (art. 14 LO 4/2000) tienen derecho a las prestaciones sociales.

Los otros extranjeros, aunque no estén legalmente en España, después del Real decreto ley 16/2012 solo tienen derecho a la asistencia sanitaria de urgencia en enfermedades graves o accidentes, y a la continuación de esta asistencia hasta el alta médica y asistencia al embarazo, parto y posparto.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional esta norma y ha avalado la decisión del Gobierno vasco de dar **atención sanitaria a los inmigrantes «sin papeles»** en contra de lo que establece el Ministerio de Sanidad, que acordó anular la tarjeta sanitaria a este colectivo. Afirma que el «derecho a la salud y el derecho a la integridad física» de los inmigrantes sin papeles y la «conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad» tienen una «importancia singular en el marco constitucional» que no se puede ver «desvirtuada» por la «simple consideración de un ahorro económico eventual que no se ha podido concretar».

En todo caso, los extranjeros de menos de 18 años reciben asistencia sanitaria en iguales condiciones que los españoles. Finalmente, con independencia de su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicos.

Los extranjeros que trabajen en España sin permiso de trabajo ni permiso de residencia se benefician de protección en principio en materia de riesgos profesionales de acuerdo con el Convenio núm. 19 del OIT y el artículo 1.4.b de la Orden de 28 de diciembre de 1966. Para esta protección se exige que el país de origen del extranjero haya ratificado el convenio mencionado o bien que se haya estipulado un convenio de Seguridad Social que establezca el principio de igualdad de trato y reciprocidad.

Así pues, la falta del permiso no es obstáculo para obtener las prestaciones que le puedan corresponder, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades del empresario, incluyendo las de Seguridad Social. Esto, no obstante, no implica el reconocimiento de la relación de Seguridad Social y la regularización de su situación.

Sin embargo, de acuerdo con los arts. 3 de la Ley 16/2003 (redacción que hace el RDL 16/2012) y 2 y 3 del RD 1192/2012, pese a la exclusión del derecho, aunque estén empadronados, excepto en los casos de urgencia médica, embarazo, parto y posparto, se tiene que recibir la prestación mediante el pago de una contraprestación o cuota, derivada de la suscripción de un convenio especial con el servicio público de salud correspondiente.

Por otro lado, las responsabilidades de la empresa en materia de Seguridad Social por contratar a un trabajador sin permiso de trabajo afectan a la responsabilidad de pago de las prestaciones. Además, la empresa tiene que ingresar las cuotas correspondientes en concepto de incremento de sanción (art. 48 LO 62/2003).

La jurisprudencia no ha reconocido la prestación por desempleo (STS de 18 de marzo y 12 de noviembre del 2008) si no se tiene permiso de residencia. No obstante, en aquellos casos previstos en el art. 36 del RD 557/2011, de 20 de abril, en que no se precisa autorización –por ejemplo, en el caso de cursar el máster de especialista en ciencias de la salud con relación laboral especial del RD 1146/2006– los extranjeros tienen derecho a prestaciones de desempleo (STS de 24 de marzo de 2017, Rec. 255/2007 y 20 de marzo de 2015, Rec.950/2014).

También se equiparon a los españoles los extranjeros que tienen el estatuto de **refugiados** (LO 5/1984, de 26 de marzo, y 9/1994, de 19 de mayo) y de **apátridas** (España ha ratificado en el BOE de 4 de julio de 1997 el Estatuto de apátridas de 1954).

A los **trabajadores comunitarios** que estén legalmente en España, además de estar equiparados plenamente a los españoles a los efectos laborales y de Seguridad Social, les son aplicados los reglamentos comunitarios 1408/1971 y 574/1972. Los reglamentos comunitarios (CE) núm. 883/04 y núm. 987/09 se aplican para la coordinación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros de la **Unión Europea** desde el 1 de mayo del 2010.

## **1.2. Criterios profesionales. La estructura del nivel profesional: régimen general y regímenes especiales**

En cuanto al campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, el artículo 7 incluye a todos los españoles, con independencia del sexo, estado civil y profesión, que residan y ejerzan la actividad en territorio nacional, tanto si son **trabajadores por cuenta ajena** con cualquier modalidad contractual, o asimilados a estos trabajadores, como si son **trabajadores por cuenta propia o autónomos**, tanto si son titulares de empresas individuales o familiares como si no, mayores de 18 años y que reúnan los requisitos que se determinen por reglamento.

También se incluyen los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, los socios de trabajo de las otras cooperativas, los estudiantes y los funcionarios públicos civiles y militares.

Los artículos 7, 9, 10 y 11 de la LGSS delimitan el campo de aplicación de los sujetos incluidos dentro del sistema de la Seguridad Social y distinguen tres conceptos básicos: **régimen general**, **regímenes especiales** y **sistemas especiales**.

### **1.3. El campo de aplicación del régimen general**

#### **1.3.1. Inclusiones**

El artículo 7.1 de la LGSS establece que como regla general están incluidos dentro del sistema (sin prejuzgar la inclusión posterior en el régimen general o en uno especial) los trabajadores por cuenta ajena y asimilados.

De entrada, se parte del concepto de trabajador por cuenta ajena de los artículos 1 y 2 del ET en las diversas modalidades de contratación que tiene, con la edad mínima para trabajar y con independencia de la categoría profesional, el salario y el número de horas de trabajo, salvo que constituya una actividad marginal y sea autorizada.

El artículo 136 de la LGSS (antiguo art. 97 LGSS de 1994), por su parte, precisa el concepto de trabajador a efectos de incluirlo en el régimen general y establece una serie de inclusiones, exclusiones y asimilaciones.

El artículo 136 de la LGSS incluye dentro del concepto de trabajadores por cuenta ajena por asimilación las figuras siguientes:

1. Personal de alta dirección. El problema de los administradores sociales y de los socios trabajadores de empresas capitalistas.

En cuanto a este personal, puede ser alto cargo sin más ni más o, a la vez, ser socio de sociedades capitalistas o de responsabilidad limitada. También puede ser solamente administrador o, a la vez, trabajador común o especial de la empresa.

Veamos las diferentes situaciones que prevé el artículo 136.2.b y 136.2.c de la LGSS, que retoma los términos de la antigua disposición adicional 27.<sup>a</sup> de la LGSS:

a) Exclusión del sistema:

- Los socios que ejerzan solo la función de consejeros en empresas capitalistas. Este supuesto comprende a los llamados impropiaemente, aunque es la terminología legal, *consejeros pasivos* que no ejerzan cargos de administración específica ni tengan control efectivo de estas.

- Los socios, tanto si son administradores como si no, de sociedades capitalistas cuyo objeto social no esté constituido por el ejercicio de actividades profesionales, sino por la mera administración del patrimonio de los socios (art. 306.2 LGSS).

b) Inclusión en el régimen general:

- El personal de alta dirección, con contrato laboral especial del artículo 2.1.a del ET siempre que no pertenezca al órgano de administración, excepto que por razón de su actividad corresponda incluirlos como trabajadores por cuenta ajena de algún régimen especial.
- Los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas, aunque formen parte del órgano de administración, siempre que no tengan una participación directa o indirecta mayoritaria en el capital social, ni posean por cualquier otro medio un control efectivo de la sociedad.
- Los consejeros y administradores que formen parte de su órgano de administración. No basta con que sean administradores sin más ni más, sino que tienen que llevar a cabo funciones de gerencia o administración, tanto si son retribuidos por tal cargo como si perciben otra remuneración (por el hecho de trabajar en otro lugar), **siempre que no posean control efectivo**. Están incluidos en el régimen general por asimilación, pero sin la protección de desempleo ni del fondo de garantía salarial (FOGASA), sin que pueda darse la modalidad a tiempo parcial como gerente o administrador (STS de 1 de julio del 2002), puesto que no hay contrato de trabajo. Si por otra actividad hubiera relación laboral, la condición de administrador prevalecería sobre la hipotética relación laboral común o especial.

Sin embargo, los **socios trabajadores de las sociedades laborales** (art. 136.2.d de la LGSS y Ley 44/2015 de sociedades laborales, disp. final 1.<sup>a</sup>):

- **Si son de hasta veinticinco trabajadores**, aunque formen parte del órgano de administración social, tanto si tienen competencias directivas como si no, disfrutan de todos los beneficios de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena que les corresponda según la actividad, y también de la protección por desempleo y del FOGASA.
- **Si son de hasta veinticinco trabajadores o más**, si no son retribuidos por el desempeño del cargo, siempre que esta retribución no derive indirectamente de su relación laboral de alto cargo, si procede, también se benefician de una protección plena. Entendemos que sigue vigente la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la Ley 27/2011 (STS de 17 de mayo de 1999, Rec. 3046/1998, y STS de 17 de febrero del 2009, Rec. 739/2008).

c) Inclusión en el régimen de **autónomos** (art. 305.2.b LGSS):

Quienes ejerzan funciones de gerencia o administración o presten servicios retribuidos por cuenta de una sociedad mercantil capitalista siempre que posean el control efectivo de esta sociedad, sea por su participación directa o indirecta en el capital social o por cualquier otro medio. La LGSS, en la redacción actual, recoge como criterio decisivo la participación accionarial, a pesar de la debilidad del criterio, puramente formal, y los inconvenientes que puede suponer (cambios accionariales, compra y venta de acciones, etc.) y que se pusieron de manifiesto en el voto particular en la sentencia mencionada. Si la actividad es marítimo-pesquera la inclusión se produce en el REMAR (Ley 47/2015).

A tal efecto se establecen una serie de **presunciones de control efectivo**:

- Como presunción *iusuris et de iure*: cuando posean al menos la mitad del capital social (50 %). No admite prueba en contra.
- Como presunciones *iusuris tantum* (admite prueba en contra):
  - cuando la participación sea igual o superior a 1/3 del capital social.
  - cuando la participación sea igual o superior a 1/4 de las acciones, si tiene atribuido el ejercicio de funciones de gerencia y dirección.
  - cuando posean al menos la mitad del capital social (50 %), distribuido entre sus parientes (por consanguinidad, afinidad o adopción) hasta el segundo grado o mediante vínculo conyugal.

No hace falta que el trabajador sea socio, sino que basta con que lo sean sus parientes. Tanto en el ET (art. 1.3.e) como en la LGSS se exigen los requisitos de convivencia y dependencia económica para que se presuma la no laboralidad. Hay que demostrar en contra de esta presunción que no se tiene el control efectivo y que no se trata de un trabajo excluido de la relación laboral, salvo que se entienda que los dos son coincidentes.

### **Ejemplo**

Un trabajador que trabaja en una sociedad anónima como técnico de laboratorio, en la cual tiene el 15 % de las acciones, y teniendo en cuenta que los otros accionistas no son familiares, está encuadrado en el régimen de trabajadores por cuenta ajena, a pesar de que es socio.

En cambio, si se tratara de una empresa en la que los otros accionistas son sus padres y un hermano, que tuvieran el 85 % de las acciones entre los tres, y el trabajador conviviera con su familia, estaría encuadrado en régimen de trabajadores por cuenta propia.

Pasaría esto mismo si en lugar de ser técnico de laboratorio fuera administrador de la empresa con el mismo porcentaje de las acciones del 15 %, puesto que prevalece la condición de administrador.

Si, además de ser técnico de laboratorio, fuera administrador mancomunado en una sociedad laboral y no percibiera ninguna remuneración como tal, sino solo como técnico,

estaría en régimen de trabajadores por cuenta ajena. Y también si estuviera remunerado pero la sociedad laboral tuviera hasta veinticinco socios trabajadores.

**2. Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares** (relación laboral especial, pero en el régimen general común, no en el sistema especial de trabajadores del hogar).

**3. Laicos o seglares** que presten servicios retribuidos en los establecimientos o dependencias eclesiásticos.

**4.** Personas que presten servicios retribuidos en las entidades e instituciones de carácter benéfico y social.

**5.** Personal contratado al servicio de **notarías, registros de la propiedad y otras oficinas o centros parecidos**. El notario, en cambio, está incluido en el RETA (después del RD 1505/2003, de 28 de noviembre) y también los registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles (DA 90.<sup>a</sup> Ley 46/2014 LPE para 2015).

**6. Altos cargos de naturaleza política y miembros de las corporaciones locales** con dedicación exclusiva que no sean funcionarios. Cuando perciben retribuciones por el ejercicio del cargo en régimen de dedicación exclusiva son dados de alta en el régimen general, y el pago de las cuotas lo asumen las corporaciones.

También los **parlamentarios** de los parlamentos que suscriban un convenio especial.

**7. Los cargos representativos de los sindicatos** que ejerzan **funciones sindicales de dirección** con dedicación exclusiva o parcial y perciban una retribución (LO 37/2006, de 7 de diciembre).

**8. El personal dependiente de las administraciones públicas, funcional y no funcional**, que está incluido dentro del régimen general y no en un régimen especial de funcionarios públicos. Se trata de los siguientes:

- El personal civil no funcionario dependiente de organismos, servicios o entidades del Estado de carácter civil y de organismos y entidades de la Administración local.
- El personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares.
- Los funcionarios de entidades estatales autónomas y organismos autónomos.

- Los funcionarios en prácticas no sujetas al régimen de clases pasivas (DA 3.ª LO 30/1984, de reforma de la función pública).
- Los funcionarios de las comunidades autónomas (DA 3.ª LO 30/1984) que hayan ingresado o ingresen en cuerpos o escalas propias.
- Los **funcionarios interinos y de empleo**, suplentes o sustitutos y **altos cargos no funcionarios** (DA 5.ª LGSS).
- Los **funcionarios de la Administración local**. También se incluyen los de la comunidad foral y entidades locales de Navarra. Contempla algunas peculiaridades en asistencia sanitaria (DA 7.ª LGSS).
- Los **funcionarios públicos y otro personal de nuevo ingreso** a que se refiere la disposición adicional tercera de la LGSS (que refunde el RDL 13/2010), que accedan al funcionariado a partir del 1 de enero del 2011. Se trata del personal que se especifica en el artículo 2.1 del texto refundido de la Ley de clases pasivas del Estado, aprobado por el RDLeg 670/1987, de 30 de abril, a excepción del comprendido en la letra *e*. Se trata de una inclusión con peculiaridades, puesto que conservan especialidades relativas a:
  - la edad de jubilación forzosa,
  - las referidas a los tribunales médicos competentes para la declaración de incapacidad o inutilidad del funcionario,
  - algunas respecto al personal militar de carácter no permanente y para el personal militar en general el régimen de las pensiones extraordinarias que prevé la normativa de clases pasivas del Estado,
  - la forma como se presta la asistencia sanitaria.
- Los **funcionarios internacionales o trabajadores de la Administración pública en el extranjero** o de organizaciones internacionales, salvo que el sujeto opte por incorporarse a la del país de residencia, si es posible.
- Los **trabajadores o funcionarios de organizaciones internacionales y de la Unión Europea** si formalizan un convenio especial, para cubrir las pensiones y la asistencia sanitaria, salvo que el sujeto opte por incorporarse a la del país de residencia, si es posible (DA 5.ª de la LGSS).

**9. Los reclusos que hagan trabajos penitenciarios retribuidos** (art. 26 Ley general penitenciaria, LGP), de forma que trabajen en el organismo autónomo Trabajos Penitenciarios.

**10. El clero** diocesano de la Iglesia católica, ministros del culto de otras confesiones como la unión de iglesias cristianas adventistas y las confesiones evangélicas, israelitas y musulmanas. No tienen la protección de accidente de trabajo, maternidad y riesgo durante el embarazo.

**11. El personal investigador**, entre el que hay que distinguir los que están en formación mediante **becas de investigación** de los que ya son investigadores formados, a los cuales, en esta fase, les hacen **un contrato laboral**. En la fase de formación no se da una protección plena, puesto que no incluye la protección por desempleo. En la segunda fase, de contrato laboral, la integración es plena.

**12. Las prácticas laborales** (DA 6.<sup>a</sup> LGSS). La protección social se otorga como contrato formativo (RD 1513/2011, de 31 de octubre). Para jóvenes parados entre 18 y 25 años, titulados o con cualificación profesional, la misma que para contrato de prácticas, sin experiencia laboral o no mucha (tres meses como máximo).

Las **prácticas académicas** externas, curriculares y extracurriculares, de los estudiantes universitarios (disposición adicional 3.<sup>a</sup> de la Ley 27/2011, RD 1493/2011 de 24 de octubre y Resolución de la TGSS de 4 de noviembre del 2011, BOE de 12 de noviembre). Se trata de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades. Son asimilados a trabajadores, a efectos de la Seguridad Social, los participantes en programas de formación **retribuidos o remunerados**, tal como establece el artículo 1 del RD 1493/2011. Esta obligación implica la preceptiva afiliación y alta por parte de la empresa, y la cotización, que solo cubre los conceptos de contingencias comunes y profesionales pero no las partidas del FOGASA, desempleo o formación profesional. En todo caso, se trata de los estudiantes que hacen prácticas remuneradas o reciben algún tipo de contraprestación o ayuda por ello. La cotización es la correspondiente a los contratos de formación y aprendizaje, y sus prestaciones, excepto la de desempleo. Pero, a pesar de ser baja, además las empresas disfrutaban de una bonificación del 100 % de la cotización a partir del 1 de agosto del 2014 (RDL 8/2014).

Respecto a los estudiantes que hacen prácticas no remuneradas, los centros formativos están obligados a suscribir un seguro de responsabilidad civil, o bien a título individual, o bien, lo que es más común, de forma colectiva. Así, por ejemplo, un estudiante de grado o de un máster que incluye prácticas remuneradas en empresas dentro del plan de estudios en conexión y de acuerdo con las universidades.

**13. Los periodos de formación**, DA 6.<sup>a</sup> LGSS (RD 1493/2011, de 24 de octubre, y Resolución de la TGSS de 4 de noviembre del 2011). Solo afecta a **periodos posteriores** a la entrada en vigor del Real decreto 1493/2011, esto es, el 1 de noviembre del 2011. Para los periodos de formación **anteriores** a la fecha de entrada en vigor de la Ley 27/2011, que comporten prestación económica, los interesados pueden estipular un **convenio especial** propio para comple-

mentar los periodos de dos años como máximo. Los términos reglamentarios de este convenio especial los establece la disposición adicional 1.<sup>a</sup> del Real decreto 1593/2011.

**14. Los deportistas profesionales** (RD 287/2003, de 7 de marzo), cuya relación laboral esté regulada por el Real decreto 1065/1985, de 26 de junio. Los otros **deportistas de alto nivel** están incluidos en la Seguridad Social si residen en España y formalizan un convenio especial laboral regulado por el Real decreto 1065/1985, de 26 de junio.

**15. Los trabajos temporales de colaboración social** (art. 213.3 LGSS) y las **prestaciones personales obligatorias** no dan lugar a relación laboral, pero el accidente que se pueda producir se protege.

**16. Los trabajadores con discapacidad ocupados en los centros especiales de empleo**, si bien se prevé la posibilidad de establecer normas específicas relativas a sus condiciones de trabajo y de Seguridad Social en consideración a las peculiares características de su actividad laboral (art. 13 de la LGSS).

Los **socios de cooperativas de trabajo asociado** (art. 14 de la LGSS) pueden optar como asimilados por un régimen de trabajadores por cuenta ajena o por un régimen de trabajadores por cuenta propia. En cambio, están en régimen de trabajadores por cuenta ajena los de explotación comunitaria de la tierra y los socios de trabajo de las otras cooperativas (art. 14 LGSS).

Las cooperativas tienen que ejercer la opción en sus estatutos, y solo la podrán modificar en los supuestos y las condiciones que establezca el Gobierno.

En todo caso, no son aplicables a las cooperativas de trabajo asociado, ni a las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra ni a los socios trabajadores que las integran, las normas sobre cotización y prestaciones del Fondo de Garantía Salarial.

Los **socios trabajadores de sociedades laborales**, en principio, si reúnen la condición de trabajador por cuenta ajena, están incluidos en el régimen general o en alguno de los regímenes especiales, según lo que corresponda. Respecto a los miembros de los órganos de administración de estas sociedades, hay que ajustarse a lo que hemos dicho más arriba.

Por ejemplo, cuatro amigos estudiantes de ingeniería forman una sociedad anónima laboral para fabricar ciertos componentes electrónicos que han inventado. Trabajan todos en la empresa, cada uno con un 25 % de las acciones, y llevan a cabo una administración de la empresa de manera rotatoria no remunerada. Tienen que estar encuadrados en el régimen general.

### 1.3.2. Exclusiones

Hay que tener en cuenta el art. 12 de la LGSS y el art. 137 para el régimen general.

#### Familiares del empresario

El artículo 12 de la LGSS excluye a los familiares del empresario que convivan con él y estén a su cargo, y dependan económicamente de él, es decir, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y otros parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado incluido y, si procede, por adopción, ocupados en su centro o centros de trabajo, cuando convivan en su casa y estén a su cargo, tanto si se trata de empresas familiares como si no, con el mismo alcance y requisitos que lo hace el artículo 1 del ET respecto al concepto de trabajador por cuenta ajena:

- Es una presunción *iuris tantum* para cónyuge e hijos sometidos a patria potestad.
- Hasta el segundo grado de parentesco. No se considera familiar a la hija de un conviviente *habiti uxorio* o pareja de hecho.

Sin embargo, el art. 12 de la LGSS, que retoma el Estatuto del trabajador autónomo (DA 10.ª LO 20/2007), permite al autónomo contratar como trabajador por cuenta ajena a un hijo de menos de 30 años o de más de 30 con especiales dificultades para la inserción laboral (DA 5.ª LO 27/2009), aunque conviva con él, si bien el encuadre no es pleno porque excluye las prestaciones por desempleo.

Una vez que se cumplan los 30 años, ya no se mantiene esta situación (RD 1382/2008 de 1 de agosto), salvo que se trate de hijos que, a pesar de tener más de 30 años, tengan especiales dificultades para su inserción laboral. A estos efectos, se considera que existen estas dificultades especiales cuando se trate de personas con parálisis cerebral, personas con una enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 %, y personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 % (art. 12.1 de la LGSS).

#### Trabajos marginales

También se excluye del sistema de la Seguridad Social, en conjunto, a las personas cuyo trabajo en cuanto a la jornada y retribución se considere marginal y no constituya el medio fundamental de vida.

#### Ved también

Para el caso de sociedades familiares, ved más arriba en cuanto al encuadre de socios, administradores y familiares.

Por otro lado, los trabajos marginales no están excluidos, sino que constituyen un supuesto de trabajo a tiempo parcial.

### **Servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad**

Los trabajos de voluntariado están excluidos y la Ley del voluntariado social 6/1996, de 15 de enero (art. 6 y 8), obliga a proteger a los voluntarios mediante una póliza de seguro privada.

### **Trabajos incluidos en regímenes especiales**

Finalmente, hay que señalar que están excluidos del régimen general los trabajadores por cuenta ajena que por razón de la actividad estén incluidos en un régimen especial, como los trabajadores por cuenta ajena del mar y los mineros del carbón.

Las profesiones liberales colegiadas (médicos, abogados, etc.) pueden optar entre el RETA y la mutualidad de previsión social del colegio, si la hay, teniendo en cuenta las previsiones de la Ley 30/1995, de ordenación del seguro privado, recogidas ahora por la DA 18.<sup>a</sup> de la LGSS, que deroga en este punto la DA 15.<sup>a</sup> de la Ley 30/1995. Después de la Ley 27/2011, en caso de opción por la mutualidad se exigen unas cuantías mínimas en la acción protectora. Podéis ver actualmente la DA 9.<sup>a</sup> de la LGSS.

También puede que el profesional opte por el encuadre en el RETA y a la vez como mejora voluntaria la protección a cargo de la mutualidad.

En caso de que, además de la actividad como profesional liberal, se haya incluido en el RETA que lleva a cabo actividades laborales por cuenta ajena, se produce una situación de pluriactividad con doble encuadre.

## **1.4. Los sistemas especiales**

Los **sistemas especiales** no tienen especialidades que afecten a aspectos sustantivos, sino solamente peculiaridades en actos de encuadre, afiliación, forma de cotización o recaudación (art. 11 LGSS y Orden de 28 de diciembre de 1966) de sujetos incluidos en el régimen general, aunque no se excluye que se puedan establecer alguna vez para regímenes especiales (por ejemplo, los trabajadores agrarios por cuenta propia que están incluidos en el RETA como sistema especial después de la LO 18/2007 y el RD 1382/2008, de 1 de agosto).

Son los siguientes (art. 43.2 RD 84/1996, de 26 de enero):

- empresas de exhibición cinematográfica, salas de baile, discotecas y salas de fiesta;
- manipulación y empaquetado de tomates frescos por cosecheros exportadores;

- manipulación y envasado de frutas y hortalizas y conservas vegetales;
- industria resinera;
- servicios extraordinarios en la hostelería;
- encuestadores de empresas de estudios de mercado y opinión pública;
- estibadores portuarios.

Y añade el art. 136.2 a) y g) de la LGSS:

- de los trabajadores del hogar (creado por la Ley 27/2011), y
- de los trabajadores agrarios por cuenta ajena (creado por la Ley 28/2011).

En estos casos, como trabajadores del hogar y agrarios por cuenta ajena también hay especialidades en la acción protectora.

Los trabajadores que hagan las operaciones de **manipulación, empaquetado, envasado y comercialización del plátano**, tanto si estas labores se llevan a cabo en el lugar de producción del producto como fuera de este, y tanto si provienen de explotaciones propias como de terceros, o bien se realicen individualmente o en común, mediante cualquier tipo de asociación o agrupación, incluidas las diferentes clases de cooperativas, están en el régimen general común, sin constituir un sistema especial.

Los trabajadores autónomos de la industria y los servicios tienen también un régimen especial (RETA) y están incluidos en él como sistema especial los agrarios por cuenta propia (SETA) (art. 305.2 de la LGSS).

### **1.5. Prohibición de inclusión múltiple obligatoria. Pluriempleo y pluriactividad**

Las personas comprendidas en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social no pueden estar incluidas por el mismo trabajo, con carácter obligatorio, en otros regímenes de previsión diferentes de los que integran este sistema (art. 8 LGSS).

Sin embargo, si se trata de dos actividades incluidas en el régimen general, se da una situación de pluriempleo.

Si se llevan a cabo actividades que den lugar a la inclusión de varios regímenes de Seguridad Social se puede dar la inclusión en cada uno de ellos, y esto da lugar a la pluriactividad.

Si se llevan a cabo varias actividades dentro de un régimen especial, solo procede una inclusión. Así, por ejemplo, el titular de un bar y a la vez de una tienda, solo puede tener una inclusión en el RETA. No se da pluriempleo ni pluriactividad.

## 2. Actos de encuadre. Inscripción de empresas, libro de matrícula, afiliación, altas y bajas

Los actos de encuadre son actos administrativos declarativos con los cuales se formaliza la relación de Seguridad Social, y por eso se llaman actos instrumentales. En los art. 15 y 16 de la LGSS se regulan con carácter general para todo el sistema. Y en los art. 139 y siguientes LGSS para el régimen general.

La obligación de constituir la relación recae sobre los sujetos obligados (normalmente el empresario o el trabajador por cuenta propia). Son la afiliación, altas y bajas y variaciones de datos. La Administración de la Seguridad Social se encarga de tramitarla y de hacer el control formal. También la puede llevar a cabo de oficio. El principal en relación con el contratista tiene que verificar que se han llevado a cabo (art. 16.5 LGSS).

Cuando se trata de trabajadores incluidos en el régimen general, los actos son los siguientes:

- Inscripción de empresas y con ella el documento de proposición de asociación para la cobertura de riesgos profesionales (opción de seguro) y opción de cobertura de la incapacidad temporal (opción de cobertura) por la mutua colaboradora de la Seguridad Social (art. 138 LGSS).
- Afiliación (art. 139 LGSS).
- Altas y bajas (art. 139 LGSS).
- Cotización (art. 141 y siguientes LGSS).

Los actos de encuadre se pueden hacer en los medios tradicionales o utilizando **medios electrónicos, informáticos y telemáticos** (art. 38 RD 84/1996, Orden de 3 de abril de 1995 y Resolución de 23 de mayo de 1995).

Hay que tener en cuenta la regulación especial en los sistemas especiales de trabajadores agrarios por cuenta ajena y trabajadores del hogar.

### 2.1. La inscripción de empresas

El empresario que empieza las actividades tiene que solicitar la **inscripción en la Seguridad Social**, como requisito previo e indispensable para empezarlas, cuando dé trabajo a trabajadores por cuenta ajena. También tiene que comunicar la realización sobrevenida de actividades diferentes y las variaciones que se produzcan en los datos facilitados cuando solicitó la inscripción.

#### Cuatro años

Todos los documentos, incluso en soporte informático, relativos a actos de encuadre se tienen que conservar durante cuatro años (art. 52 RD 84/1996, después del art. 35 LO 24/2001).

El empresario es el sujeto obligado, pero si no, se puede hacer de oficio.

En caso de comunidades de bienes, la entidad (o el primer comunero) es quien se considera como tal. En otros colectivos se precisa en el artículo 10 del Real decreto 84/1996.

La inscripción se tramita en la TGSS (Dirección Provincial) o la administración correspondiente del domicilio de la empresa, mediante una solicitud de la empresa, aportando una serie de datos.

La TGSS, mediante un acto administrativo, inscribe la empresa y le otorga:

- un **número de inscripción** para individualizarla en el respectivo régimen del sistema de la Seguridad Social;
- este número sirve como primer y principal **código de cuenta de cotización** y en principio se vincula al domicilio de la empresa. Hay otras cuentas de cotización u otros números o códigos de cuenta, pero siempre se vinculan al primero y principal.

La inscripción es única y válida en los regímenes de Seguridad Social que se determine, en todo el territorio nacional y para toda la vida de la persona física o jurídica titular de la empresa. Se tiene que hacer antes de empezar las actividades.

Además, el empresario ha de comunicar las variaciones que se produzcan en la empresa y en las actividades que lleve a cabo, los cambios de denominación, del domicilio, de la actividad económica, del recurso a subcontratación, de la entidad que cubrirá los riesgos profesionales o la incapacidad temporal por causa común.

Con la solicitud de la inscripción se acompañan otros actos de encuadre:

1. La **opción de aseguramiento**, esto es, el documento mediante el cual la empresa opta por asegurar los riesgos profesionales por una o varias mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

2. La **opción de cobertura**, mediante la cual opta por cubrir las prestaciones económicas por IT derivada de causas comunes, igualmente por una mutua colaboradora con la Seguridad Social. La opción la llevan a cabo centros de trabajo por cada provincia y una mutua en cuyo ámbito territorial esté comprendida la empresa. La opción para la cobertura de IT la puede llevar a cabo la misma mutua que colabora en la gestión de los riesgos profesionales.

La Tesorería tiene que remitir a la mutua o mutuas un ejemplar de la solicitud de inscripción, del número asignado (y del código de cuenta de cotización) y de la tarificación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Con estos datos la mutua o mutuas formalizan el documento de asociación.

La opción de aseguramiento es anual (de fecha a fecha del último día del mes), salvo alguna excepción, y salvo que el empresario decida cambiar de mutua, u optar por el INSS, se entiende prorrogada tácitamente por periodos de la misma duración hasta el cese de la empresa.

La empresa, los trabajadores por cuenta propia y los titulares de centros o establecimientos tienen que llevar un **libro de visitas** por centro de trabajo, con algunas excepciones, en modelo oficial, en el cual consten las actuaciones y visitas practicadas por la Inspección de Trabajo y las diligencias correspondientes.

## 2.2. Afiliación

La afiliación es el acto administrativo mediante el cual se reconoce a la persona la condición de incluida en el sistema de la Seguridad Social cuando es la primera vez que hace una actividad determinante de incluirse en él (arts. 15 y 16 LGSS).

Presenta las características siguientes:

- Es un acto único, válido para toda la vida y para todo el sistema de la Seguridad Social, en cualquier régimen, aunque después se cambie de empresa o actividad.
- La afiliación es una obligación del empresario, e incumplirla es una infracción grave. Se tiene que formular en modelo oficial o por cualquier otro sistema establecido. En caso de que el empresario incumpla su obligación, el trabajador puede instar su afiliación directamente al organismo competente de la Administración de la Seguridad Social. Este organismo también puede efectuar estos actos de oficio en los supuestos a los que se refiere el artículo 16.4 de la LGSS.
- La solicitud se dirige a la TGSS de la provincia en la que esté domiciliada la empresa en la que presta servicios el trabajador.
- También lo puede hacer de oficio la TGSS como consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo, o según los datos que obran en las entidades gestoras o por cualquier otro procedimiento. También se puede solicitar a instancia del trabajador en caso de incumplimiento empresarial.

La afiliación se registra en un fichero general de afiliación y a cada trabajador le es asignado un número y le es expedido un documento de afiliación.

La solicitud de afiliación implica, por otro lado, el alta inicial del trabajador en el régimen de la Seguridad Social que corresponda.

### **2.3. El alta y las variaciones de esta alta. Situaciones asimiladas al alta**

#### **2.3.1. El alta. Concepto y clases**

El alta es el acto administrativo mediante el cual se reconoce a la persona que empieza una actividad o que está en una situación conexas con una actividad la condición de comprendida en el campo de aplicación del régimen de la Seguridad Social que corresponda según la naturaleza de la actividad o de la situación, con los derechos y las obligaciones correspondientes.

Hay tres clases de alta: alta real, situación asimilada al alta y alta presunta o de pleno derecho.

1. El **alta real** es la que se produce con el ingreso en el trabajo y que se mantiene mientras el trabajador presta los servicios.

2. Las **situaciones asimiladas al alta** o alta asimilada son las que aparecen creadas y configuradas por el legislador para supuestos de suspensión de las actividades del trabajador o de extinción del contrato de trabajo en las cuales se produciría la baja en la relación de Seguridad Social y que, sin embargo, permiten mantenerla y proteger así al trabajador.

3. El **alta presunta o alta de pleno derecho** es la situación en la que hay actividad normal de trabajo y, por lo tanto, tendría que haber alta real, pero en la cual el empresario ha incumplido las obligaciones que tenía, y por eso el legislador otorga la protección automáticamente al trabajador, de modo que este trabajador no tenga que soportar las consecuencias del incumplimiento empresarial (principio de automaticidad de las prestaciones).

#### **2.3.2. Alta real**

El alta real se da cuando empieza el trabajo, incluyendo el periodo de prueba.

## Sujetos obligados

Los sujetos obligados, el plazo, la forma y el procedimiento son los que ya hemos señalado para la afiliación. Sin embargo, hay algunas especialidades en relación con la afiliación.

Así, es una obligación que tiene la empresa cuando se lleva a cabo la prestación de servicios, pero también cuando el trabajador es trasladado a un centro de trabajo del mismo empresario situado en una provincia diferente. La empresa lo tiene que dar de baja en la provincia de procedencia y de alta en la nueva. También se tiene que hacer esta tramitación cuando, incluso dentro de la misma provincia, los trabajadores hayan cambiado de cuenta de cotización o sean adscritos a otra diferente.

Las solicitudes de alta tienen que estar firmadas por el empresario y por el trabajador.

## Plazos y efectos

La solicitud de afiliación o alta se tiene que llevar a cabo en el momento en el que el trabajador ingresa en la empresa. El cumplimiento de estas obligaciones se tiene que ajustar, en cuanto a la forma, los plazos y el procedimiento, a lo que esté establecido reglamentariamente (art. 140.1 LGSS).

Tienen que presentarse por la empresa **antes del comienzo de la prestación de servicios** del trabajador, sin que la antelación pueda ser superior a sesenta días naturales.

En todo caso, las altas, aunque se tienen que formalizar antes de empezar la prestación de los servicios, solo son efectivas a partir del día en el que empieza la actividad.

El alta, como en la afiliación, se puede producir de oficio, por actuación inspectora o a solicitud del trabajador. En estos casos los efectos son diferentes porque ya no son los de la fecha del comienzo de los servicios, sino los siguientes:

- el día en el que el empresario o el trabajador formula la solicitud;
- la fecha en la que los hechos son conocidos, cuando la Tesorería practica de oficio las altas;
- la fecha de la actuación inspectora, excepto en caso de que esta actuación haya sido promovida por orden superior, a instancia de las entidades gestoras o por denuncia, queja o petición expresa, supuestos en los que

los efectos se retrotraerán a la fecha en la que se hayan producido estas iniciativas.

La fecha de efectos es la del comienzo de los servicios, a pesar de que no se haya tramitado el alta, cuando se hayan ingresado las cuotas dentro del plazo.

La afiliación y altas sucesivas solicitadas fuera de plazo por el empresario o el trabajador no tienen ningún efecto retroactivo. Cuando estos actos se practiquen de oficio, su eficacia temporal e imputación de responsabilidades resultantes son las que se determinan en esta ley y sus disposiciones de aplicación y despliegue (art. 140.2 LGSS).

Fuera de este supuesto, cuando el empresario haya incumplido las obligaciones de tramitar o dar de alta (y normalmente también de cotizar), los efectos para el trabajador son perjudiciales, puesto que la Seguridad Social no asume la protección si no es a partir de la fecha señalada antes, de modo que la empresa es responsable por los periodos de trabajo de antes del alta tanto de la cotización como de las prestaciones. Así pues, el alta en estos casos no tiene efecto retroactivo para trasladar la responsabilidad en materia de prestaciones a la Seguridad Social.

Esta rigidez, no obstante, ha sido matizada y suavizada por la jurisprudencia en los casos en los que el empresario regulariza la situación e ingresa las cuotas anteriores a la formalización del alta con los recargos correspondientes antes de que sobrevenga el hecho causante. En este caso la jurisprudencia da validez a estas cuotas y, por lo tanto, a la relación de aseguramiento (art. 35 RD 84/1996).

### **Especialidades**

Hay especialidades en cuanto a los actos de encuadre cuando se trata de cooperativas de trabajo asociado, extranjeros, personal contratado al servicio de la Administración pública en el extranjero, funcionarios públicos integrados en el régimen general y otros colectivos, y en los sistemas especiales.

En caso de pluriempleo el trabajador tiene que comunicar esta situación a los empresarios y a la delegación provincial de la Tesorería. El empresario tiene que hacer mención de esta situación al tramitar las altas y bajas.

#### **2.3.3. Situaciones asimiladas al alta**

Las situaciones **asimiladas al alta** son más numerosas y su creación obedece al peso histórico que ha tenido el requisito de estar de alta para causar derecho a las prestaciones de la Seguridad Social. Estas situaciones, tanto si son de creación legal (art. 166 LGSS y art. 36 RD 84/1996) como jurisprudencial, son las siguientes:

- La situación legal de desempleo total durante la cual el trabajador percibe prestación por esta contingencia.
- El periodo correspondiente a vacaciones retribuidas de las que no se haya beneficiado el trabajador antes de acabar el contrato.
- El paro involuntario que subsista después de agotar las prestaciones de desempleo o porque no se haya accedido a estas prestaciones o por el hecho de estar excluido de la prestación. Se exige el requisito de inscripción ininterrumpida en la oficina de empleo, excepto causa justificada.
- La excedencia forzosa, incluso la motivada por la aplicación de la Ley 53/1984, de incompatibilidades en el sector público.
- La excedencia por cuidado de hijo, de menor acogido, permanente o provisional, o de familiar o de víctima de violencia de género, del artículo 46.3 del ET.
- La suspensión del contrato por víctima de violencia de género.
- El traslado por la empresa fuera del territorio nacional.
- La suscripción de convenio especial con la Seguridad Social.
- La incapacidad temporal (art. 144 LGSS).
- Los periodos de inactividad entre campaña y campaña de los trabajadores de temporada.
- La huelga y el cierre patronal, legales (art. 166.7 LGSS y órdenes de 30 de abril y 30 de junio de 1977).
- El periodo correspondiente a salarios de tramitación por despido improcedente. En este caso el empresario tiene que instar el alta (con el despido se dio de baja al trabajador) con efectos desde la fecha del despido o extinción inicial, y la cotización por este periodo.
- El periodo de los noventa días siguientes a la baja es asimilación al alta, pero solo a efectos de asistencia sanitaria.
- En general, la percepción de prestaciones de la Seguridad Social tanto en la modalidad contributiva como no contributiva.

Hay, finalmente, determinadas situaciones suspensivas del contrato de trabajo en las cuales no se prevé expresamente el mantenimiento del alta, ni se consideran situaciones asimiladas al alta: suspensión de empleo y sueldo, y privación de libertad hasta que recaiga una sentencia condenatoria. Sin embargo, hay jurisprudencia que las considera así.

#### 2.3.4. Alta mediante convenio especial

El convenio especial es una institución que permite al trabajador mantener el alta y la relación de Seguridad Social cotizando a su cargo en los casos en los que se produciría la baja. El objetivo de este convenio es más amplio, y se puede usar también para completar la carrera de seguro del trabajador en los casos en los que se mantiene el alta o la situación asimilada al alta, pero no hay obligación de cotizar o se cotiza por una cuantía mínima.

Este convenio lo regulan el artículo 125 de la LGSS y la Orden de 10 de octubre del 2003 y sus modificaciones posteriores. Podemos distinguir varias modalidades:

1. Convenio especial **para mantener el alta** de los trabajadores que causen baja en la Seguridad Social y no queden encuadrados en otro régimen con el cual tengan previsto un cómputo recíproco de cotizaciones del Real decreto 691/1991, siempre que lo soliciten en el plazo de los noventa días posteriores a la baja y reúnan el periodo mínimo de cotización de mil ochenta días en los doce años inmediatamente anteriores a la baja. Mediante este convenio se pueden cubrir las prestaciones siguientes:

- Incapacidad permanente por causa común.
- Muerte y supervivencia por causa común.
- Jubilación.
- Asistencia sanitaria.

2. Convenio especial para mantener el alta y la cotización en supuestos específicos:

- El ejercicio de cargo público por mandato parlamentario.
- La situación de los funcionarios no residentes de organizaciones internacionales.
- El traslado por la empresa fuera del territorio nacional.
- Los emigrantes.
- Los deportistas de élite o alto nivel.

3. También se establece la obligación de suscribir un convenio especial **en caso de extinción de contratos de trabajo por expediente de regulación de empleo de trabajadores de más de 55 años**, que no fueran mutualistas antes del 1 de enero de 1967, excepto cuando se trate de empresas culpables en un procedimiento concursal (art. 51 ET y DA 13.ª LGSS).

Las cotizaciones correspondientes al convenio son a cargo del empresario a todos los efectos hasta adquirir el interesado la condición de pensionista por jubilación o de incapacidad permanente en cualquiera de los regímenes del sistema de la Seguridad Social. Las cotizaciones son a cargo del empresario hasta que el trabajador cumpla 61 o 63 años, según procedan de expedientes de regulación de empleo aprobados por causas económicas o por otras causas y a cargo del trabajador desde los 61 o 63 años hasta cumplir la edad de jubilación o hasta que acceda a la pensión de jubilación anticipada.

Incumplir la obligación de suscribir el convenio especial en los supuestos que establece el artículo 51.15 del Estatuto de los trabajadores es infracción (art. 23.y LISOS).

4. Convenio especial para **completar la cotización** en supuestos de huelga legal o cierre patronal, trabajo a tiempo parcial, jornada reducida y subsidio de desempleo de prejubilación. En este último supuesto también se incluyen los fijos discontinuos.

5. El convenio especial como vía de inclusión en la Seguridad Social de los **cuidadores no profesionales** en el ámbito de la Ley 39/2006, de la dependencia (RD 615/2007, de 11 de mayo). Es voluntario después del Real decreto ley 20/2020.

6. Convenio especial para **cubrir los periodos de formación** (DA 1.ª RD 1593/2011).

La cotización en la mayoría de los convenios especiales es a cargo del trabajador según una base de cotización que tiene que elegir cada año dependiendo de sus intereses, entre un mínimo (la base mínima de cotización) y un máximo. Según las prestaciones comprendidas se aplican los coeficientes correspondientes. Otras veces la cotización es a cargo de nuevos sujetos (por ejemplo, el mandato parlamentario) o de la propia empresa (traslado por la empresa fuera del territorio nacional).

### 2.3.5. Mecanismos legislativos y jurisprudenciales de relativización del requisito del alta

#### Mecanismos legislativos

De entrada, hay que señalar que no se exige el requisito del alta para las pensiones de jubilación e invalidez (en los grados de absoluta o gran invalidez derivada de enfermedad común), muerte y supervivencia, si se reúne una cotización mínima de quince años (arts. 205.4, 195.3 y 219.1 de la LGSS).

#### Interpretación jurisprudencial humanizadora

La jurisprudencia, por su parte, a veces hace una interpretación humanizadora del requisito del alta para no dejar desprotegido al trabajador. Así, analiza la vida y trayectoria del trabajador y las circunstancias de cada caso para entender que, si reúne suficiente cotización y ha mantenido una carrera regular de seguro toda la vida, no se cumplirían las finalidades constitucionales protectoras de la Seguridad Social si, por no haber estado de alta en el momento de producirse el hecho causante, se dejaba sin protección al trabajador. Por eso, en estos casos entiende que no hace falta el alta.

Por ejemplo, un trabajador que después de trabajar toda la vida es despedido cuando tiene 54 años agota prestaciones por desempleo, no encuentra trabajo, acaba siendo drogadicto, se muere de sobredosis sin haber mantenido la situación asimilada al alta mediante la inscripción ininterrumpida en las oficinas de empleo, y deja viuda y huérfanos. La interpretación humanitaria hace que no se exija el requisito del alta para otorgar las pensiones que se deriven de ello.

### 2.3.6. Alta presunta o de pleno derecho

El **alta presunta o de pleno derecho** se produce en los supuestos en los que, dándose trabajo efectivo y por lo tanto situación normal de alta real, la empresa ha incumplido la obligación de afiliar, dar de alta y cotizar (art. 166 LGSS). En estos casos, a pesar del incumplimiento empresarial, la Seguridad Social protege automáticamente al trabajador sin perjuicio de dirigirse contra el empresario responsable. Es decir, el alta presunta protege al trabajador, pero esto no impide la obligación de los empresarios de solicitar el alta de sus trabajadores en el régimen general, de acuerdo con lo que dispone el artículo 139 de la LGSS, y de la responsabilidad empresarial que sea procedente.

Según el artículo 166.4 de la LGSS, se da alta presunta o de pleno derecho en los casos siguientes:

- prestaciones derivadas de contingencia profesionales,
- desempleo,
- asistencia sanitaria por causas comunes,

- jubilación a edad ordinaria, no anticipada.

En caso de jubilación a edad ordinaria, existe automaticidad de las prestaciones porque no se exige el requisito del alta. No sucede así en caso de jubilación anticipada.

El Gobierno, a propuesta del titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y con la determinación previa de los recursos financieros necesarios, puede extender la presunción de alta a la que se refiere el apartado anterior a alguna o algunas del resto de las contingencias que regula este título.

## **2.4. La baja**

La baja es efectiva desde la fecha del cese en el trabajo, siempre que se haya comunicado en el modelo oficial y dentro del plazo de los seis días naturales siguientes al cese en el trabajo (salvo que se autoricen otros plazos) y siempre que no se continúe la prestación de trabajo (art. 35.2 RD 84/1996).

Si el trabajador continúa trabajando, la baja, aunque el empresario la haya tramitado, no tendrá efectos liberadores ni producirá efectos perjudiciales para las prestaciones del trabajador.

En los casos en los que no se solicite la baja, o se formule fuera de plazo y en un modelo o medio diferente de los establecidos, no se extingue la obligación de cotizar hasta el día en el que la Tesorería conozca el cese o hasta el día en el que se produzca la actuación inspectora o se reciban los documentos.

Sin embargo, los interesados pueden probar que el cese en la actividad, en la prestación de servicios o en la prestación de que se trate tuvo lugar en otra fecha a efectos de la obligación de cotizar.

La TGSS puede dar de baja de oficio cuando se compruebe mediante la Inspección de Trabajo, los servicios de empleo o por otro procedimiento la inobservancia de las obligaciones empresariales, siempre que el trabajador haya dejado de prestar realmente los servicios.

El comunicado de baja se tiene que tramitar en la Tesorería, que lo devuelve por duplicado diligenciado debidamente, si acepta la baja. En caso de negativa, tiene que resolver mediante un acuerdo motivado. Los comunicados se han de conservar cinco años.

## **2.5. Actos de encuadre y competencia jurisdiccional**

Los actos de encuadre son actos sobre cuyo conocimiento tradicionalmente ha sido competente la jurisdicción social, tanto sobre la procedencia o no (altas, bajas, etc.) como sobre los efectos que tiene en las prestaciones.

Ahora bien, en estos actos, como también presentan otro aspecto, el recaudatorio, puesto que inciden sobre las obligaciones de cotización y recaudación, y como sobre esta materia tiene competencia la jurisdicción contencioso-administrativa, a menudo se plantean problemas de delimitación. Por ello, el artículo 3.f de la Ley de jurisdicción social (LJS) traslada a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia sobre los actos de encuadre, es decir, sobre inscripción de empresas, formalización de la protección frente a los riesgos profesionales, tarificación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores.

Sin embargo, la declaración de existencia o no de relación laboral es competencia de la jurisdicción social, o si se trata de un contrato a tiempo completo o parcial, y también el reconocimiento de las prestaciones, de manera que exige tener en cuenta las situaciones de alta y cotización previa.

## 3. La gestión

### 3.1. Formas

La gestión del sistema de Seguridad Social corresponde a los poderes públicos (art. 41 CE) y de acuerdo con una serie de principios (art. 66 y siguientes de la LGSS). La regula el Real decreto 2583/1996 y el Real decreto 1335/2005.

No obstante, puede haber colaboración entre trabajadores y empresarios (los empresarios, individualmente o mediante las mutuas colaboradoras), sin perjuicio de otras formas de participación de los interesados (art. 129.1 CE y art. 4.2 LGSS).

La gestión del sistema de Seguridad Social se estructura de la manera siguiente:

- Gestión encomendada de manera específica a las **entidades gestoras** (art. 66 LGSS) y organismos autónomos de la Seguridad Social (Instituto Nacional de la Seguridad Social [INSS], Instituto Nacional de Gestión Sanitaria [Ingesa], Instituto de Mayores y Servicios Sociales [Immerso], Instituto Social de Marina [ISM] y Servicio Público de Empleo Estatal [SEPEE]).
- Gestión atribuida a los **servicios comunes** de la Seguridad Social (Tesorería General de la Seguridad Social [TGSS], Gerencia de Informática y Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social) (arts. 73 y 74 LGSS).
- **Colaboración en la gestión** llevada a cabo por otras personas o entidades en régimen de colaboración (mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y empresas colaboradoras) (arts. 69, 102 y 257 LGSS).

### 3.2. Entidades gestoras de la Seguridad Social

Son entidades de naturaleza de derecho público con capacidad jurídica para el cumplimiento de sus finalidades. Forman parte del sector público a efectos de la Ley de contratos de las administraciones públicas (art. 68 LGSS).

#### 3.2.1. Instituto Nacional de la Seguridad Social

Entre las **funciones** del Instituto Nacional de la Seguridad Social destacamos las más importantes:

- Reconocimiento y control del derecho a las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social en la modalidad contributiva, sin perjuicio

de las competencias atribuidas al SEPEE, en materia de prestaciones por desempleo, y al ISM en relación con el régimen de trabajadores del mar.

- Reconocimiento y control del derecho a las prestaciones familiares de la Seguridad Social.
- Reconocimiento y control de la condición de persona asegurada y beneficiaria, sea como titular, familiar o asimilada, a efectos de la cobertura sanitaria.
- Participación en la negociación y ejecución de los convenios internacionales de Seguridad Social y pertenencia a asociaciones y organismos internacionales.
- En materia de incapacidades laborales, el INSS, con independencia de la entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia que se intente evaluar, tiene la competencia de calificar y revisar la incapacidad y de reconocer el derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social por incapacidad permanente, en los diferentes grados que tiene, y de determinar las contingencias causantes de esta incapacidad. También tiene la competencia de determinar, si procede, la mutua o empresa colaboradora responsable de las prestaciones, de declarar la responsabilidad empresarial que corresponda por falta de alta, cotización o medidas de seguridad y salud laboral en el trabajo, y de determinar el porcentaje en el que, si procede, se tienen que incrementar las prestaciones económicas.

### **3.2.2. Instituto Nacional de Gestión Sanitaria**

El Instituto Nacional de Gestión Sanitaria se encarga de la gestión de los derechos y obligaciones del extinguido Insalud, que incluye la gestión y administración del personal, centros, servicios y establecimientos sanitarios y la gestión de las prestaciones sanitarias en el ámbito de las ciudades de Ceuta y Melilla (art. 15 RD 840/2002).

Las competencias que fue perdiendo el Insalud las asumieron las comunidades autónomas. Hoy en día, cada comunidad autónoma tiene constituido su propio Servicio de Salud, dependiente de los órganos de gobierno de las comunidades, al cual compete la ejecución de la prestación de asistencia sanitaria en los términos que en su momento tenía encomendados el Insalud.

### **3.2.3. El Servicio Público de Empleo Estatal**

Es el organismo autónomo de la Administración general del Estado, al cual se encomienda la ordenación, desarrollo y seguimiento de los programas y medidas de la política de empleo, además de la gestión y el control de las prestaciones por desempleo (reconocimiento, suspensión, extinción y reanudación

de las prestaciones) (art. 294 de la LGSS). También las ayudas económicas de acompañamiento para la recualificación profesional. Las políticas activas corresponden a los servicios de empleo autonómicos.

#### **3.2.4. Instituto Social de la Marina**

Se encarga de los actos de encuadre, incluyendo la recaudación, y de la gestión de todas las prestaciones, incluyendo la asistencia sanitaria y las prestaciones de desempleo y cese de actividad de los trabajadores del mar (ley 47/2015).

#### **3.2.5. Instituto de Mayores y Servicios Sociales**

Se encarga:

- de la gestión de las pensiones de invalidez y jubilación, en las modalidades no contributivas, y
- de la gestión de los servicios complementarios de las prestaciones del sistema de Seguridad Social, de las prestaciones económicas de los discapacitados y de los planes de servicios sociales de ámbito estatal en las áreas de gente mayor y de personas dependientes.

#### **3.2.6. Órganos de gestión, participación en el control y la vigilancia**

En las entidades gestoras se prevén, junto a los órganos de dirección, órganos de vigilancia y control.

Los de dirección son el consejo general, la comisión ejecutiva estatal y las provinciales.

En estos órganos hay participación de las organizaciones sindicales y patronales.

#### **3.2.7. Servicios comunes de la Seguridad Social**

Los **servicios comunes** asumen competencias universales de todo el sistema de la Seguridad Social, y centralizan las funciones que si no tendrían que hacer independientemente cada una de las entidades gestoras, de forma que restaría eficacia y unidad a la gestión.

Hoy en día, la Tesorería General de la Seguridad Social, la Gerencia de Informática y el Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social constituyen los llamados servicios comunes.

### **Tesorería General de la Seguridad Social**

- Tiene competencia sobre la inscripción de empresas y afiliación, las altas y bajas de los trabajadores, la recaudación de las cuotas y de los otros ingresos, y la gestión del régimen económico de la Seguridad Social.
- Ejerce la titularidad, gestión y administración de los bienes y derechos que constituyen el patrimonio único de la Seguridad Social.

### **Gerencia de Informática**

Se encarga de las cuestiones de informática y de sistemas de tecnologías de la información y de las telecomunicaciones de las entidades gestoras de la Seguridad Social.

### **Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social**

Le corresponde el ejercicio de las funciones y competencias relativas al asesoramiento jurídico, y también a la representación y defensa en juicio, de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social.

## 4. La colaboración en la gestión de la Seguridad Social

Junto a las entidades gestoras de la Seguridad Social existe la posibilidad de la **colaboración en la gestión de la Seguridad Social**, que la pueden llevar a cabo las personas o entidades siguientes (art. 79 LGSS):

- Las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.
- Las empresas, consideradas individualmente.
- Las asociaciones, fundaciones y entidades públicas y privadas, inscritas previamente en un registro público.

La colaboración en la gestión significa una mera cooperación para el desarrollo de un servicio público de titularidad estatal sin que se dé una incorporación a su estructura organizativa.

### 4.1. Las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social

Las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social (de ahora en adelante, **mutuas**) son las asociaciones de empresarios que, autorizadas debidamente por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, **sin ánimo de lucro**, están constituidas por empresarios con el objetivo principal de **colaborar en la gestión** de la Seguridad Social, sin perjuicio de hacer otras prestaciones, servicios y actividades que le sean atribuidos legalmente, **bajo la tutela y dirección de aquel Ministerio** (art. 80 de la LGSS). Forman parte del sector público estatal de carácter administrativo, de conformidad con la naturaleza pública de sus funciones y los recursos económicos que gestionan, sin perjuicio de la naturaleza privada de la entidad.

Para constituirse, una mutua colaboradora con la Seguridad Social tiene que cumplir los **requisitos** siguientes (arts. 81 LGSS y 9 RMATMP):

- La concurrencia de un mínimo de cincuenta empresarios que den empleo al menos a treinta mil trabajadores por cuenta ajena, con un volumen de cuotas no inferior al que se determine por reglamento.
- La actividad tiene que estar limitada a la colaboración en la gestión de las prestaciones y servicios mencionados antes.
- La constitución de una fianza.

- Que exista la autorización del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, con la aprobación previa de los estatutos de la mutua, e inscripción en el registro administrativo pertinente.

La relación de la MATMP y el empresario se rige por un «**convenio de asociación**» (art. 85 LGSS) concertado entre aquella y el empresario de un plazo máximo de vigencia de un año. Es prorrogable cada año de manera tácita, excepto denuncia del empresario en contra, notificada debidamente, con un mes de antelación, como mínimo, a la fecha del vencimiento.

Tiene que servir para proteger en la misma entidad a todos los trabajadores al servicio del empresario asociado correspondientes a centros de trabajo situados en la misma provincia, siempre que esté comprendida en el ámbito territorial de la mutua de accidentes. Las mutuas pueden ejercer la actividad de colaboración con la Seguridad Social en todo el territorio del Estado.

Las mutuas tienen que aceptar obligatoriamente toda solicitud de asociación adecuada que formulen respecto a su personal empresarios comprendidos en su ámbito de actuación.

En caso de que los empresarios asociados incumplan las obligaciones en materia de afiliación al sistema de la Seguridad Social, altas y bajas y cotización a la Seguridad Social, la mutua no puede proceder a la resolución o suspensión del convenio de asociación y queda obligada a hacerse cargo de las prestaciones económicas y sanitarias a las que tengan derecho los trabajadores empleados por aquellos empresarios, sin perjuicio de las acciones legales que se prevean para el resarcimiento de los importes correspondientes (art. 84 de la LGSS).

Las mutuas se financian con los ingresos procedentes de las cuotas de la Seguridad Social obtenidas por la gestión que han hecho las mutuas –cuyo importe abona la TGSS–, los bienes muebles o inmuebles en que se puedan invertir estos ingresos, y las rentas, rendimientos, derechos, acciones y recursos que estén relacionados. Forman parte del **patrimonio de la Seguridad Social** y están destinados al cumplimiento de las finalidades de la Seguridad Social también (arts. 80 y 103 de la LGSS).

Las mutuas tienen por objeto el desarrollo, mediante la colaboración con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de las actividades siguientes de la Seguridad Social:

- a) La gestión de las prestaciones económicas y de la asistencia sanitaria, incluida la rehabilitación, comprendidas en la protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, y también de las actividades de prevención de las mismas contingencias que dispensa la acción protectora.

- b) La gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.
- c) La gestión de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.
- d) La gestión de las prestaciones económicas por cese en la actividad de los trabajadores por cuenta propia, en los términos que establece el título V.
- e) La gestión de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.
- f) Las otras actividades de la Seguridad Social que les sean atribuidas legalmente.

Las prestaciones y los servicios atribuidos a la gestión de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social forman parte de la acción protectora del sistema y se dispensan a favor de los trabajadores al servicio de los empresarios asociados y de los trabajadores por cuenta propia, adheridos de conformidad con las normas del régimen de la Seguridad Social en que estén encuadrados y con el mismo alcance que dispensan las entidades gestoras en los supuestos atribuidos a estas, con las particularidades que establece el art. 82 de la LGSS.

Asumen el coste derivado de las prestaciones por causa de accidente de trabajo y enfermedades profesionales que ha tenido el personal al servicio de los empresarios asociados y los servicios y actividades preventivos que están relacionados, y también los servicios de recuperación.

Las mutuas también asumen la gestión de los riesgos profesionales y la cobertura de la prestación por incapacidad temporal de los **trabajadores por cuenta propia del RETA**.

Los empresarios asociados a la mutua tienen una **responsabilidad mancomunada, subsidiaria e ilimitada** (arts. 80 y 100 de la LGSS). Cada empresario asociado responde ilimitadamente con su patrimonio de la parte alícuota que le corresponde de la deuda de la mutua.

Respecto a las **contingencias profesionales**, corresponde a las mutuas la determinación inicial del carácter profesional de la contingencia, sin perjuicio de su posible revisión o calificación por parte de la entidad gestora competente de acuerdo con las normas de aplicación.

Los actos que dicten las mutuas, por los cuales reconozcan, suspendan, anulen o extingan derechos en los supuestos atribuidos a estas, tienen que ser motivados y se deben formalizar por escrito, y su eficacia está supeditada a la notificación al interesado. Asimismo, se tienen que notificar al empresario cuando el beneficiario mantenga una relación laboral y produzcan efectos en esta.

Las mutuas pueden formalizar y expedir los correspondientes comunicados de baja, de confirmación de baja o de alta, y si procede los informes médicos complementarios y la declaración del derecho al subsidio, y la denegación, suspensión, anulación y declaración de extinción de este subsidio, en los procesos de incapacidad temporal derivados de contingencias profesionales (art. 61.2 RMATMP).

Asimismo, las mutuas, para prestar la asistencia sanitaria y recuperadora, tienen que disponer de medios propios, instalaciones y servicios sanitarios y recuperadores. No obstante, pueden contratar la prestación de servicios profesionales clínicos con personas físicas o jurídicas en las instalaciones y servicios, cuando lo hagan aconsejable razones de especialidad, volumen de gestión u otras circunstancias concurrentes. Puede llevar a cabo las prestaciones de asistencia sanitaria y las prestaciones recuperadoras mediante un concierto con medios privados.

En cuanto a la **gestión de la IT por contingencias comunes**, según el art. 82 de la LGSS corresponde a las mutuas la gestión de la prestación económica, que comprende la función de declaración del derecho a la prestación económica, y las de denegación, suspensión, anulación y declaración de extinción de este derecho, sin perjuicio del control sanitario de las altas y bajas médicas por parte de los servicios públicos de salud y de los efectos atribuidos a los comunicados médicos en esta ley y en sus normas de despliegue. Sin embargo, se pueden hacer propuestas motivadas de alta de acuerdo con lo que prevé el art. 82.4 de la LGSS ante la Inspección Médica de los Servicios Públicos de Salud o en caso de estimación de su petición o de falta de respuesta por parte de esta entre las entidades gestoras.

También pueden llevar a cabo **actos de control y seguimiento de la prestación económica**, dirigidos a comprobar la concurrencia de los hechos que originan la situación de necesidad y de los requisitos que condicionan el nacimiento o mantenimiento del derecho, y también los exámenes y reconocimientos médicos. Las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social pueden efectuar los actos mencionados a partir del día de la baja médica y, respecto a las citas para examen o reconocimiento médico, la incomparecencia injustificada del beneficiario es causa de extinción del derecho a la prestación económica, de conformidad con lo que establece el art. 174 LGSS, en los términos que se establezcan reglamentariamente, sin perjuicio de la suspensión cautelar que prevé el artículo 175.3 LGSS.

Asimismo, las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social pueden hacer pruebas diagnósticas y tratamientos terapéuticos y rehabilitadores con el fin de evitar la prolongación innecesaria de los procesos previstos en esta disposición, con la autorización previa del médico del servicio público de salud y el consentimiento informado del paciente. Se hacen principalmente en los centros asistenciales gestionados por las mutuas para dispensar la asistencia derivada de las contingencias profesionales, en el margen que permita su aprovechamiento. En ningún caso las pruebas y tratamientos pueden representar la asunción de la prestación de asistencia sanitaria derivada de contingencias comunes ni dar lugar a la dotación de recursos destinados a esta última. Sin embargo, a estos efectos también pueden suscribir convenios y acuerdos con las entidades gestoras de la Seguridad Social y con los servicios públicos de salud, con la autorización previa del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Las prestaciones por incapacidad permanente y muerte en que consistan se hacen efectivas ingresando el valor actual del coste de capital de estas prestaciones en la TGSS. Las prestaciones que no sean pensiones, en cambio, las abona directamente la mutua al trabajador.

En los órganos de gobierno se prevé la participación y control de las organizaciones patronales y sindicales más representativas, por medio de la comisión de control y seguimiento (arts. 85 y 89 de la LGSS).

## **4.2. La colaboración de las empresas en la gestión de la Seguridad Social**

Las empresas, consideradas individualmente y en relación con su propio personal, pueden **colaborar, obligatoria o voluntariamente**, en la gestión de la Seguridad Social en alguna de las formas que establece el artículo 102 de la LGSS de manera exclusiva. Esta colaboración la regula la Orden de 25 de noviembre de 1966.

### **4.2.1. Colaboración obligatoria**

La **colaboración obligatoria** consiste en el pago a los trabajadores, por delegación de la entidad gestora o colaboradora, de las prestaciones siguientes:

- Las prestaciones por IT a partir del día en el que asume la obligación la entidad gestora o colaboradora hasta el agotamiento de la duración máxima.
- Las **prestaciones por desempleo parcial** como consecuencia de la reducción de la jornada laboral o de los días de trabajo, autorizado debidamente.

Esta colaboración obligatoria la tienen que ejercer todas las empresas, con independencia del número de trabajadores ocupados, con las **excepciones** siguientes:

- Las empresas que ocupen a menos de diez trabajadores y haga más de seis meses que paguen a alguno de estos trabajadores una prestación económica por incapacidad temporal, con independencia de la causa de esta incapacidad. En este caso pueden trasladar en cualquier momento la obligación de pago de la incapacidad al INSS o a las mutuas.
- Este traslado también se puede producir respecto al pago de la prestación por desempleo parcial cuando lo aconseje la situación económica de la empresa y lo autorice el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de oficio o a instancia de parte.
- Si se ha autorizado a la empresa el aplazamiento o fraccionamiento para el ingreso de las cuotas de la Seguridad Social, la entidad competente la puede exceptuar durante el periodo que comprenda el aplazamiento de la obligación del pago delegado de las prestaciones.

Las empresas se compensan de lo que ha abonado la entidad gestora o colaboradora siempre que presenten los correspondientes documentos de cotización por las cuotas debidas a la Seguridad Social en el mismo periodo a que se circunscribe el pago. La falta de presentación de estos documentos hace que el empresario tenga que ejercitar la acción correspondiente para cobrar el crédito (art. 29.2 de la LGSS). Si como consecuencia de esta comprobación se aprecian diferencias que den lugar a un indebido o incorrecto importe de las compensaciones practicadas en la cotización, se tiene que solicitar el reintegro de las cantidades correspondientes a estas diferencias.

La empresa tiene que comunicar a la entidad gestora, a través de los medios electrónicos establecidos, los datos de esta obligación requeridos en el comunicado médico de baja, en los términos que se establezcan reglamentariamente.

Si la empresa no abona el pago delegado, el trabajador se podrá dirigir contra la entidad gestora o colaboradora.

#### 4.2.2. Colaboración voluntaria

La **colaboración voluntaria** es la que asumen libremente las empresas y tiene por objeto la cobertura a cargo de estas empresas de la prestación de IT derivadas de contingencias comunes y de accidente de trabajo y enfermedad profesional (arts. 102.1.a y 102.1.d de la LGSS). Y también las prestaciones de asistencia **sanitaria y recuperación profesional**, incluido el subsidio consiguiente que corresponda durante la situación indicada.

En contrapartida tienen derecho de retener, cuando hagan la cotización, la parte de cuota correspondiente a las prestaciones sanitarias y económicas objeto de la colaboración mediante la aplicación del coeficiente fijado por reglamento.

La **asistencia sanitaria** dejó de ser objeto de colaboración voluntaria después de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, porque se integró en el Sistema Nacional de Salud (SNS) y dejó de financiarse mediante cotizaciones. Sin embargo, se mantuvo para las empresas que colaboraban (DT 6.<sup>a</sup>) en las condiciones que determina el reglamento.

Las empresas que quieran asumir la colaboración voluntaria en la gestión tienen que reunir los **requisitos** siguientes:

- Tener más de doscientos cincuenta trabajadores fijos afiliados y de alta en el RGSS o más de cien trabajadores fijos y de alta, si la empresa tiene la finalidad exclusiva o no de prestar asistencia sanitaria.
- Disponer de instalaciones sanitarias propias que sean bastante eficaces para reunir la amplitud y el nivel adecuados para prestar la asistencia sanitaria que corresponda a la incapacidad temporal derivada de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional, exceptuando, si procede, la hospitalización quirúrgica.
- Observar un cumplimiento correcto de las obligaciones derivadas de la legislación social.
- Haber obtenido autorización.

Las **empresas que colaboren voluntariamente** tienen que destinar los posibles excedentes económicos resultantes de la colaboración a la constitución de una reserva «de estabilización», cuya finalidad exclusiva tiene que ser atender los posibles resultados negativos futuros que se puedan derivar del ejercicio de la colaboración.

## **5. La cotización (art. 141 y siguientes LGSS)**

### **5.1. Sujetos obligados**

Están sujetos a la obligación de cotizar en el régimen general de la Seguridad Social los trabajadores y asimilados comprendidos en su campo de aplicación y los empresarios para los que trabajen.

El empresario tiene que descontar a sus trabajadores, en el momento de hacerles efectivas sus retribuciones, la aportación que corresponda a cada uno de ellos, sin que proceda pacto en contra. Si no efectúa el descuento en este momento, no lo puede hacer con posterioridad y queda obligado a ingresar la totalidad de las cuotas a su cargo exclusivo.

Sin embargo, en cuanto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la cotización completa es a cargo exclusivamente de los empresarios.

### **5.2. Sujetos responsables**

El empresario es sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar y tiene que ingresar las aportaciones propias y las de sus trabajadores, íntegramente.

Asimismo, tienen que responder solidariamente, subsidiariamente o *mortis causa* las personas o entidades sin personalidad a que se refieren los artículos 18 y 168.1 y 2 de la LGSS.

### **5.3. Duración de la obligación de cotizar**

La obligación de cotizar nace con el inicio de la prestación del trabajo, incluido el periodo de prueba. La mera solicitud de la afiliación o alta del trabajador al organismo competente de la Administración de la Seguridad Social tiene en todo caso el mismo efecto.

La obligación de cotizar se mantiene para todo el periodo en el que el trabajador esté en alta en el régimen general o preste sus servicios, aunque estos tengan carácter discontinuo. Esta obligación subsiste también respecto a los trabajadores que estén cumpliendo deberes de carácter público o ejerciendo cargos de representación sindical, siempre que esto no dé lugar a la excedencia en el trabajo.

Esta obligación solo se extingue con la solicitud en regla de la baja en el régimen general al organismo competente de la Administración de la Seguridad Social. Sin embargo, esta comunicación no extingue la obligación de cotizar si continúa la prestación de trabajo.

La obligación de cotizar continúa en la situación de incapacidad temporal, sea cual sea su causa, en la de maternidad, en la de paternidad, en la de riesgo durante el embarazo y en la de riesgo durante la lactancia natural, y también en las otras situaciones que prevé el artículo 166 en que así se establezca reglamentariamente.

La obligación de cotizar se suspende durante las situaciones de huelga y cierre patronal.

#### **5.4. Base de cotización, tipos y límites**

La base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del régimen general, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, está constituida por la remuneración total, sea cual sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba si esta es superior, por razón del trabajo que haga por cuenta ajena.

Las percepciones de vencimiento superior al mensual se prorratean a lo largo de los doce meses del año.

Las percepciones correspondientes a vacaciones anuales reportadas y no disfrutadas y que sean retribuidas a la finalización de la relación laboral son objeto de liquidación y cotización complementaria a la del mes de la extinción del contrato, salvo que hayan sido incluidas en el salario como una parte.

Únicamente no se computan en la base de cotización los conceptos siguientes:

a) Las asignaciones para gastos de locomoción del trabajador que se desplace fuera de su centro habitual de trabajo para hacerlo en un lugar diferente, cuando utilice medios de transporte público, siempre que el importe de estos gastos se justifique mediante una factura o un documento equivalente.

b) Las asignaciones para gastos de locomoción del trabajador que se desplace fuera de su centro habitual de trabajo para hacerlo en un lugar diferente, no comprendidas en el apartado anterior, y para gastos normales de manutención y de estancia generados en un municipio diferente del lugar del trabajo habitual del receptor y del que constituya su residencia, en la cuantía y con el alcance previstos en la normativa estatal reguladora del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

c) Las indemnizaciones por defunción y las correspondientes a traslados, suspensiones y despidos hasta la cuantía máxima prevista en una norma sectorial o convenio colectivo aplicable.

Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador están exentas en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, en su normativa de despliegue o, si procede, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que se pueda considerar como tal la establecida en virtud de un convenio, pacto o contrato.

Cuando se extinga el contrato de trabajo antes del acto de conciliación, están exentas las indemnizaciones por despido que no excedan la que habría correspondido en caso de que este hubiera sido declarado improcedente, y no se trate de extinciones de mutuo acuerdo en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas.

Sin perjuicio de lo que disponen los párrafos anteriores, en los supuestos de despido o cese como consecuencia de despidos colectivos, tramitados de conformidad con lo que dispone el artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, o producidos por las causas que prevé el artículo 52.c del texto refundido mencionado, siempre que en los dos casos se deban a causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o de fuerza mayor, queda exenta la parte de indemnización percibida que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el Estatuto mencionado para el despido improcedente.

d) Las prestaciones de la Seguridad Social, las mejoras de las prestaciones por incapacidad temporal concedidas por las empresas y las asignaciones destinadas por estas para satisfacer gastos de estudios dirigidos a la actualización, capacitación o reciclaje del personal a su servicio, cuando estos estudios estén exigidos para el desarrollo de sus actividades o las características de los puestos de trabajo.

e) Las horas extraordinarias, excepto para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

Los empresarios tienen que comunicar a la TGSS en cada periodo de liquidación el importe de todos los conceptos retributivos abonados a sus trabajadores, con independencia de su inclusión o no en la base de cotización a la Seguridad Social y aunque sean aplicables bases únicas.

El **tipo de cotización** tiene carácter único para todo el ámbito de protección de este régimen general y se fija en la LPE de cada año.

La cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se efectúa mediante la aplicación de los tipos de cotización establecidos para cada actividad económica, empleo o situación en la tarifa de

primas establecida legalmente. Para el cálculo de estos tipos de cotización se computa el coste de las prestaciones y las exigencias de los servicios preventivos y rehabilitadores.

Del mismo modo se pueden establecer, para las empresas que ofrezcan riesgos de enfermedades profesionales, tipos adicionales a la cotización de accidentes de trabajo, en relación con la peligrosidad de la industria o clase de trabajo y con la eficacia de los medios de prevención utilizados. Pero también de acuerdo con la técnica *bonus-malus* se pueden reducir en el supuesto de empresas que se distingan por el uso de medios eficaces de prevención o aumentar en el caso de empresas que incumplan sus obligaciones en materia de seguridad y salud laboral.

El **límite máximo** de la base de cotización, único para todas las actividades, categorías profesionales y contingencias incluidas en este régimen, es el establecido, para cada año, en la correspondiente LPE. Se aplica en caso de pluriempleo.

La base de cotización tiene como **límite mínimo** la cuantía que establece el artículo 19.2 (el SMI en catorce pagas).

Ninguna cotización por días y horas en trabajo a tiempo parcial o fijos discontinuos y sus correspondientes bases mínimas y límites.

La remuneración que obtengan los trabajadores por el concepto de **horas extraordinarias**, con independencia de su cotización a efectos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, está sujeta a una cotización adicional por parte de empresarios y trabajadores, de conformidad con los tipos que se establezcan en la correspondiente LPE.

## 6. Acción protectora

### 6.1. Las contingencias protegidas

La acción protectora del sistema de Seguridad Social es la manera como se definen las necesidades sociales objeto de protección y los mecanismos específicos de cobertura de estas necesidades.

Todo sistema nacional de Seguridad Social, de acuerdo con sus posibilidades y con sus prioridades, determina el alcance de su acción protectora, las necesidades sociales que se cubren y protegen y en qué grado, dentro de unos mínimos reconocibles que constituyen el régimen público al que alude la Constitución y el Convenio 102 de la OIT de norma mínima, teniendo en cuenta cada momento histórico, una visión global y según las disponibilidades económicas.

Hay, en consecuencia, una delimitación previa de los riesgos asegurados y de las prestaciones que hay que otorgar en un **modelo asegurativo-contributivo**. Ciertamente no son los riesgos o contingencias lo que se asegura, relacionados directa o indirectamente con la actividad laboral o profesional, sino las consecuencias económicas que se derivan de estos riesgos: pérdida de ingresos o exceso de gastos.

El nivel y la intensidad de las prestaciones otorgadas como consecuencia de la actualización de estas contingencias suele ser proporcional a las rentas de activo y tiene en cuenta los periodos de cotización que se han hecho, esto es, la llamada carrera de seguro.

El sistema español de Seguridad Social, como casi todos los de **tipo profesional**, por otro lado, no protege todas las necesidades sociales, sino las que están tipificadas previamente como tales: «las contingencias y situaciones que se definen en esta Ley» (art. 2 LGSS). Y, además, a estas situaciones les otorga solamente las prestaciones que establece dicha ley.

El ordenamiento de la Seguridad Social en España se estructura desde el comienzo en dos grandes ramas: según si los riesgos protegidos derivan del trabajo, esto es, si son **riesgos profesionales**, o no tienen ninguna relación, esto es, si son **riesgos comunes**. Dentro de los riesgos profesionales después de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad, se incluyen el **riesgo durante el embarazo** y el **riesgo durante la lactancia**.

Las diferencias más importantes entre riesgos profesionales y riesgos comunes son las siguientes:

- En materia de **enquadre y opción de aseguramiento** entre mutua e INSS o ISM, para causas profesionales, aunque también puede existir la opción de la prestación económica por IT por causa común.
- En materia de **gestión** puede haber participación de los empresarios en la gestión de los riesgos profesionales mediante las mutuas o las empresas colaboradoras, aunque también se extiende a IT y asistencia sanitaria por causa común.
- En materia de **cotización** hay una diferencia fundamental entre causas comunes y causas profesionales de cara a los sujetos obligados y la determinación de la base de cotización. También en los recargos de cotización o de prestaciones por inobservancia de medidas de seguridad e higiene porque aumentan el riesgo profesional.
- En cuanto al **régimen jurídico del alta y la responsabilidad en materia de prestaciones** en causas profesionales se da siempre el alta de pleno derecho.
- En contingencias profesionales no se suelen exigir **periodos de carencia** para causar derecho a las prestaciones, aunque tampoco en accidente no laboral.
- Por eso es diferente la **responsabilidad empresarial** en materia de prestaciones según se trate de contingencias comunes o profesionales.
- En contingencias comunes la empresa se hace cargo de la **prestación de IT** del cuarto día al decimoquinto.
- Hay diferencias en la **manera de calcular las prestaciones** de IT.
- Hay **prestaciones específicas** derivadas de contingencias profesionales y una **protección** mayor para ciertas prestaciones (por ejemplo, prestación sanitaria y farmacéutica, las lesiones permanentes, las indemnizaciones en caso de muerte, etc.); también difiere la relación entre unas y otras (por ejemplo, entre IT y desempleo).

Dentro de las contingencias profesionales hay que distinguir:

- **Accidentes de trabajo**, que es el que se produce de manera repentina y violenta.

- **Enfermedades profesionales** causadas por el trabajo y que están recogidas en una lista.
- **Enfermedades de trabajo**, que son las que, causadas por el trabajo, no están en una lista, y que se equiparon a accidente de trabajo.
- **Riesgo** durante el embarazo y la lactancia.

## **6.2. Las contingencias profesionales: el accidente de trabajo**

Según el artículo 156 de la LGSS, un accidente de trabajo es:

«Toda lesión corporal que el trabajador sufre en ocasión o a consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena».

El concepto se puede desglosar en los elementos siguientes:

### 1. Estáticos:

- Trabajo por cuenta ajena.
- Fuerza lesiva.
- Lesión.

### 2. Dinámicos:

- Relación de causalidad entre trabajo y fuerza lesiva.
- Relación de causalidad entre fuerza lesiva y lesión.

#### **6.2.1. Elementos estáticos**

##### **Trabajo por cuenta ajena**

El concepto de accidente de trabajo como riesgo ha estado vinculado históricamente al trabajo por cuenta ajena sobre la base de la idea de responsabilidad empresarial, que si no se hubiera asegurado habría acabado siendo objetiva, por el círculo o área de control del empresario. El concepto originario, sin embargo, se ha ampliado más allá de esta esfera, como veremos (en el trayecto, de fuerza mayor, etc.).

A tal efecto, se entienden como trabajadores por cuenta ajena también aquellos asimilados incluidos, salvo que la inclusión no sea completa (art. 155.2 LGSS). También están protegidos a efectos de accidentes de trabajo los trabajadores por cuenta ajena de los regímenes especiales (del mar y de la minería del carbón). Después de las reformas del RETA del 2003 también se extiende a los trabajadores autónomos.

Solo se entiende que hay accidente de trabajo cuando la **relación laboral está viva, «activada»**. No se protegen las fases previas precontractuales, ni de colocación, ni las situaciones suspensivas, ni las fases posteriores a la extinción del contrato, ni siquiera cuando el trabajador esté en el área de riesgo (por ejemplo, cuando vaya a la empresa a gestionar el finiquito). Es decir, tienen que ser situaciones de actividad o equiparadas.

### **La fuerza lesiva**

Por otro lado, se exige que se dé la fuerza lesiva de manera repentina y violenta.

Asimismo, se consideran accidentes de trabajo aquellos en los que las consecuencias sean alteradas por una concausalidad no laboral, como enfermedades intercurrentes o afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se ponga al enfermo (como tratamientos erróneos, complicaciones, nuevas infecciones o efectos secundarios).

### **La lesión**

Es el efecto producido para el trabajador por la acción de la fuerza lesiva. Se considera lesión el daño corporal procedente de heridas, golpe o enfermedad, sea físico o psíquico. En el concepto se incluyen tanto las patologías producidas por lesiones mecánicas o físicas externas como de agresión interna (enfermedades cardiovasculares), tanto si se producen de manera repentina como si son de desarrollo lento o gradual. En ambas el trabajo tiene que actuar como factor desencadenante.

#### **6.2.2. Elementos dinámicos**

El efecto o consecuencia a que da lugar el accidente de trabajo es la alteración anatómica, funcional o anatomicofuncional, que produce alteración de la salud, incapacidad o muerte.

Se exige una **relación de causalidad entre la fuerza lesiva, el trabajo y la lesión**, esto es, que la fuerza lesiva se produzca «en ocasión o a consecuencia» del trabajo, es decir, de manera inmediata o mediata.

La configuración tan amplia de la relación de causalidad ha hecho que la jurisprudencia alargue el concepto a actos anteriores o preparatorios del trabajo, a situaciones de interrupción, e incluso a supuestos fuera del tiempo y puesto de trabajo, si tienen conexión.

Por su parte, la LGSS lleva a cabo una serie de ampliaciones legislativas del concepto por razón de la actividad, del tiempo y del lugar (ampliaciones objetivas) y otras por razón de actos del accidentado mismo, del empresario o de terceros (ampliaciones subjetivas).

### 6.2.3. Ampliaciones objetivas

#### Por razón de la actividad

##### 1. Realización de funciones de diferente categoría o grupo profesional.

En este sentido, el artículo 156.2.c LGSS establece que tienen la consideración de accidente de trabajo «los ocurridos en ocasión o a consecuencia de las tareas que, incluso siendo diferentes de las de su categoría profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario, o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa».

Todavía con más razón después de la reforma laboral introducida por el Real decreto ley 3/2012 y la Ley 3/2012, en los cuales el concepto clave de la clasificación profesional pasa a ser el grupo profesional.

##### 2. Por actos de salvamento.

El artículo 156.2.d LGSS establece que tienen la consideración de accidente de trabajo «los ocurridos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo».

No importa que los actos de salvamento sean ordenados por el empresario y obligatorios para el trabajador (por ejemplo, la extinción de siniestros y salvamento que prevé la normativa de prevención de riesgos laborales), o que sean espontáneos del trabajador. Pueden ser actos de salvamento de personas o de cosas, incluso indirectas, esto es, dentro del ámbito de otra empresa, según la doctrina judicial.

##### 3. Por ejercicio de actividades representativas.

En este sentido, el artículo 156.2.b LGSS establece que se considera accidente de trabajo el que tenga el trabajador «en ocasión o a consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, y también los ocurridos yendo o volviendo del lugar en que se ejercitan las funciones propias de estos cargos».

#### Por razón de tiempo y lugar

##### 1. El accidente en el trayecto

Es el que tiene el trabajador «yendo o volviendo del puesto de trabajo» (art. 156.2.a LGSS).

Con motivo de este supuesto de ampliación se ha creado una vasta y casuística elaboración doctrinal y jurisprudencial que aborda los extremos siguientes, que contribuyen a precisar y matizar el concepto. Los elementos integrantes de la noción del accidente de trabajo en el trayecto son los que veremos a continuación.

- **Requisito teleológico.** El desplazamiento tiene que estar motivado exclusivamente por el trabajo, esto es, la causa tiene que ser el comienzo o el

fin de los servicios, o causas relacionadas con el trabajo como ir a cobrar el salario o ir a un centro médico para recibir asistencia sanitaria. No se da la relación de causalidad cuando el desplazamiento tiene como finalidad gestionar asuntos personales.

- **Requisito cronológico.** El accidente tiene que ocurrir en un tiempo inmediato o razonablemente próximo a las horas de entrada o salida del trabajo. Se trata de un requisito que se tiene que relativizar y flexibilizar en cada caso concreto, mediante una valoración razonable de la distancia con el domicilio y el medio de transporte usado y las circunstancias conexas. Aquí se plantea el problema de las desviaciones del trayecto. Los criterios generales son que el trabajador no tiene que llevar a cabo desviaciones por motivos personales y que en el recorrido no se puede aumentar mucho el riesgo o estar demasiado rato o con interrupciones por motivos personales que rompan el nexo causal y la idea del viaje.
- **Requisito topográfico.** El accidente tiene que ocurrir precisamente en el camino de ida y vuelta entre el domicilio del trabajador y el centro de trabajo, aunque puede ocurrir en un momento anterior o preparatorio del viaje (yendo a buscar el vehículo) siempre que este viaje ya haya empezado, pero no en un momento posterior (después de dejar el vehículo o llegar a casa, salvo que ocurra antes de entrar a casa). El trabajador, por otro lado, tiene que hacer el trayecto usual o habitual, aunque no necesariamente el más corto.

El viaje empieza cuando el trabajador sale de casa y se acaba cuando vuelve a llegar a casa, sin incluir actos previos o posteriores respectivamente.

El concepto de domicilio o residencia del trabajador es el habitual, sea de invierno o de verano, incluso el ocasional de fin de semana, o el de un pariente o familiar en otra localidad, excepto en casos excepcionales que rompan el criterio de normalidad.

Según la jurisprudencia no se da accidente de trabajo en el trayecto cuando el riesgo se produce como consecuencia de agresión física causada por un tercero por razones ajenas al trabajo, excepto en algún caso concreto (por ejemplo, en el caso de «el asesino de la baraja» en la STS de 20 de febrero del 2006 o el asesinato de un compañero de trabajo en el TSJ del País Vasco de 2 de junio del 2015) en el que se ha apreciado accidente de trabajo.

- **Requisito mecánico.** El medio de transporte tiene que ser racional o adecuado y el normal o habitual y no tiene que suponer ningún riesgo grave e inminente, aunque no se exige el uso sistemático.  
Si la empresa no pone transporte propio, sino que deja libertad a los trabajadores para no usar el que les pone a disposición, el transporte propio tiene que ser el normal y no tiene que aumentar mucho el riesgo. Alguna jurisprudencia entiende que se rompe el nexo causal si hay prohibición expresa y razonable en el contrato de trabajo de usar un medio de transporte propio o si no ha habido, si procede, autorización de la empresa.

En cuanto al comportamiento del trabajador en el uso del medio de transporte, la jurisprudencia suele considerar que no se rompe el nexo causal por la mera infracción de normas del código de circulación, pero sí que la rompen la imprudencia temeraria y conducir en estado de embriaguez.

## 2. Presunción general del artículo 156.3 de la LGSS en cuanto al tiempo y puesto de trabajo

La LGSS establece una presunción *iuris tantum* según la cual son accidentes de trabajo «las lesiones que se haga el trabajador durante el tiempo y en el puesto de trabajo».

Esta presunción invierte la carga de la prueba, pero no exime de la conexión o nexo causal, de modo que el esfuerzo del trabajo tiene que haber sido en definitiva el elemento causante del accidente (por ejemplo, en infartos) durante las horas y en el puesto de trabajo. Las pausas de actividad se consideran tiempo de trabajo.

En cuanto al puesto de trabajo, es aquel donde se hacen las tareas, aunque no sea el habitual. Puede ser el domicilio u otro lugar que esté a disposición de la empresa excepto la mera presencia en el domicilio del trabajador. Con este fin también se consideran puestos de trabajo, aunque hay sentencias discrepantes de la doctrina judicial, los lugares próximos al trabajo a los cuales se va en las pausas (bares, cafeterías), aunque a veces se considera accidente de trabajo en el trayecto si se produce yendo o volviendo de estos lugares. O en el mismo centro de trabajo en una pausa para comer, si se efectúa allí mismo. Entra en juego la presunción de tiempo y lugar del accidente en los vestuarios si ha empezado el cómputo de tiempo de trabajo, después de haber fichado.

### Infartos y otras dolencias cardíacas

En cierto tipo de enfermedades como los infartos y otras dolencias cardíacas, si los síntomas aparecen en el centro de trabajo aunque la lesión estalle yendo hacia casa, entra en juego la presunción de tiempo y lugar a favor del accidente de trabajo.

El **envío en misión**, en cambio, es cumplimiento normal de la prestación laboral y supone una ampliación extraordinaria del tiempo y puesto de trabajo, puesto que se trata de un desplazamiento del trabajador fuera del puesto de trabajo siguiendo órdenes e instrucciones de la empresa para llevar a cabo cometidos laborales. La cuestión, no obstante, es si la presunción se extiende a todo el tiempo y lugar en que el trabajador está cumpliendo órdenes de la empresa, incluso en los tiempos de espera o de ocio breves, o solo dentro del tiempo de trabajo aunque sea en otra localidad. A pesar de la ampliación del nexo casual, el accidente se tiene que dar en tiempo de trabajo, o asimilado, cumpliendo órdenes de la empresa o en tiempo de espera o presencia, o pausas breves, pero no en los de descanso o de ocio. La jurisprudencia más reciente se ha inclinado por este segundo criterio restrictivo distinguiendo tiempo de trabajo de tiempo de descanso.

## 3. Ampliaciones en supuestos de fuerza mayor

Se considera accidente de trabajo incluso cuando el accidente está provocado por fuerza mayor (art. 156.4.a de la LGSS), salvo que se trate de riesgos catastróficos (art. 160 LGSS), o de fuerza mayor extraña al trabajo que se ejecutaba cuando pasó el accidente.

En este sentido, el artículo 156.4 dice que «en ningún caso se considera fuerza mayor extraña al trabajo el rayo, la insolación y otros fenómenos análogos de la naturaleza», supuestos en los que no se rompe el nexo causal, cuando se estaba trabajando. A tal efecto, son supuestos que no se consideran de fuerza mayor excluyente.

El ámbito de la fuerza mayor excluyente del accidente de trabajo queda limitado así a supuestos muy excepcionales.

#### **6.2.4. Ampliaciones subjetivas**

##### **Por actos de tercero**

Según el artículo 156.5.b de la LGSS, no impide la calificación de accidente de trabajo «la concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo».

En vista de la convivencia y la comunidad de riesgos es una presunción difícil de desvirtuar, lo cual incluye incluso bromas, discusiones, etc., y solo excluye circunstancias personales completamente ajenas al trabajo.

##### **Por actos del propio accidentado**

Según el artículo 156.5.a de la LGSS, no impide la calificación de accidente de trabajo:

«La **imprudencia profesional** que sea consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se derive de la confianza que este inspira».

Sí que rompen el nexo causal, sin embargo, los actos, según el artículo 115.4.d de la LGSS, que:

«Sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado».

El primer acto comprende la imprudencia simple o con infracción de reglamentos, mientras que el segundo, el dolo, hace referencia a los supuestos de autolesión para obtener la prestación, pero no necesariamente al **suicidio**, que puede ser considerado accidente de trabajo si tiene conexión con el trabajo, puesto que hay algunas sentencias que lo admiten como un riesgo psicosocial más, si es causado por el trabajo y no es excluido de manera apriorística por el Tribunal Supremo (STS de 25 de septiembre del 2007). Si el suicidio se produce

en tiempo y puesto de trabajo, disfruta de la presunción que hemos señalado, y corresponde a la gestoría la prueba en contra de que no tiene conexión con el trabajo y, por lo tanto, la destrucción de la presunción.

La **imprudencia temeraria** rompe el nexo causal si es de gravedad extraordinaria y no justificada. En caso de trabajar o conducir con grados de alcoholemia, hay que ajustarse a las circunstancias del caso concreto para apreciarla, sin que se pueda fijar una cantidad con carácter abstracto y general. Cabe señalar lo mismo cuando se conduce temerariamente sin observar las normas de circulación.

Así, por ejemplo, se consideró temeraria la conducción en la STS de 18 de septiembre del 2007, por haberse saltado un semáforo en rojo en un cruce en un momento de mucho tráfico, por exceso de velocidad en la STS de 13 de marzo del 2008 y por haber conducido en dirección prohibida en la STS de 22 de enero del 2008.

### **Enfermedades intercurrentes**

También se consideran accidente de trabajo (art. 156.2 LGSS):

- Aquella enfermedad o aquellos defectos que no tienen en el trabajo su causa determinante, sino que se sufren con anterioridad, pero que como consecuencia de este se agrava, se agudiza o se desencadena (así, por ejemplo, en la STS de 29 de abril del 2014).
- Aquellos accidentes de trabajo cuyas consecuencias son alteradas o modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por una concausalidad no laboral, como por ejemplo enfermedades intercurrentes o afecciones adquiridas en el nuevo medio en el que se coloque el enfermo para su curación (como por ejemplo tratamientos erróneos, complicaciones, nuevas infecciones, efectos secundarios, etc.).

#### **6.2.5. Tramitación**

El accidente de trabajo se acredita mediante los **comunicados de notificación de accidentes de trabajo** que ha de emitir el empresario en los modelos oficiales. El comunicado se emite cuando implica la ausencia del trabajador de un día como mínimo –además del del accidente– y se envía a la entidad gestora o colaboradora que se haga cargo de la cobertura de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

En caso de que el número de trabajadores afectados sea de más de cuatro o se haya producido la defunción del trabajador, la empresa lo tiene que notificar a la autoridad laboral en un plazo de veinticuatro horas por telegrama o un medio análogo. La Inspección de Trabajo tiene que elaborar un informe al respecto.

La empresa debe llevar una **relación mensual** de los accidentes de trabajo que no causen baja médica y remitirla a la entidad gestora, y también una relación mensual de altas o defunciones por accidentes de trabajo.

### **6.3. Las contingencias profesionales: la enfermedad profesional**

#### **6.3.1. Introducción. Sistemas de enfermedades profesionales**

Estos son los posibles modelos o sistemas que se pueden establecer para la consideración de las enfermedades profesionales:

##### **Sistema de lista**

Tienen la consideración de enfermedad profesional las recogidas en una lista y causadas por las sustancias y los elementos en sectores que haya determinado antes el legislador en cada momento.

##### **Sistema abierto o de determinación judicial**

Las enfermedades profesionales no están determinadas *a priori*, sino que en cada caso concreto por determinación judicial se califica o no de enfermedad profesional, si se prueba que tiene por causa el trabajo que se lleva a cabo.

##### **Sistema mixto**

Se establece previamente por vía legislativa una lista de enfermedades profesionales, pero se deja una cláusula abierta para que, mediante la analogía o la valoración judicial, se puedan añadir nuevas surgidas con la evolución de la producción, de las tecnologías y de los conocimientos médicos y científicos.

Todos los sistemas tienen ventajas e inconvenientes y probablemente el mejor es el sistema mixto, que acumula las ventajas de los otros dos.

A escala internacional la OIT recomienda el sistema mixto (Convenio 121 y Recomendación núm. 194, del 2002).

En la Unión Europea hay una lista europea de enfermedades profesionales (Recomendación 670/2003, de 19 de septiembre del 2003). Además de la lista del anexo I (enfermedades profesionales), la Recomendación prevé en el anexo II las enfermedades que se sospecha que tienen un origen profesional y que en el futuro es posible que se incorporen a la lista del anexo I, pero que mientras tanto el Estado tiene que indemnizar.

### 6.3.2. El sistema español de enfermedades profesionales

En España, desde que las enfermedades profesionales se empezaron a regular por separado de los accidentes de trabajo, se siguió el sistema de lista y en principio es el que se mantiene hoy en día en vigor.

Así, en el artículo 157 de la LGSS la enfermedad profesional se configura y define como «la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional».

Se tiene que dar una relación de causalidad entre trabajo elemento enfermante y enfermedad mucho más rígida y estrecha que en el accidente de trabajo: los agentes o sustancias en el ambiente de trabajo tienen que causar claramente la enfermedad. No se pueden producir «en ocasión» del trabajo por cuenta ajena, sino clara y directamente «a consecuencia» de este trabajo.

La lista vigente hoy en día se encuentra en el Real decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, con la modificación introducida por el Real decreto 1150/2015, de 18 de diciembre, que añade alguna nueva al grupo 6. No introduce un sistema mixto, sino uno según el cual la lista no se configura de una manera estática o prefijada o petrificada en el tiempo, con apartados amplios que permiten deducir de ciertas actividades posibles enfermedades y no solamente las que antes se mencionaban.

Y además prevé una especie de cláusula de actualización automática; en efecto, establece que «las enfermedades no incluidas en el anexo I que sean incorporadas como enfermedades profesionales a la lista europea, serán objeto de inclusión» en la lista española.

Sigue la Recomendación 2003/670 en cuanto a establecer también enfermedades que no prevé el anexo I, que por lo tanto hoy en día no se considerarían profesionales, pero que tienen un origen y un carácter profesional que se podrían establecer en el futuro, que la Recomendación prevé en el anexo II.

En el Real decreto 1299/2006 las enfermedades que recoge el **anexo I** se clasifican en seis grupos:

- **Grupo 1:** enfermedades profesionales causadas por agentes químicos.
- **Grupo 2:** enfermedades profesionales causadas por agentes físicos.
- **Grupo 3:** enfermedades profesionales causadas por agentes biológicos.
- **Grupo 4:** enfermedades profesionales causadas por inhalación de sustancias y agentes no comprendidos en otros apartados.

- **Grupo 5:** enfermedades profesionales de la piel causadas por sustancias y agentes no comprendidos en alguno de los otros apartados.
- **Grupo 6 :** enfermedades profesionales causadas por agentes cancerígenos.

Dentro de cada grupo se prevé el agente o elemento susceptible de provocar la enfermedad y las principales actividades capaces de producirla relacionadas con cada grupo de acuerdo con lo que establece la propia definición de la enfermedad profesional y con el cuadro que prevé el artículo 157 de la LGSS.

El **anexo II** prevé una «lista complementaria» de enfermedades que se sospecha que tienen un origen profesional y que se puede tener en cuenta el incluirlas en el futuro en el anexo I. Ciertamente no es tan amplia como la del anexo I, pero ya ha incorporado a la lista las enfermedades profesionales que la lista europea de la Recomendación del 2003 todavía considera «sospechosas».

De otra parte, el RD menciona a veces los trabajos causantes de las enfermedades de manera abierta o ejemplificativa (al utilizar la expresión «como») lo que permite calificar la patología como enfermedad profesional aun causada por trabajos análogos o similares, no expresamente tipificados en la lista (STS de 22 de junio de 2006, Rec. 882/2005 y tras la nueva lista por STS de 5 de noviembre de 2014, Rec.1515/2013).

### **6.3.3. La declaración y notificación de las enfermedades profesionales**

La empresa tiene que facilitar a la entidad gestora o colaboradora la información que esté en sus manos y que sea requerida para elaborar el comunicado en un nuevo modelo que sustituirá al anterior.

Las empresas (y los trabajadores por cuenta propia) tienen la obligación de enviar a la entidad gestora o colaboradora la información que esté en sus manos y les sea requerida para elaborar el comunicado de enfermedad profesional. Esto mismo tienen que hacer los servicios médicos de las empresas colaboradoras en la gestión de los riesgos profesionales, que tienen que dar traslado en el plazo de tres días hábiles del diagnóstico de enfermedades profesionales de sus trabajadores. Lo tienen que enviar a la entidad gestora o colaboradora en la que tengan asegurada la gestión de los riesgos profesionales.

A partir de estos datos la entidad gestora o colaboradora elabora y tramita el **comunicado de enfermedad profesional** por medios electrónicos. La Orden TAS 1/2007, de 2 de enero, regula el comunicado de enfermedad profesional, de forma que despliega en este punto el Real decreto 1299/2006. El contenido de esta orden es amplio. En efecto, incluye datos sobre el tipo y clase de trabajo, los puestos y trabajos actuales del trabajador cuando ha tenido la enfermedad, pero también los anteriores y la duración cuando pueden resultar útiles como posible indicio de la enfermedad profesional, la existencia de recono-

cimientos médicos y quiénes los han practicado, y también el contenido de estos reconocimientos y la parte del cuerpo afectada (según la lista del anexo 4). También contiene datos preventivos importantes.

El comunicado se tiene que emitir dentro del plazo de los diez días hábiles siguientes a la fecha en la que se haya producido el diagnóstico de enfermedad profesional.

Los comunicados son de comienzo del proceso, de cierre del proceso y de calificación y confirmación de la enfermedad profesional, o de otra contingencia (AT o enfermedad común).

Por otro lado, las empresas están obligadas a practicar **reconocimientos médicos iniciales y periódicos** a los trabajadores que tengan que cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedad profesional (art. 244 LGSS). La entidad gestora y, si procede, las mutuas están obligadas a conocer, antes de hacerse cargo del aseguramiento de los riesgos profesionales, el certificado de reconocimiento médico, y también los resultados de los reconocimientos médicos periódicos. El incumplimiento de la empresa genera responsabilidades prestacionales, sin perjuicio de las responsabilidades de las mutuas (art. 244.3 LGSS).

Finalmente, hay que destacar que los profesionales sanitarios del Servicio Nacional de Salud y los de los servicios de prevención tienen que comunicar al organismo competente de la comunidad autónoma y a la entidad gestora y colaboradora de la Seguridad Social la existencia de una enfermedad profesional incluida en la lista o sospechosa (del anexo II) si lo advierten con ocasión de sus actividades profesionales.

#### **6.4. Las enfermedades del trabajo**

Como ya hemos indicado, el concepto de accidente de trabajo exige que se dé la fuerza lesiva de manera repentina y violenta. Sin embargo, cuando no sea repentina ni violenta también se puede calificar de accidente.

Así, el artículo 156.2.e de la LGSS considera dentro del accidente de trabajo las enfermedades que no siendo profesionales «contraiga el trabajador con motivo de la realización del trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del trabajo».

Lo normal es que la enfermedad causada por el trabajo de una manera lenta y progresiva esté recogida como enfermedad profesional, teniendo en cuenta que ya hay una regulación específica de este riesgo profesional de acuerdo con el sistema que define el artículo 116 de la LGSS.

Como el sistema español es de lista, si la enfermedad tiene por causa la actividad profesional, para que se considere profesional tiene que estar en la lista o, si son causadas de manera lenta y no agresiva, el trabajador tiene que probar el nexo causal con la actividad de manera severa y exclusiva.

En los casos en los que se pruebe que la enfermedad ha sido causada por el trabajo, pero no esté prevista en la lista de enfermedades profesionales, ni se pueda considerar como tal, se protege como accidente de trabajo. Se trata de las llamadas enfermedades del trabajo, que no se tienen que confundir con las enfermedades profesionales.

También se considera accidente de trabajo la enfermedad que no tiene en el trabajo la causa determinante, sino que se tiene antes, pero que como consecuencia del trabajo se agrava, agudiza o desencadena.

La interpretación jurisprudencial ha sido flexible y extensiva, dadas las dificultades de la relación de causalidad con el trabajo (infartos, anginas de pecho, trombosis, etc.) y la casuística del tema. Para ello se ha servido de la presunción de tiempo y lugar al tratar la relación de causalidad. Es decir, que se presume que es accidente de trabajo el que se produce dentro del tiempo y puesto de trabajo. Incluso aunque haya dolencias previas o se presenten ciertos factores de riesgo en el propio sujeto, puesto que no se puede descartar la influencia de factores laborales. La prueba en contra, esto es, la demostración de que los factores laborales no han intervenido en absoluto, es muy difícil en la práctica.

A este efecto, el concepto de tiempo y puesto de trabajo no comprende el desplazamiento del trabajador, esto es en el trayecto, a diferencia de lo que diremos más adelante para el concepto puro de accidente de trabajo. La razón de no aplicar aquí la presunción, a pesar de que se trata de una lesión, es que el accidente se protege en el itinerario porque el itinerario es relevante causalmente, puesto que sin el viaje no habría accidente. En cambio, no se puede decir lo mismo respecto a la enfermedad del trabajo porque, aunque aparece durante el trayecto, no se debe al trayecto, salvo que el *iter* haya sido el factor desencadenante (dificultad del desplazamiento, esfuerzo extraordinario, estrés, fatiga excesiva, etc.).

Fuera del tiempo y puesto de trabajo entendido en sentido estricto ha de ser el trabajador quien tiene que probar la relación de causalidad, de manera que es difícil probar que la causa sea estrictamente el trabajo, al menos como desencadenante, y no otras circunstancias propias del trabajador.

## 6.5. Las contingencias comunes

El artículo 158 de la LGSS define de este modo las contingencias comunes:

«Se considerará accidente no laboral el que, conforme a lo establecido en el artículo 156, no tenga el carácter de accidente de trabajo.

Se considerará que constituyen enfermedad común las alteraciones de la salud que no tengan la condición de accidentes de trabajo ni de enfermedades profesionales, conforme a lo dispuesto, respectivamente, en los apartados 2.e), f) y g) del artículo 156 y en el artículo 157».

Las causas comunes tienen un tratamiento diferente de las causas profesionales. Sin embargo, dentro de las contingencias comunes hay que distinguir el **accidente no laboral** de la **enfermedad común**. En efecto, se da un tratamiento diferente de cara a ciertas prestaciones, puesto que no se exigen tantos requisitos cuando el hecho causante es un accidente común. Así, hay que destacar que:

- No se exige periodo previo de cotización en el régimen general para causar derecho a las prestaciones en caso de accidente no laboral (art. 165 LGSS), mientras que sí que se exige por regla general en enfermedad común.
- La base reguladora de las prestaciones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común se calcula de una manera diferente después de la Ley 40/2007 (art. 197 LGSS).

En vista de los diferentes requisitos de la enfermedad común en relación con el accidente, puede ser importante trazar claramente las fronteras entre los dos. Esto no es siempre fácil, puesto que no hay un concepto legal de accidente no laboral. En todo caso, para el accidente común es necesaria no tanto la presencia de lesión, sino que se trate de un accidente, esto es, una acción repentina y violenta y externa, de modo que aquí no se incluyen los infartos o las lesiones internas como en el accidente laboral.

La jurisprudencia entiende que, para que se dé el accidente común, es imprescindible que un agente extraño cause directamente y de manera adecuada la lesión corporal de la cual resulte un daño o perjuicio, lo que ha hecho que se extienda el concepto de accidente común a hechos como que un drogadicto contraiga el sida o se muera por sobredosis. Nos referimos, está claro, a supuestos en los que estas enfermedades no se contraen en ocasión o a consecuencia del trabajo, puesto que en este caso se canalizan por la vía del artículo 115.2.e LGSS (por ejemplo, personal sanitario en ocasión o a consecuencia del trabajo).

## 6.6. Las prestaciones. Clases y consideraciones generales.

### Caracteres

#### 6.6.1. Caracteres generales

La **acción protectora** es el conjunto de prestaciones que el sistema de Seguridad Social otorga a los colectivos protegidos.

Las prestaciones son el objetivo fundamental de la Seguridad Social y se otorgan mediante determinación previa del campo subjetivo (campo de aplicación y sujetos protegidos). Al servicio y finalidad de estas prestaciones se ordenan las otras relaciones y obligaciones instrumentales (afiliación, alta, cotización) y cuando se producen y actualizan las contingencias cubiertas (riesgos comunes y profesionales), con verificación previa del cumplimiento de los requisitos para otorgarlas, tanto si son asegurativos o contributivos (alta y cotización previa, si procede) como si son no contributivos (niveles de renta).

Las prestaciones las regulan los artículos 42-65 de la LGSS con carácter general para el sistema y los artículos 161-168 para el régimen general.

Las prestaciones pueden ser en especie o servicios y económicas o en dinero, que suplen rentas (subsidios, de carácter temporal, o pensiones) o compensan gastos (asignaciones o indemnizaciones). Según la forma de pago, pueden ser de trato único (pago en una sola vez) o sucesivo, pueden ser en capital o cantidad a tanto alzado, en una sola vez o una renta de devengo periódico, sea temporal o vitalicia.

Las prestaciones, además, pueden suponer el abono de las cotizaciones a la propia Seguridad Social.

El artículo 42 de la LGSS establece las prestaciones siguientes:

- Asistencia sanitaria y prestaciones farmacéuticas.
- Prestaciones económicas por incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, cuidado de menores enfermos afectados de cáncer u otra enfermedad grave, incapacidad permanente, vejez, desempleo, cese de actividad para los autónomos, muerte y supervivencia.
- Prestaciones familiares por hijo a cargo (arts. 235 y 236 de la LGSS) (cómputo como empleo cotizado de los dos primeros años de excedencia

por cuidado de hijos o de un año si es por cuidado de otros familiares a efectos de ciertas prestaciones y por nacimiento de hijos).

- Servicios sociales.
- Asistencia social.

Las prestaciones para la atención de situaciones de dependencia de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, no están incluidas dentro de la Seguridad Social sino que se insertan dentro de los servicios sociales de las comunidades autónomas.

### **6.6.2. Causación del derecho a las prestaciones. Requisitos generales y particulares**

#### **Requisitos**

Los trabajadores incluidos en el campo de aplicación del régimen general de la Seguridad Social «causan derecho a las prestaciones de este régimen cuando, además de los particulares exigidos para la respectiva prestación, reúnan el requisito general de estar afiliados y de alta en este régimen o en situación asimilada al alta, cuando sobrevenga la contingencia protegida» (art. 165 LGSS).

Y también el de cotización o periodo de carencia.

«Las entidades gestoras de la Seguridad Social son responsables de las prestaciones [...] siempre que se hayan cumplido los requisitos generales y particulares exigidos para causar derecho [...]» (art. 167 LGSS).

Las entidades gestoras de la Seguridad Social son responsables de las prestaciones de las que tengan atribuida la gestión, siempre que se hayan cumplido los requisitos generales y particulares exigidos para causar derecho (art. 45 LGSS).

«Hay prestaciones en las que la concesión o la cuantía está subordinada al cumplimiento de determinados periodos de cotización.

Sin embargo, no se exigen periodos previos de cotización para el derecho a las prestaciones que se deriven de accidentes, tanto si son de trabajo como si no, o enfermedad profesional».

La cuantía de las prestaciones la fija la LGSS y otras normas reguladoras de las prestaciones y reglamentos de aplicación según el artículo 161 de la LGSS.

Las prestaciones se determinan legalmente según módulos objetivos que en general no tienen en cuenta la situación económica del beneficiario. Sin embargo, en el interior de algunas prestaciones (desempleo asistencial, subsidio agrario, renta agraria, pensiones de viudedad, orfandad y en favor de familiares, en ciertos casos) sí que se introducen factores asistenciales como no tener rentas o tener cargas familiares.

El derecho de causar las prestaciones se hace depender todavía de requisitos o **exigencias inspirados en el esquema del seguro** (alta y periodo de cotización), excepto en ciertas contingencias y en cuanto a condicionar la protección al cumplimiento por parte del empresario de las obligaciones de Seguridad Social. Se suelen exigir, excepto contingencias profesionales y accidente no laboral, periodos previos de cotización mínimos para tener derecho a ellas.

En cuanto a los requisitos de carencia o cotización previa, pueden ser los siguientes:

- A lo largo de toda la vida laboral (**carencia genérica**) (por ejemplo, quince años en jubilación).
- En periodos específicos (**carencia específica**) (por ejemplo, dos años en los últimos quince en jubilación, o toda la carencia en un periodo determinado: quinientos días en los últimos cinco años en muerte y supervivencia, excepto orfandad, ciento ochenta días en los últimos cinco años en incapacidad temporal, trescientos sesenta días en los últimos seis años en desempleo).

El cómputo de los plazos fijados para el acceso y la determinación de la cuantía de las pensiones se **transforma en días** (art. 48 de la LGSS).

El requisito de cotización previa se ha relativizado por vía legal y jurisprudencial en una serie de supuestos y situaciones. Así, se computan cotizaciones que no se han pagado efectivamente y se otorgan **periodos de cotización presuntos** en una serie de supuestos, como interrupción de la cotización por maternidad, víctima de violencia de género, maternidad biológica, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, reducción de jornada por cuidado de hijos o de familiares (art. 37.5 ET) o menor hospitalizado, o cotizaciones presuntas a efectos de la pensión de jubilación en caso de fijos discontinuos perceptores de subsidios de desempleo (art. 280 LGSS). Y por haber entrado en juego la tesis de los «**días cuota**», esto es, el cómputo de cotizaciones correspondientes a las pagas extraordinarias, excepto para acceder a jubilación después de la Ley 40/2007.

La exigencia de periodos previos de cotización dentro de un determinado arco temporal a veces se atenúa, de modo que los retrotraen a las fechas en que hubo obligación de cotizar, sin contar el periodo de vacío («**teoría del paréntesis**»).

También hay que tener en cuenta el **cómputo recíproco de cotizaciones y la totalización de periodos** cotizados en otros países por los reglamentos comunitarios o convenios de Seguridad Social, es decir, una valoración de los sucesivos periodos trabajados y cotizados, en varias actividades. Opera entre las cotizaciones que se han hecho en **regímenes históricos** anteriores al siste-

ma vigente y el actual (DT 3.ª LGSS), **entre varios regímenes del sistema** (RD 691/1991) e incluso con regímenes periféricos (MUFACE, ISFAS, MUGEJU) y con regímenes de funcionarios de la Unión Europea.

### 1. Cálculo y cuantía. Límites mínimos y máximos

La determinación de las prestaciones de cuantía fija es sencilla porque ya está fijada taxativamente por la ley.

Las pensiones o subsidios se suelen determinar mediante la aplicación de un **porcentaje** variable, según situaciones y contingencias, y sobre un módulo (**base reguladora**) que normalmente depende de la base de cotización.

Cuando se reúnen los requisitos para acceder a cada prestación, se suele calcular de acuerdo con lo que se ha cotizado en ciertos periodos, que sirven para determinar la **base reguladora**. A veces esta base comprende periodos muy cortos (el mes anterior en incapacidad temporal, los seis meses anteriores en desempleo, veinticuatro meses en ciertos supuestos de incapacidad permanente) o veinticuatro meses en un periodo que puede elegir el beneficiario en los últimos quince años (veinticuatro meses en muerte y supervivencia), y a veces comprende periodos más amplios (quince años, que irán aumentando hasta veinticinco en jubilación, u ocho en incapacidad permanente en ciertos casos).

La base reguladora se suele formar con lo que se ha cotizado para la contingencia de que derive, excepto en algunas prestaciones, en las que no todo lo que se ha cotizado forma parte de la base (por ejemplo, en desempleo).

Sobre la base reguladora se aplican unos **porcentajes** para calcular la prestación. En IT, por ejemplo, el 60 o el 75 %. En otros casos es variable según el número de años cotizados a lo largo de la vida del trabajador (jubilación: quince años cotizados dan lugar a un 50 %, que se incrementa de acuerdo con una escala).

Las leyes de presupuestos (LPE) y los decretos de mejoras de mínimos y revalorización de pensiones fijan más criterios que afectan a la cuantía de las prestaciones, sobre todo de las pensiones: la **revalorización de las pensiones** para mantener el valor que tienen, el establecimiento de **mínimos y complementos por mínimos** y la fijación de un **límite máximo de pensiones**.

Cada año la LPE y el correspondiente Real decreto de revalorización de pensiones fijan las pensiones mínimas.

En la pensión de jubilación, para su cálculo hay que tener en cuenta el **factor de sostenibilidad** (art. 211 LGSS). Este se define como un instrumento que, con carácter automático, permite vincular el importe de las pensiones de jubilación del sistema de la Seguridad Social a la evolución de la esperanza de

vida de los pensionistas, por medio de una fórmula que se regula en el art. 211, apartado 4, de la LGSS, ajustando las cuantías que percibirán quienes se jubilen en unas condiciones similares en momentos temporales diferentes. El factor de sostenibilidad se aplica una sola vez para la determinación del importe inicial de las pensiones de jubilación. Sin embargo, con una periodicidad quinquenal, se revisa la variación interanual de la esperanza de vida que se debe tener en cuenta para calcular el valor del factor de sostenibilidad.

El factor de sostenibilidad se aplica sin perjuicio del derecho que, si procede, tenga el interesado en percibir el complemento por mínimos, de acuerdo con lo que sobre este tema establezca la correspondiente Ley de presupuestos generales del Estado.

La aplicación del factor de sostenibilidad se retrasa hasta 2023 (art. 211 LGSS y disposición final única de la LGSS en la redacción dada por la disposición final 38ª.5 de la ley 6/2018).

Según el art. 164 de la LGSS, que regula el llamado **recargo de prestaciones**, todas las prestaciones económicas que tengan su causa en un accidente de trabajo o una enfermedad profesional aumentan, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 %, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o puestos de trabajo que no tengan los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, teniendo en cuenta sus características y la edad, el sexo y otras condiciones del trabajador.

La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recae directamente sobre el empresario infractor y no puede ser objeto de ningún seguro, y cualquier pacto o contrato que se haga para cubrirla, compensarla o transmitirla es nulo de pleno derecho.

La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que se puedan derivar de la infracción.

Hay que tener en cuenta que de otros incumplimientos del empresario en materia de prevención de riesgos laborales se pueden derivar también responsabilidades en materia de prestaciones. Así:

- El incumplimiento por parte de las empresas de las órdenes de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de las resoluciones de la autoridad laboral en materia de paralización de trabajos que no cumplan las normas de seguridad y salud se equipara, respecto a los accidentes de trabajo que en este caso se puedan producir, a la falta de formalización de la protección por esta contingencia de los trabajadores afectados, con independencia de cualquier otra responsabilidad o sanción que corresponda (art. 242 LGSS).

- El incumplimiento por parte de la empresa de la obligación de efectuar los reconocimientos médicos previos o periódicos la constituye en responsable directa de todas las prestaciones que se puedan derivar, en estos casos, de enfermedad profesional, tanto si la empresa está asociada a una mutua colaboradora con la Seguridad Social, como si tiene cubierta la protección de esta contingencia en una entidad gestora (art. 244 LGSS).

## 2. La revalorización de las pensiones

La LGSS reconoce el derecho a la **revalorización de las pensiones** para garantizar el poder adquisitivo y el valor real que tienen frente a la variación del índice del coste de la vida.

El artículo 50 de la Constitución establece en este sentido que «los poderes públicos garantizarán la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad, mediante pensiones adecuadas y actualizadas periódicamente».

La revalorización puede ser automática, establecida por ley, o discrecional por parte del Gobierno. El sistema español era de revalorización **automática** de acuerdo con el índice de precios al consumo previsto para aquel año.

En caso de que la inflación real fuera superior a la prevista, se garantizaba el poder adquisitivo de acuerdo con lo que establezca cada año la Ley de presupuestos (art. 48.1 de la anterior LGSS). Si la inflación real hubiera sido inferior a la prevista, se consolidaba la diferencia.

Actualmente, después de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, el art. 58 de la LGSS introduce nuevas reglas de cálculo de la revalorización de las pensiones, que se expresa en una fórmula matemática que tiene en cuenta el año para el cual se calcula la revalorización, la tasa de variación de los ingresos del sistema de la Seguridad Social, la tasa de variación del número de pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social y los valores del efecto sustitución (es decir, la variación interanual de la pensión media del sistema en un año en ausencia de revalorización en este año) y, finalmente, el importe de los ingresos y gastos del sistema de la Seguridad Social.

El valor del parámetro se revisa cada cinco años. En ningún caso el resultado obtenido puede dar lugar a un incremento anual de las pensiones inferior al 0,25 % ni superior a la variación porcentual del índice de precios de consumo en el periodo anual anterior a diciembre del año, más 0,50 %.

Para el cálculo de la expresión matemática se considera el total de ingresos y gastos que se incluyen en ella y los que se excluyen de acuerdo con el art. 58 de la LGSS.

El importe de la revalorización anual de las pensiones de la Seguridad Social no puede determinar para estas, una vez revalorizadas, un valor íntegro anual superior a la cuantía establecida en la correspondiente Ley de presupuestos generales del Estado, sumado, si procede, al importe anual íntegro ya revalorizado de las otras pensiones públicas percibidas por su titular.

El porcentaje en el que se revalorizan las pensiones contributivas es el aplicable también a las no contributivas (art. 62 de la LGSS).

Pese a todo lo anterior, la ley de presupuestos 6/2018 (disp. ad. 51.<sup>a</sup>) ha establecido una revalorización que si bien no toma en cuenta el IPC en cierto modo prescinde de la previsión legal de la LGSS para los ejercicios 2018 y 2019.

### 3. Límites máximos

Las pensiones, cuando se han revalorizado, no pueden superar un **límite máximo** que fija cada año la Ley de presupuestos. Algunas prestaciones tienen límites específicos propios.

#### Ejemplo

Por ejemplo, en desempleo en la prestación contributiva.

El límite es único y válido para todas las pensiones **públicas**, una o unas cuantas. Las prestaciones abonadas mediante planes de pensiones o contratos de seguros colectivos no tienen la consideración de pensiones públicas ni se computan a efectos de la cuantía máxima de las pensiones públicas.

Las pensiones, contributivas o no contributivas, incluso la del SOVI, tienen **dos pagas extraordinarias**, que se reportan en junio y en noviembre, por un importe cada una de la mensualidad ordinaria correspondiente a estos meses.

Cuando se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a la que resulte de aplicar en cada caso lo que establece el artículo 205.1.a de la LGSS, siempre que al cumplir esta edad se haya reunido el periodo mínimo de cotización que establece el artículo 205.1.b de la LGSS, se reconoce al interesado un porcentaje adicional (art. 210.2 LGSS) que después de que se le sume la pensión **no puede ser superior en ningún caso al límite que establece el artículo 57 de la LGSS. No obstante, se puede superar la pensión máxima mediante el derecho a percibir anualmente una cantidad cuyo importe sumado al de la pensión máxima, de la pensión o las pensiones que tenga reconocidas el interesado, en cómputo anual, no puede superar la cuantía del límite máximo de la base de cotización vigente en cada momento, también en cómputo anual (art. 210.2 LGSS).** El beneficio establecido en este apartado no es aplicable en los supuestos de jubilación parcial, ni en el de jubilación flexible al que se refiere el párrafo segundo del artículo 213.1 LGSS (art. 210.2 LGSS).

### 4. Complementos por mínimos

Si no se llega al mínimo, el art. 59 de la LGSS prevé **complementos por mínimos**. Remite su fijación a la Ley de presupuestos y para lograr la pensión mínima tiene en cuenta la que perciba el beneficiario de la pensión (revalorizada), más las otras pensiones y las rentas de trabajo y capital que posea del ejercicio en el que se perciben. Al tener en cuenta las rentas, el complemento adquiere un matiz asistencial. Si perciben ingresos por los conceptos indicados, se puede otorgar un complemento para lograr la pensión mínima correspondiente.

El art. 59 de la LGSS fija ciertos **límites a la cuantía de los complementos de mínimos**. Así, no puede superar las cuantías de las pensiones no contributivas de jubilación e IP. Esta limitación se aplica también a viudedad, incluso aunque incremente la de orfandad. No es aplicable al complemento de gran invalidez. Además, para la percepción de complementos de mínimos se exige el requisito de residencia, aunque no es aplicable a pensiones ya causadas antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2011. El tope de la cuantía del complemento solo se aplica a las pensiones causadas con posterioridad al 1 de enero de 2016 (disp. final 2.ª de la ley 48/2015).

El complemento de pensión no será de aplicación en los casos de acceso anticipado a la jubilación por voluntad del interesado ni en los de jubilación parcial, a los que se refieren, respectivamente, los artículos 208 y 215 LGSS.

Los beneficiarios tienen una serie de obligaciones **formales o procedimentales** para percibir los complementos por mínimos. Los que los hayan percibido tienen que presentar antes del 1 de marzo de cada año una declaración en la que se expresen los ingresos o las rentas de forma que, como se avanza los complementos en función de las rentas del año anterior, puede suceder que después se revise el otorgamiento en función de las rentas del año en el que se perciben los complementos y se solicite el reintegro de lo que se ha percibido indebidamente.

El artículo 60 de la LGSS también prevé un **complemento por maternidad** en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social. Y reconoce, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente.

El porcentaje es el siguiente:

- En el caso de dos hijos: 5 %.
- En el caso de tres hijos: 10 %.
- En el caso de cuatro o más hijos: 15 %.

En caso de que la cuantía de la pensión reconocida inicialmente supere el límite establecido en el artículo 57, es decir, la pensión máxima, sin apli-

car el complemento, la suma de la pensión y del complemento no puede superar este límite incrementado un 50 % del complemento asignado.

Asimismo, si la cuantía de la pensión reconocida logra la pensión máxima aplicando solo parcialmente el complemento, la interesada tiene derecho además a percibir el 50 % de la parte del complemento que exceda el límite máximo vigente en cada momento.

En los casos en los que legal o reglamentariamente esté permitida por otras causas la superación del límite máximo, el complemento se calcula en los términos indicados en este apartado, estimando como cuantía inicial de la pensión el importe del límite máximo vigente en cada momento.

En los supuestos en los que la pensión inicialmente causada no logre la cuantía mínima de pensiones que anualmente establezca la correspondiente Ley de presupuestos generales del Estado, se reconoce esta cuantía, teniendo en cuenta las previsiones que establece el artículo 59 de la LGSS. A este importe se ha de sumar el complemento por hijo, que es el resultado de aplicar el porcentaje que corresponda a la pensión inicialmente calculada.

El complemento de pensión no es aplicable en los casos de acceso anticipado a la jubilación por voluntad de la interesada ni en los de jubilación parcial, a los cuales se refieren, respectivamente, los artículos 208 y 215 de la LGSS.

### **6.6.3. Pensión única e incompatibilidades. Las prestaciones en caso de pluriempleo y pluriactividad**

El artículo 163 de la LGSS para el régimen general establece que las pensiones del régimen general son incompatibles entre sí cuando concurren en un mismo beneficiario, salvo que se establezca lo contrario.

Este principio de pensión única se refiere a pensiones causadas por el mismo beneficiario y por riesgos diferentes entre ellos dentro del régimen general por la misma actividad. Así, por ejemplo, no se puede disfrutar de dos pensiones de incapacidad permanente en el mismo régimen, incluso por varios hechos causantes, sino que se tiene que optar por una de estas pensiones.

Ahora bien, cuando se llevan a cabo varias actividades de diferentes regímenes (**pluriactividad**) existe la posibilidad de generar varias prestaciones o pensiones cuando se reúnan los requisitos necesarios.

Hay que distinguir el pluriempleo de la pluriactividad:

1. En **pluriempleo** la cotización es única y se genera una pensión única siempre que se produzca la superposición de las dos ocupaciones durante el periodo mínimo de diez años inmediatamente anteriores al hecho causante. Cuando no se superpongan los diez años exigidos, se toma la parte proporcional a efectos de la base reguladora.

2. En **pluriactividad** se cotiza por las dos actividades. Hay que distinguir el reconocimiento de prestaciones por realización sucesiva de más de una actividad en regímenes diversos de la Seguridad Social, internos o externos, de los supuestos de pluriactividad simultánea:

- En caso de **pluriactividad simultánea**, con periodos cotizados en más de un régimen que se superpongan, se tiene que cotizar por los dos regímenes. Para causar derecho a las prestaciones se exige reunir el alta y los periodos mínimos en las dos actividades. Si no hay alta, los quince años se tienen que superponer (art. 205.3 LGSS).
- En caso de **pluriactividad sucesiva** se aplica la normativa del cómputo recíproco de cotizaciones para causar derecho a las prestaciones. Se trata de computar sucesivamente periodos de cotización en más de un régimen, que no se superpongan, a efectos de reunir los requisitos para acceder a una sola prestación. En este caso a la hora de solicitar una pensión el reconocimiento se debe realizar primero en el régimen en el que cotizaba el trabajador o en el último en el que había cotizado, siempre que se reunieran los requisitos exigidos, y tienen que computar solamente las cotizaciones que se han hecho en este régimen. Después se deben añadir las cotizaciones del otro régimen a efectos de la cuantía de la prestación.

#### Observación

En caso de acreditar cotizaciones en varios regímenes y que no se cause derecho a pensión en ninguno, las bases se pueden acumular a las del régimen en el que se cause la pensión exclusivamente para determinar la base reguladora (art. 49 LGSS) sin que la suma de las bases pueda exceder el límite máximo de cotización vigente en cada momento.

En caso de no reunir los requisitos en el último régimen, se llama por orden inverso a los regímenes en los que se había cotizado antes, siempre que, en la previsión aislada, se reunieran los requisitos pertinentes.

Si, finalmente, el trabajador no reúne o tiene acreditado el correspondiente periodo de carencia en ninguno de estos dos regímenes, se suman las cotizaciones de todos los regímenes y se otorga la pensión en el régimen en el que haya computado un número más alto de cotizaciones y no necesariamente en el que esté de alta en aquel momento. Si por aplicación de este procedimiento la pensión es inferior a la que correspondería en uno solo de los regímenes en los que ha cotizado, se otorga un complemento de pensión por la diferencia.

Las prestaciones causadas de conformidad con la legislación anterior son compatibles con las nuevas, excepto algunas excepciones, como las pensiones SOVI, dado el carácter residual que tienen, porque son incompatibles con cualquier otra prestación de la Seguridad Social (DT 2.<sup>a</sup> de la LGSS).

En caso de jubilación los términos son los mismos en pluriempleo (art. 161.3 LGSS), es decir, la base reguladora de las prestaciones se determina en función de la suma de las bases por las cuales se haya cotizado en las diferentes empresas, y el límite máximo es aplicable a la base reguladora así determinada.

#### **6.6.4. Trabajadores a tiempo parcial**

La protección social derivada de los contratos de trabajo a tiempo parcial, fijos a tiempo parcial y fijos discontinuos, incluso empleados del hogar, se rige por el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo y específicamente por lo que establecen los arts. 245-248 LGSS y los arts. 269.2 y 270.1 de la LGSS en relación con la protección por desempleo.

Al cotizar por horas, se plantean problemas a la hora de causar derecho a las prestaciones. Así, a efectos de acreditar los periodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad:

- Se tienen en cuenta los diferentes periodos durante los cuales el trabajador ha permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, sea cual sea la duración de la jornada efectuada en cada uno de ellos.

A tal efecto, el **coeficiente de parcialidad**, que viene determinado por el porcentaje de la jornada efectuada a tiempo parcial respecto a la jornada efectuada por un trabajador a tiempo completo comparable, **se aplica sobre el periodo de alta con contrato a tiempo parcial, y el resultado es el número de días que se consideran efectivamente cotizados en cada periodo.**

Al número de días que resulten se sumarán, si procede, los días cotizados a tiempo completo, y el resultado es el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones.

- Una vez determinado el número de días de cotización acreditados, se procede a calcular el **coeficiente global de parcialidad**, y este es el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con lo que establece la letra a), sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador.

En caso de que se trate de un subsidio por incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se hace exclusivamente sobre los últimos cinco años.

Si se trata del subsidio por maternidad y paternidad, el coeficiente global de parcialidad se calcula sobre los últimos siete años o, si procede, sobre toda la vida laboral.

- El **periodo mínimo de cotización exigido** para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido es el resultado de aplicar al periodo regulado a todos los efectos el **coeficiente global de parcialidad**.

En los supuestos en los que, a efectos del acceso a la correspondiente prestación económica, se exija que parte o la totalidad del periodo mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, es decir, la **carencia específica**, el coeficiente global de parcialidad se aplica para fijar el periodo de cotización exigible dentro del espacio temporal en el que tiene que estar comprendido el periodo exigible, es decir, el establecido a todos los efectos para la prestación respectiva.

En la determinación de la base reguladora de las prestaciones económicas se han de tener en cuenta las reglas siguientes:

- a) La base reguladora de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente se calcula de acuerdo con la regla general.
- b) La base reguladora diaria de las prestaciones por maternidad y por paternidad es 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 trescientos sesenta y cinco.

Sin embargo, las prestaciones por maternidad y paternidad se pueden reconocer mediante una resolución provisional de conformidad con lo que prevé el artículo 179.2 de la LGSS.

- c) La base reguladora diaria de la prestación por IT es 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 inmediatamente anteriores al del hecho causante, entre el número de días naturales comprendidos en el periodo.

La prestación económica se abona durante todos los días naturales en los que el interesado se encuentre en la situación de incapacidad temporal.

A efectos de calcular las **pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común**, la integración de lagunas, es decir, de los periodos durante los cuales no haya habido obligación de cotizar, se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término.

A efectos de determinar la **cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común**, el número de días cotizados que resulten de lo que establece el segundo párrafo de la letra *a* del

artículo 247 se incrementa con **la aplicación del coeficiente del 1,5**, sin que el número de días resultante pueda ser superior al periodo de alta a tiempo parcial.

El **porcentaje que hay que aplicar sobre la respectiva base reguladora** se determina de conformidad con la escala general a la que se refiere el artículo 210.1 de la LGSS, salvo que el interesado acredite un periodo de cotización inferior a quince años, considerando la suma de los días a tiempo completo con los días a tiempo parcial incrementados ya estos últimos con el coeficiente del 1,5, el porcentaje que hay que aplicar sobre la respectiva base reguladora será el equivalente al que resulte de aplicar la parte proporcional, es decir, sobre el 50 % del porcentaje que represente el periodo de cotización acreditado por el trabajador sobre quince años.

Sobre el resultante se aplica, si procede, el **complemento para lograr los mínimos**, que no será parcializado.

## 6.7. Garantías de las prestaciones

### 6.7.1. Garantías de percepción íntegra

Los artículos 44 y siguientes y 161 y siguientes de la LGSS establecen una serie de garantías de las prestaciones para asegurar la intangibilidad frente a los actos de disposición del propio beneficiario, frente a los actos de terceros o de los entes públicos que administran la Seguridad Social y que las hayan reconocido.

En este sentido, el artículo 44 de la LGSS establece un **principio de inembargabilidad**, esto es, que las prestaciones de Seguridad Social no pueden ser objeto de cesión total o parcial, embargo, retención, compensación o descuento, **excepto** en orden al cumplimiento de las obligaciones alimentarias a favor del cónyuge e hijos y cuando se trate de obligaciones o responsabilidades que ha contraído el beneficiario dentro de la Seguridad Social.

#### Observación

Es, por otro lado, una inembargabilidad **relativa**; en efecto, solo lo es de la parte que no exceda la cuantía del salario mínimo interprofesional (arts. 607 y 621.3 LEC 1/2000, de 7 de enero).

En cuanto al tratamiento fiscal de las prestaciones, no están gravadas las prestaciones públicas extraordinarias por actos de terrorismo, las pensiones por lesiones o mutilaciones de la Guerra Civil y las prestaciones de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez otorgadas por la Seguridad Social o por una entidad sustitutoria, las prestaciones percibidas por sepelio o funeral y la modalidad de pago único de la prestación por desempleo con ciertos límites.

Las prestaciones de Seguridad Social, incluyendo los recargos, se consideran créditos privilegiados en los supuestos de insolvencia de las entidades colaboradoras o del empresario responsable (art. 162 LGSS). Se refiere a las prestaciones que tengan que satisfacer los empresarios a su cargo, de acuerdo con lo que establecen el artículo 167.2 y el párrafo segundo del artículo 173.1 de la LGSS, o por su colaboración en la gestión y, si procede, las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social en régimen de liquidación, lo cual también es aplicable al recargo de prestaciones a que se refiere el artículo 164 de la LGSS.

## 6.7.2. Garantías para evitar la pérdida de las prestaciones

### Prescripción y caducidad

#### 1. Prescripción

El artículo 53 de la LGSS establece que el derecho al reconocimiento de las prestaciones de Seguridad Social **prescribe** al cabo de cinco años. Sin embargo, por el carácter alimentario que tienen, no prescriben las pensiones de jubilación y de muerte y supervivencia, excepto el auxilio por defunción (arts. 53, 212 y 230 LGSS).

A pesar de que no prescriben, la solicitud de estas prestaciones no es efectiva en el momento en el que se produjo el hecho causante y se pudieron solicitar, sino hasta después de tres meses antes de la fecha de solicitud.

El régimen mencionado no se aplica a la incapacidad temporal, puesto que no necesita solicitud porque basta con presentar los comunicados de baja para hacerse efectiva la prestación de manera automática (principio de «oficialidad»).

Se aplica también a los recargos de prestaciones, toda vez que, pese a su carácter sancionatorio, también tienen naturaleza prestacional (STS de 15, 16 de septiembre de 2016, Rec.3272 y 1411/2015).

#### 2. Caducidad

Cuando los beneficiarios presentan la solicitud de la prestación transcurrido el plazo, el artículo 54 de la LGSS establece que el cobro de las prestaciones **caduca** después de un año contado desde el día siguiente de haber sido notificada al interesado en forma la concesión, en **prestaciones a tanto alzado** y **en una sola vez**, salvo que recurra por vía judicial, puesto que entonces es desde que la sentencia sea firme. Y desde el vencimiento mes a mes, cuando se trate de **prestaciones periódicas**. Las prestaciones de desempleo caducan día a día (art. 268.2 de la LGSS).

Según el artículo 53 de la LGSS, si el contenido económico de las prestaciones que ya han sido reconocidas queda afectado por **solicitudes de revisión** de estas prestaciones mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tienen

una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de esta solicitud. Esta regla de retroactividad máxima no opera en los supuestos de **rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos**, ni cuando de la revisión se derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas, a las cuales se refiere el artículo 55 de la LGSS.

### **Garantías frente a la revocación de las prestaciones concedidas. El reintegro de prestaciones indebidas**

Una de las garantías que prevé el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social y la jurisprudencia es la de la protección de las prestaciones que ya han sido reconocidas frente a la acción unilateral de la Administración de revocación de oficio de los actos administrativos declarativos de derechos y que normalmente supone el reintegro de prestaciones percibidas indebidamente.

Por todo ello las entidades gestoras no pueden revocar unilateralmente sus actos, sino que tienen que acudir a la jurisdicción laboral de acuerdo con el artículo 146 de la Ley de la jurisdicción social. En tal caso no opera el plazo de cinco años sino el de tres meses (STS 29 de marzo de 2017, Rec.1883/2015 y sentencias ahí citadas).

En cuanto a los **errores materiales, de hecho o aritméticos**, se tiene que tratar de errores manifiestos, sin ningún tipo de juicio de valor o calificación jurídica, es decir, que no se trate de error de derecho. No se trataría de errores provocados por el beneficiario, que irían en el supuesto segundo (omisiones o inexactitudes y conductas dolosas o fraudulentas).

El segundo supuesto son las revisiones basadas en las **omisiones o inexactitudes del beneficiario** sobre datos iniciales, sobrevenidos o que han variado. En estos casos corresponde de oficio la revisión.

La posibilidad de recurrir a la vía judicial para revisar las prestaciones solo se reconoce a las entidades gestoras y a los servicios comunes, y no a las entidades colaboradoras como las mutuas (STS de 15 de diciembre del 2011, Rec. 812/09).

Fuera del artículo 146 de la LJS se han configurado otras excepciones que permiten la revisión de oficio. Son las siguientes:

- La adecuación de las pensiones a los límites.
- Los actos provisionales y los complementos por mínimos. La regularización de las cuantías de las pensiones no contributivas por el control anual de recursos.
- Los actos de gestión ordinaria o por incompatibilidad de prestaciones o por sanción, por conducta del beneficiario.

#### **Excepciones**

Se exceptúa solo la rectificación de errores materiales o de hecho y los aritméticos, y también las revisiones motivadas por la constatación de omisiones o inexactitudes en las declaraciones del beneficiario.

El plazo para el reintegro de prestaciones indebidas es de **cuatro años** «con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluyendo los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la entidad gestora» sin que pueda haber excepciones de equidad derivadas de la buena fe del beneficiario ni de la demora injustificada de la entidad gestora (STS de 22 de diciembre del 2008, Rec. 508/2008).

Los procedimientos para el reintegro de prestaciones indebidas los regula el artículo 102 del Reglamento general de recaudación (RGC) y el Real decreto 148/1996, de 5 de febrero, y la Orden de 18 de julio de 1997 que lo despliega y las modificaciones posteriores, sobre todo en los casos en los que el deudor también es acreedor de prestaciones económicas de la Seguridad Social.

## **6.8. Incumplimiento de los requisitos generales. La responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones**

### **6.8.1. Consideraciones generales**

Para causar derecho a las prestaciones del régimen general, las personas incluidas en su campo de aplicación tienen que cumplir, además de los requisitos particulares exigidos para acceder a cada una, el requisito general de estar afiliadas y en alta en este régimen o en una situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida, excepto disposición legal expresa en contra (art. 165 LGSS).

El incumplimiento de la empresa de las obligaciones de afiliación, alta y cotización genera un complejo régimen de responsabilidades para el empresario, que podemos denominar pluralista (penales, sancionadoras, recargos de cotización, etc.).

La normativa vigente de Seguridad Social todavía establece unas **responsabilidades** añadidas que no se configuran claramente como sancionadoras, sino que son **específicas de Seguridad Social** y que denominamos **responsabilidades prestacionales**.

En efecto, el artículo 167.2 de la LGSS establece que el incumplimiento determina la exigencia de responsabilidades al empresario, en cuanto al pago de las prestaciones, con una fijación previa de los supuestos de imputación y del alcance que tienen y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva.

Si bien se ha configurado acudiendo a los viejos preceptos de la Ley de Seguridad Social (LSS) de 1966 (arts. 94 a 96), bien es verdad que la propia casuística de este tema desborda los preceptos de esa ley. Por este motivo el trabajo jurisprudencial es decisivo, aunque genere cierta inseguridad jurídica e inestabilidad. La jurisprudencia ha evolucionado desde un planteamiento de res-

ponsabilidad que tenía en cuenta el comportamiento del empresario hacia un planteamiento actual que tiene más en cuenta los «daños» que la conducta del empresario causa a las prestaciones del trabajador.

### **6.8.2. Supuestos y alcance de la imputación de responsabilidades al empresario**

#### **Incumplimiento de las obligaciones de afiliación, inscripción y de alta**

Si no hay inscripción de empresas ni opción de aseguramiento, el responsable es el empresario, no la mutua.

Si hay inscripción de empresa y opción de aseguramiento por una mutua, la falta de afiliación y alta del trabajador no exime de anticipar la prestación a la mutua, sin perjuicio de dirigirse contra el empresario responsable, excepto que haya regularización antes de que se produzca el hecho causante.

#### **Incumplimiento de la obligación de cotizar**

El incumplimiento genera consecuencias no solamente recaudatorias (recargos), sino también prestacionales, como mecanismo de compulsión indirecto.

El artículo 167.3 de la LGSS establece, sin embargo, que se atenuará el alcance de la responsabilidad de los empresarios.

Y, en efecto, las entidades gestoras, mutuas y servicios asumirán el pago de las prestaciones, en la medida en que se atenúe el alcance de la responsabilidad de los empresarios respecto a este pago.

Como por reglamento no se ha establecido esta moderación, lo ha ido fijando la jurisprudencia:

- Solo se da cuando el trabajador tendría o tiene derecho a las prestaciones.
- Si se ha producido el hecho causante y hay descubiertos de cotización en contingencias comunes se aplica la **teoría del daño**, de modo que lo que se tiene en cuenta es si, a pesar del incumplimiento empresarial, el periodo de carencia del trabajador ha sido completado. Si ha sido así, sin necesitar los periodos incumplidos por el empresario, se exonera de responsabilidad al empresario. Solo es responsable si el incumplimiento empresarial produce perjuicio en el derecho del trabajador, por lo que está obligado a reparar este perjuicio, si bien de manera proporcional (**principio de proporcionalidad**).
- Esta teoría del daño no es aplicable a las **contingencias profesionales y al accidente no laboral** puesto que no se requieren periodos de carencia. Entonces se acude a otros criterios como la existencia de **descubierto**

**constante y dilatado**, que se distingue del descubierto ocasional o aislado. La jurisprudencia valora el periodo de descubierto y la duración de este periodo, los motivos y la voluntad de la empresa y la intencionalidad.

También hay responsabilidad empresarial y la correspondiente moderación de acuerdo con los principios y criterios anteriores **en caso de infracotización**, es decir, cuando la empresa cotiza, pero en cuantía inferior a la debida. En este caso se establece la responsabilidad de la empresa, pero moderada por el principio de proporcionalidad (responde de la cuantía de la prestación en proporción a las diferencias omitidas).

En caso de contingencias profesionales, el incumplimiento por parte del propietario de la casa en el sistema especial de empleados del hogar no da lugar a la aplicación de las responsabilidades del art. 167 LGSS (art. 251 LGSS).

Sobre las responsabilidades derivadas de incumplimientos de normas de prevención de riesgos laborales, ved más arriba.

Hay supuestos especiales de responsabilidad prestacional en caso de contratos y subcontratos y de sucesión de empresa (art. 168 LGSS). En caso de sucesión de empresa, también se extienden a las prestaciones en las que haya incurrido la empresa anterior y que tiene que asumir la adquirente (STS de 2 de noviembre del 2015, Rec. 3426/2014).

### **Supuestos de extensión de responsabilidad a otros sujetos**

Como garantía en caso de insolvencia empresarial, y frente a la utilización de posibles mecanismos para eludir obligaciones y responsabilidades, el ordenamiento contempla la posibilidad de extender la responsabilidad de prestaciones (como también lo hacía de las cotizaciones) a otros sujetos (art. 44 ET, 168 LGSS):

- Responsabilidad solidaria del empresario cedente y cesionario en caso de **cambio de titularidad** de la empresa, explotación, industria o negocio, o unidad productiva autónoma, respecto de las prestaciones antes de dicho cambio o derivadas de incumplimiento del empresario cedente, responsabilidad solidaria y también durante tres años respecto de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas (art. 44 del ET y art. 168 de la LGSS). Y también de las posteriores a la transmisión cuando esta fuese declarada delito. Incluye también el recargo de prestaciones, aunque el empresario infractor haya sido el cedente (STS 23 de marzo de 2015, Rec. 2057/2014 y otras posteriores).
- Responsabilidad solidaria del empresario cedente y cesionario en los casos de **cesión temporal de mano de obra**, aunque sea a título amistoso o no

lucrativo (art. 168 de la LGSS) de manera solidaria. Se trata de los supuestos del art. 43 del ET.

- Responsabilidad solidaria del empresario principal frente al contratista, y de este respecto al subcontratista, de las obligaciones referidas a la Seguridad Social durante el periodo de vigencia de la **contrata** y exigible hasta tres años después de la finalización de la misma, cuando se trate de la misma actividad. La responsabilidad alcanza a la duración de la prestación, aunque ya hubiese finalizado la contrata.
- Responsabilidad subsidiaria entre una **empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria** de las obligaciones de Seguridad Social (art. 16 de la ley 14/1994, de 1 de junio).
- Responsabilidad derivada del incumpliendo de la ley de **subcontratación en la construcción** (ley 32/2006, art. 7), bien de las obligaciones de acreditación y registro o del régimen de subcontratación, que determinará una responsabilidad solidaria de contratistas y subcontratistas incumplidores.

### **Relaciones entre responsabilidades de Seguridad Social, incluidos los recargos, y la responsabilidad civil**

Del incumplimiento de normas de prevención de riesgos laborales pueden derivarse diversas responsabilidades: administrativas, prestaciones (prestaciones de Seguridad Social, recargos) y también indemnizaciones civiles de daños y perjuicios (art. 1902 del Código civil).

En cuanto a la compatibilidad entre estas responsabilidades, el propio art. 42.3 de la LPRL establece la compatibilidad entre las responsabilidades administrativas y la responsabilidad civil de daños y perjuicios directa o derivada de delito, y el recargo de prestaciones.

El art. 164 de la LGSS establece en este sentido que la responsabilidad prestacional de Seguridad Social es independiente y compatible con las de otro orden y el art.168 del mismo texto legal dice que cuando la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el empresario, el trabajador o sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes. Para la jurisprudencia, la responsabilidad civil se ligaría al daño y a la culpa empresarial, esto es, porque las prestaciones de Seguridad Social no los habrían reparado totalmente, aunque ello no impediría tenerlas en cuenta, para cuantificar la responsabilidad civil.

Se trata de articular adecuadamente la concurrencia de las tres responsabilidades que pueden concurrir de manera que no haya un tratamiento peyorativo para el trabajador por responsabilidad civil por el hecho de que haya presta-

ciones de Seguridad Social y recargos que presuntamente compensarían ya los daños en relación con supuestos de responsabilidad civil autónomos. Así pues, hay que distinguir dentro del daño:

- el biológico: daño a la integridad física
- el moral: consecuencias personales como el sufrimiento, discapacidad, dolor, relaciones familiares y sociales
- el patrimonial: daño emergentes (gastos soportados) y lucro cesante

La jurisprudencia viene a afirmar que el daño a reparar es único y que las compensaciones por las prestaciones de Seguridad Social, del recargo y de la responsabilidad civil no son independientes sino complementarias y computables (salvo el recargo) a la hora de establecer la cuantía de la indemnización civil. Ahora bien, las prestaciones de la Seguridad Social no cubren todos los daños por lo que no pueden abordarse sin tener en cuenta que no son conceptos homogéneos, sino que solo cubren el lucro cesante, pero no los demás daños. Y ello se deduce de la aplicación del baremo de daños causados en accidente de circulación (RD Leg. 8/2004 Anexo).

De la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios no se deducen las mejoras voluntarias (STS 13 de marzo, 23 de junio de 2014, Rec.1257/2013, 17 de febrero de 2015, Rec.1219/2014, 21 de febrero de 2018, Rec.4236/2015, 7 de marzo de 2018, Rec. 767/2016).

A diferencia de los recargos, la responsabilidad civil puede ser objeto de aseguramiento privado. Si la responsabilidad civil se dirige también contra personas ajenas al contrato de trabajo, es competente la jurisdicción civil (STS Sala general de 15 de enero de 2008).

Tras la ley 36/2011 de la jurisdicción social, se unifica en la jurisdicción social de la competencia para enjuiciar conjuntamente a todos los sujetos que hayan concurrido en la producción del daño.

### **Relación entre prestaciones de la Seguridad Social y responsabilidad por actos de tercero**

Cuando la prestación haya tenido como origen supuestos de hecho que impliquen responsabilidad criminal o civil de alguna persona, incluido el propio empresario, la prestación será hecha efectiva, cumplidas las demás condiciones, por la entidad gestora o mútua, en su caso, sin perjuicio de aquellas responsabilidades. En estos casos, el trabajador o sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables desde el punto de vista civil o criminalmente (art. 168.3 de la LGSS). Se trata de actos de tercero, muchas veces en accidentes de circulación.

En esos casos la entidad gestora de la Seguridad Social o la mutua —o el empresario si colabora en la gestión— splo puede reclamar al tercero responsable el coste de las prestaciones sanitarias que hubiese satisfecho (art. 168.3 de la LGSS y anexo II del RD 63/1995 de 20 de enero). Y puede por ello personarse directamente en el procedimiento penal o civil seguido para hacer efectiva la indemnización, o promoverlo directamente, al efecto del art. 104 del Código penal, considerándose como terceros perjudicados. No está previsto el derecho a resarcirse de las demás prestaciones que se hubiesen derivado del hecho.

### **El principio de automaticidad de las prestaciones**

Con independencia de las responsabilidades del empresario, se establecen mecanismos de garantía del beneficiario para que el derecho a las prestaciones se desvincule del cumplimiento o incumplimiento empresarial. Este es el principio de automaticidad de las prestaciones (art. 167.3 LGSS). En estos casos se establece la obligación de anticipar a cargo de la Seguridad Social las prestaciones, sin perjuicio de que sea la Seguridad Social quien después se dirija contra el empresario responsable.

Los supuestos de automaticidad son los siguientes:

1. Supuestos de automaticidad **absoluta o plena**, esto es, no condicionada al cumplimiento del requisito de alta. En estos casos entra en juego:

- La asistencia sanitaria.
- Las contingencias profesionales.
- El desempleo.
- La jubilación a edad ordinaria.

2. Supuestos de automaticidad **relativa**, esto es, condicionada al hecho de que se haya dado de alta el trabajador:

- La incapacidad temporal derivada de riesgos comunes.
- La maternidad y paternidad.
- La incapacidad permanente derivada de enfermedad común.
- La viudedad y orfandad.
- La jubilación anticipada (art. 95.2 LSS de 1966).

Cuando no entre en juego el principio de automaticidad, el beneficiario se tiene que dirigir contra el responsable y exigirle el pago de las prestaciones. Si el empresario es insolvente, el trabajador se tiene que hacer cargo de los riesgos y se puede ver perjudicado, sin que haya una cobertura a cargo de un fondo de garantía que cubra estos supuestos de insolvencia.

En cuanto a la aplicación del **principio de automaticidad a la mutua**, la Ley la prevé expresamente en virtud del convenio de asociación, incluso aunque el trabajador afectado no haya sido dado de alta o por infractotización. La mutua

debe anticipar el pago y después se puede dirigir contra la empresa responsable por descubierto o infracotización. En caso de insolvencia de la empresa, el artículo 167.3 de la LGSS establece una **responsabilidad subsidiaria del fondo de garantía de accidentes de trabajo**, cuyas funciones ha asumido el INSS. Entonces la mutua se puede dirigir contra el INSS para recuperar lo que había anticipado.

El anticipo de las prestaciones no puede exceder, en ningún caso, la cantidad equivalente a dos veces y media el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante o, si procede, del importe del coste de capital necesario para el pago anticipado, con el límite que indiquen las entidades gestoras, las mutuas o los servicios (art. 167.3 LGSS).

## 7. La protección asistencial de la Seguridad Social

La **protección asistencial** se puede definir, según el artículo 64 de la LGSS, como un mecanismo colectivo de solidaridad, cuya protección se otorga con independencia de la existencia de una cotización previa y de la pérdida o reducción de los ingresos profesionales y se destina a los individuos, familias y grupos que están en situación de necesidad y que tienen recursos (materiales, culturales y sociales) tan débiles que quedan excluidos de las formas de vida mínimas aceptables en el Estado en el que residan.

El contenido fundamental de este mecanismo consiste en el otorgamiento de rentas que permitan la subsistencia de las personas que estén en situación de necesidad y no tengan los recursos necesarios para solucionar esta situación.

La asistencia social la pueden conceder las entidades gestoras **con el límite de los recursos consignados a este efecto en los presupuestos correspondientes**, sin que los servicios o auxilios económicos otorgados puedan comprometer recursos del ejercicio económico siguiente a aquel en el que tenga lugar la concesión.

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

Comprende también:

- **Protección asistencial dirigida a los discapacitados.**
- **Asistencia sanitaria para personas sin recursos económicos.**
- **Protección asistencial de los españoles emigrantes y retornados.**
- **Servicios sociales de la Seguridad Social** (art. 65 LGSS). Son un complemento de las prestaciones correspondientes a las situaciones específicamente protegidas por la Seguridad Social como la reeducación y rehabilitación de inválidos y de asistencia a la gente mayor.
- **Ayuda para las víctimas de la violencia de género** (LO 1/2004, de 28 de diciembre, y RD 1452/2005, de 2 de diciembre).

En otro ámbito fuera de las prestaciones contributivas se sitúan las **prestaciones no contributivas** en las pensiones de jubilación, incapacidad permanente, prestaciones por hijo a cargo y asistencia sanitaria para las personas sin recursos.

## 8. Los niveles complementarios, las mejoras voluntarias y los planes y fondos de pensiones

### 8.1. Mejoras de prestaciones

La modalidad contributiva de la acción protectora que el sistema de la Seguridad Social otorga se puede mejorar voluntariamente en la forma y las condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del régimen general y de los regímenes especiales (art. 43 LGSS).

Como fuentes complementarias en el **nivel complementario** privado hay que tener en cuenta también, finalmente, las cláusulas de Seguridad Social que prevén los convenios colectivos cuando establezcan mejoras de prestaciones (art. 238 LGSS) o la suscripción de pólizas de seguro a favor de los trabajadores (vida, incapacidad, muerte, etc.).

Se consideran mejoras de las prestaciones de la Seguridad Social las cantidades dinerarias entregadas directamente por los empresarios a los trabajadores o asimilados (art. 239 LGSS). Las empresas, en las condiciones que se determinen reglamentariamente, pueden hacer la mejora de prestaciones por sí mismas o a través de la Administración de la Seguridad Social, fundaciones laborales, montes de piedad y mutualidades de previsión social o entidades aseguradoras de cualquier clase.

Y así pueden llevar a cabo aportaciones a los planes de pensiones, pólizas de seguro y a los sistemas de previsión social complementaria de los trabajadores, siempre que el beneficio obtenido o que pueda llegar a obtener el interesado comporte una ampliación o complemento de las prestaciones económicas que otorga el régimen general de la Seguridad Social en el que estén incluidos estos trabajadores.

Por ejemplo, cuando se complementan algunas prestaciones como la IT en las cuales la empresa abona directamente la mejora que complementa el 60 o 75 % que abona la Seguridad Social hasta lograr el 100 %.

El artículo 239 de la LGSS dice que pese al carácter voluntario, para los empresarios, de la implantación de las mejoras, cuando al amparo de estas mejoras un trabajador haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, este derecho no puede ser anulado o disminuido, salvo de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento. Pero según el artículo 42 y el artículo 82 del ET después del Real decreto ley 3/2012 y la Ley 3/2012 por iniciativa del empresario y mediante los procedimientos que se prevén, se pueden modificar o suprimir las mejoras voluntarias.

Las empresas, por sí mismas o mediante mutualidades de previsión social o entidades aseguradoras de cualquier clase o planes y fondos de pensiones, pueden instrumentar las mejoras. Por ejemplo, por medio de pólizas de seguros al amparo de la Ley 30/1995, de ordenación del seguro privado. Sobre la interpretación de estas pólizas es competente la jurisdicción social, y los conceptos de la normativa de Seguridad Social a veces se consideran supletorios (por ejemplo, grados de invalidez, concepto de accidente de trabajo) para llenar las lagunas que tienen.

Después de la Ley 30/1995 y el Real decreto 1588/1999 (en transposición de la Directiva 80/987/CEE), que modifican la disposición adicional 1.<sup>a</sup> del TRLRFP, se establece la obligación de las empresas de externalizar los **compromisos de pensiones** con los trabajadores y beneficiarios. Se exceptúan de esta obligación las entidades de crédito y las aseguradoras.

Los compromisos por pensiones son los que derivan de obligaciones legales o contractuales del empresario con el personal de la empresa, recogidas en un convenio colectivo o disposición equivalente, que tengan por objeto hacer aportaciones u otorgar prestaciones vinculadas a las contingencias siguientes:

- **De jubilación:** puede ser a edad ordinaria, anticipada o una situación equivalente.
- **De invalidez:** puede ser total, absoluta o gran invalidez.
- **De defunción,** del partícipe o beneficiario: viudedad, orfandad y a favor de herederos.

La empresa elige los instrumentos para llevar a cabo la externalización de los compromisos por pensiones, que pueden ser instrumentalizados con contratos colectivos de vida o con la formalización de un plan de pensiones. Los objetivos de estos compromisos son:

- Garantizar los compromisos de las empresas en caso de dificultades económicas.
- Generar ahorro a largo plazo.
- Desplazar la gestión a entidades especializadas.

Los artículos 238.1 y 241 de la LGSS también prevén la posibilidad de mejoras por medio del establecimiento de tipos de cotización adicionales.

## 8.2. Planes de pensiones

### 8.2.1. Concepto

Los planes de pensiones definen el derecho de las personas, a favor de las cuales se constituyen, a percibir prestaciones económicas por jubilación, supervivencia, incapacidad permanente, dependencia y defunción, y las obligaciones de contribución a estos. Los recursos necesarios para la financiación, la cobertura y la efectividad de los planes de pensiones se integrarán en los fondos de pensiones regulados en este reglamento.

Son de constitución voluntaria y tienen carácter privado y complementario de las prestaciones de Seguridad Social, de modo que las prestaciones de estos planes no son, en ningún caso, sustitutivas de las preceptivas en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, teniendo, en consecuencia, carácter privado y complementario o no de aquellas.

Los fondos de pensiones, por su parte, son patrimonios creados con el objeto exclusivo de ejecutar planes de pensiones, cuya gestión, custodia y control se tiene que hacer de acuerdo con la Ley.

Los regula la Ley de 1987 y las normas que la despliegan, con las modificaciones posteriores hasta el texto refundido aprobado por el Real decreto legislativo 1/2002, que también ha experimentado modificaciones posteriores por las leyes 62/2003, 11/2006, 35/2006, 2, 24 y 27/2011, 17/2012, 1/2013, 22 y 26/2014, 20/2015 y Real decreto ley 10/2012. Y por el Reglamento aprobado por el RD 304/2004, de 20 de febrero, con más de 70 cambios introducidos por el RD 439/2007, de 30 de marzo, y el RD 1684/2007, de 14 de diciembre.

La Ley 11/2006, de 16 de mayo, ha procedido a la adaptación de la legislación española al régimen de actividades transfronterizas regulado en la Directiva 2003/41/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y supervisión de los fondos de pensiones de empleo y a esos efectos ha introducido un nuevo capítulo X y en el mismo, los artículos 37-48.

### 8.2.2. Modalidades de planes de pensiones

Se pueden constituir fondos de pensiones para la instrumentación de varios planes de pensiones o de un único plan.

En cuanto a los **sujetos constituyentes**, los planes de pensiones se encuadran necesariamente en una de las modalidades siguientes:

- **Sistema de empleo:** corresponde a los planes en los que el promotor es cualquier entidad, corporación, sociedad o empresa, y los partícipes son los trabajadores de estos grupos. Pueden promover su constitución el empresario individual, varias empresas o entidades.  
Dentro de un mismo plan de pensiones del sistema de empleo es admisible la existencia de subplanes, incluso si estos son de diferentes modalidades o articulan en cada uno diferentes aportaciones y prestaciones.
- **Sistema asociado:** corresponde a planes en los que el promotor o promotores son cualquier asociación o sindicato, y los partícipes son los asociados, miembros o afiliados de estas asociaciones o sindicatos.
- **Sistema individual:** corresponde a planes en los que el promotor es una o varias entidades de carácter financiero, y los partícipes son cualquier persona física.

En cuanto a las **obligaciones estipuladas**, los planes de pensiones se ajustan a las modalidades siguientes:

- Planes de **prestación definida**, en los cuales se define como objeto la cuantía de las prestaciones que tienen que percibir los beneficiarios.
- Planes de **aportación definida**, en los que el objeto definido es la cuantía de las contribuciones de los promotores y, si procede, de los partícipes en el plan sin garantizar o precisar la cuantía de la prestación futura.
- Planes **mixtos**, en los cuales el objetivo es, a la vez, la cuantía de la prestación y la cuantía de la contribución.

Los planes de los sistemas de empleo y asociados pueden ser de cualquiera de las tres modalidades anteriores, mientras que los del sistema individual solo de la modalidad de aportación definida.

Los planes de pensiones se instrumentan mediante **sistemas financieros y actuariales de capitalización** que permitan establecer una equivalencia entre las aportaciones y las prestaciones futuras a los beneficiarios. Las prestaciones se tienen que ajustar estrictamente al cálculo derivado de estos sistemas. Estos sistemas financieros y actuariales tienen que implicar la **formación de fondos de capitalización**, provisiones matemáticas y otras provisiones técnicas suficientes para el conjunto de compromisos del plan de pensiones. En todo caso, se tiene que constituir un margen de solvencia mediante las reservas patrimoniales necesarias para compensar las eventuales desviaciones que se puedan presentar por cualquier causa.

Las aportaciones del promotor de los planes de pensiones tienen el carácter de irrevocables (irrevocabilidad de aportaciones).

Las contingencias por las cuales se satisfacen las prestaciones que acabamos de mencionar pueden ser las siguientes:

- **Jubilación:** para determinar esta contingencia hay que ajustarse a lo que prevé el régimen de Seguridad Social correspondiente.

Cuando no sea posible el acceso de un partícipe a la jubilación, la contingencia se entiende que se ha producido a partir de la edad ordinaria de jubilación en el régimen general de la Seguridad Social, en el momento en el que el partícipe no ejerza la actividad laboral o profesional o haya cesado, y no cotice por la contingencia de jubilación para ningún régimen de la Seguridad Social. Sin embargo, se puede anticipar la percepción de la prestación correspondiente a partir de los 60 años, en los términos que se establezcan por reglamento.

Si las especificaciones del plan de pensiones lo prevén, se puede anticipar la percepción de la prestación correspondiente a jubilación a partir de los 60 años de edad cuando haya cesado en toda actividad determinante del alta en la Seguridad Social, sin perjuicio de que, si procede, continúe asimilado al alta en algún régimen de la Seguridad Social y siempre que, en el momento de solicitar la disposición anticipada, no reúna todavía los requisitos para la obtención de la prestación de jubilación en el régimen de la Seguridad Social correspondiente.

Las especificaciones de los planes de pensiones también podrán prever el pago de la prestación correspondiente a la jubilación en caso de que el partícipe, con independencia de su edad, extinga la relación laboral y pase a situación legal de desempleo en los casos contemplados a los artículos 49.1.g, 51, 52 y 57 *bis* del ET.

- **Incapacidad laboral total y permanente** para la profesión habitual o absoluta y permanente de todo trabajo y la gran invalidez, determinadas conforme al régimen correspondiente de Seguridad Social.
- **Muerte del partícipe o beneficiario**, que puede generar derecho a prestaciones de viudedad, orfandad o a favor de otros herederos o personas designadas.
- **Dependencia severa o gran dependencia** del partícipe, regulada en la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

Excepcionalmente, los derechos consolidados en los planes de pensiones se pueden hacer efectivos íntegramente o en parte en los supuestos de **enfermedad grave o desempleo de larga duración** de acuerdo con lo que prevé este

artículo 9 del Reglamento, siempre que lo determinen expresamente las especificaciones del plan de pensiones y con las condiciones y limitaciones que estas establezcan.

- El RDL 1/2015 y la Ley 25/2015 (disp. final 7.<sup>a</sup>) han añadido el supuesto de **disponibilidad de los planes de pensiones en caso de procedimiento de ejecución sobre la vivienda habitual** durante el plazo de cuatro años desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social cuando no disponga de otros bienes, derechos o rentas en una cuantía suficiente para satisfacer la totalidad de la deuda objeto de la ejecución y evitar la alienación de la vivienda y siempre que el importe neto de sus derechos consolidados en el plan o planes de pensiones sea suficiente para evitar la alienación de la vivienda.

Los puntos siguientes constituyen derechos consolidados por los partícipes de un plan de pensiones:

- En los planes de pensiones de aportación definida, la cuota parte que corresponde al partícipe, determinada según las aportaciones, los rendimientos y los gastos.
- En los planes de prestación definida, la reserva que le corresponda de acuerdo con el sistema actuarial usado.

Las **prestaciones** son el derecho económico de los beneficiarios de los planes de pensiones como resultado del acontecimiento de una contingencia cubierta por estos.

Salvo que las especificaciones del plan dispongan lo contrario, a todos los efectos, las fechas y modalidades de percepción de las prestaciones las fija y modifica libremente el partícipe o el beneficiario, con los requisitos y las limitaciones que establecen las especificaciones o las condiciones de garantía de las prestaciones.

Las prestaciones de los planes de pensiones tienen el carácter de dinerarias y pueden ser:

- a) **Prestación en forma de capital**, consistente en una percepción de pago único. El pago de esta prestación puede ser inmediato a la fecha de la contingencia o diferido en un momento posterior.
- b) **Prestación en forma de renta**, consistente en la percepción de dos o más pagos sucesivos con periodicidad regular, incluyendo al menos un pago en cada anualidad. La renta puede ser actuarial o financiera, de cuantía constante o variable en función de algún índice o parámetro de referencia predeterminado.

Las rentas pueden ser vitalicias o temporales, inmediatas a la fecha de la contingencia o diferidas en un momento posterior.

c) Prestaciones **mixtas**, que combinen rentas de cualquier tipo con un pago en forma de capital, que se tienen que ajustar a lo que prevén las letras anteriores.

d) Prestaciones **diferentes de las anteriores** en forma de pagos sin periodicidad regular.

Las especificaciones deben concretar la forma de las prestaciones, sus modalidades y las normas para determinar la cuantía y los vencimientos, a todos los efectos u opcional para el beneficiario, y se tiene que indicar si son o no revalorizables y, si procede, la forma de revalorización, sus posibles reversiones y el grado de aseguramiento o garantía.

Los derechos consolidados de los partícipes en los planes de pensiones del sistema de empleo no se pueden movilizar a otros planes de pensiones, excepto en el supuesto de extinción de la relación laboral y en las condiciones que se establezcan por reglamento, y solo si está previsto en las especificaciones del plan, o por terminación del plan de pensiones. Los derechos económicos de los beneficiarios en los planes de empleo no se pueden movilizar, excepto por terminación del plan de pensiones.

Los derechos consolidados del partícipe en un plan de pensiones no pueden ser objeto de embargo, traba judicial o administrativa, hasta el momento en el que se cause el derecho a la prestación o en el que se hagan efectivos en los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración.

#### Lectura recomendada

Sobre constitución, organización, administración y control de los planes de pensiones, entidades gestoras de los fondos, controles administrativos y otros aspectos del régimen jurídico de los planes y fondos de pensiones, podéis ver el Real decreto legislativo 1/2002 y su despliegue reglamentario.

## Resumen

La Seguridad Social española tiene un perfil profesional y contributivo que determina su campo de aplicación, aunque se ha ido extendiendo a nuevos colectivos, por la creación de regímenes especiales o por la vía de la asimilación.

La inclusión en el sistema por razones de nacionalidad continúa siendo compleja dada la diversa gama de situaciones en las que se pueden encontrar tanto los españoles como los extranjeros. Dentro de estos extranjeros es clave la diferencia entre comunitarios y extracomunitarios, y dentro de los extracomunitarios la diferencia entre quienes están legalmente en España y quienes no, lo que se ha acentuado en las reformas recientes de cara a ciertas prestaciones como la asistencia sanitaria.

El modelo asegurativo continúa dependiendo tanto para el cumplimiento de las obligaciones de la empresa como para el acceso a las prestaciones de la realización de los llamados actos instrumentales: la inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas. El cumplimiento condiciona en buena manera el derecho a las prestaciones y la responsabilidad sobre las prestaciones también, sobre todo el requisito de cotización, esto es, de reunir los periodos de carencia o cotización previa. Una excepción importante son los riesgos profesionales.

A pesar del principio de consideración conjunta de las contingencias protegidas, todavía es muy importante la distinción entre riesgos comunes y profesionales. Dentro de los comunes entre enfermedad común y accidente no laboral y dentro de los profesionales entre accidente de trabajo y enfermedad profesional. El concepto de accidente de trabajo es construido por la ley pero también por una vasta elaboración jurisprudencial. El sistema español de enfermedad profesional es sobre todo de lista, que se ha actualizado hace poco. Cuando la enfermedad es causada por el trabajo pero no está en la lista de enfermedades profesionales se considera enfermedad del trabajo y se protege como accidente de trabajo.

Una especialidad fundamental de los riesgos profesionales es la participación en la gestión de estos riesgos de las empresas, sea asociadas en mutuas sea individualmente, lo que dota a la gestión de una cierta participación privada si bien sujeta a fuertes controles públicos, de una entrada de entidades colaboradoras que se añaden a las entidades gestoras. En alguna de estas entidades se ha producido un vaciamiento importante cuando se ha transferido la gestión de algunas prestaciones, como la asistencia sanitaria y los servicios sociales a las comunidades autónomas. Incluso algunas prestaciones, como las vinculadas a la situación de dependencia, se han situado como prestaciones fuera de

la Seguridad Social. Otras, como las políticas activas de empleo que forman parte de la prestación de desempleo, se separan de las prestaciones económicas a cargo del Estado y se transfieren a las comunidades autónomas.

Las prestaciones están muy ligadas al cumplimiento y a los requisitos previos de cotización y tienen en cuenta el esfuerzo contributivo. Sin embargo, en la cuantía hay factores que alteran este juego puramente contributivo, como las pensiones mínimas, las máximas y los complementos por mínimos. Por otro lado, la normativa de Seguridad Social establece una serie de reglas destinadas a garantizar las pensiones, como la revalorización, la prescripción y caducidad y garantías frente a la revisión y el reintegro por parte de la Administración de la Seguridad Social. También constituye una garantía especial el alta de pleno derecho o la automaticidad de las prestaciones.

Las prestaciones de la seguridad social encuentran niveles complementarios constituidos por las prestaciones asistenciales internas y sobre todo por las mejoras voluntarias que por regla general tienen que ser externalizadas cuando afectan a pensiones, sea por la vía de mutualidades de previsión, de pólizas de seguros o de planes de pensiones. Los planes de pensiones son un nivel de Seguridad Social que puede ser complementario de la Seguridad Social pero que en realidad es un régimen autónomo en relación con la Seguridad Social y se regula por reglas y normas propias no condicionadas directamente por la normativa de Seguridad Social.

## Actividades

### Casos prácticos

#### Caso 1. Encuadre

Administradores sociales y socios

Las personas siguientes tienen la intención de emprender un negocio dedicado a la fabricación de maquinaria industrial para limpieza; se constituirán en sociedad de responsabilidad limitada atendiendo a la participación social siguiente:

Alejandro Ruiz, con un 50 % de participación social, hará funciones administrativas y contables; Marta Gabilondo, con un 10 %, será la administradora con funciones de dirección y gerencia, y Mario Tortosa, con el 40 % de participación social, será el encargado en los trabajos de producción.

Carlos Parra y Helena Vicens, mediante contrato indefinido a tiempo completo y contrato de obra o servicio determinado a tiempo parcial, respectivamente.

#### Cuestión:

Señalad en qué régimen de la Seguridad Social se tienen que encuadrar cada una de estas personas.

#### Caso 2. Encuadre

Señalad en qué régimen de la Seguridad Social se tienen que encuadrar los colectivos siguientes:

- a) Tomás, trabajador a tiempo parcial en un bar.
- b) Augusto, el dueño del bar, que trabaja de forma personal, habitual y directa en el bar.
- c) Vicenta, socia de una sociedad laboral (responsabilidad limitada laboral), de actividad textil, junto a Julia y Marina, que ejerce funciones de administradora no retribuida.
- d) Juan es chófer al servicio de una persona particular.
- e) Isabel trabaja en el centro clínico de Alejandra, a cambio de una retribución y a jornada completa.
- f) Luis es funcionario del Ministerio de Interior desde 1990.
- g) Vicente es funcionario de la Consejería de Bienestar Social de la Generalitat, donde ingresó en el año 2000.
- h) Un futbolista profesional de primera división.
- i) Un becario de investigación de la universidad.
- j) Verónica, abogada que presta los servicios por cuenta ajena en un despacho de abogados.
- k) Miguel, sacerdote de la Iglesia católica.
- l) Concepción es ama de casa, pero trabaja por horas haciendo la limpieza del patio, la escalera y la terraza para una comunidad de vecinos dos horas diarias.

#### Caso 3. Actos instrumentales

R. Benítez ha creado una empresa dedicada a la construcción con la denominación de Coseva, SL. Tiene dos centros de trabajo, uno en Barcelona y el otro en Tarragona. Comentad las decisiones empresariales siguientes y determinad los posibles problemas que pueden comportar las conductas descritas y también las eventuales soluciones:

La empresa opta por asegurar los riesgos profesionales con la mutua universal en los dos centros de trabajo, y en el de Barcelona también opta por cubrir las prestaciones económicas por IT, derivadas de contingencias comunes, con la mutua X.

Tiene siete trabajadores en plantilla, entre los cuales se encuentran los siguientes:

Benito, que tiene 23 años y no ha trabajado nunca por cuenta ajena, si bien sí que ha trabajado como autónomo.

Fernanda, que tiene 18 años y no ha hecho nunca ninguna actividad profesional, si bien tiene número de la Seguridad Social.

Juan, que trabaja como autónomo.

José, que trabaja como peón en otra empresa constructora.

La empresa empieza la actividad el 26 de mayo del 2016. Solicita el alta de Benito el 24 de mayo del 2016; de Fernanda y de José el 25 de mayo del 2016; de Juan el mismo día 26 por fax, y, finalmente, se olvida de solicitar las altas de Felipe, Ignacio y Tomás. Sin embargo, al mes siguiente, al ingresar las cuotas correspondientes en septiembre también hace las cotizaciones correspondientes a Felipe, de quien solicita en aquel momento el alta.

Ignacio tiene un accidente laboral en el centro de trabajo de Tarragona el 30 de septiembre del 2016, y Tomás, que presta los servicios en el centro de trabajo de Barcelona, tiene un accidente en su casa el 2 de octubre del 2016. Este mismo día la empresa ingresa las cuotas correspondientes a los meses que ha estado trabajando Tomás.

El 3 de octubre del 2016, la empresa traslada a Fernanda del centro de trabajo de Tarragona al de Barcelona.

El día 3 de octubre del 2016 la empresa da por finalizado el contrato de Tomás. En consecuencia, deja de trabajar este día. No obstante, la empresa se olvida de tramitarle la baja, aunque esta circunstancia sí que se refleja en el boletín de cotización correspondiente y la empresa le entrega la liquidación, en la cual, entre los conceptos abonados, están los diez días de vacaciones generados, de los cuales no disfrutó. En cambio, a Juan, que acaba contrato el 4 de diciembre del 2016, le tramitan la baja el día 5 del mismo mes. Este trabajador, sin embargo, continúa trabajando con conocimiento de la empresa, y tiene un accidente laboral el 20 de diciembre del 2016.

Fernanda se queda embarazada y el 13 de octubre del 2016 empieza una situación de incapacidad temporal, como consecuencia de enfermedad común, y la baja se extiende por peligro de aborto. El 12 de diciembre, estando todavía de baja, se le acaba el contrato temporal. El 25 de diciembre del 2016 nace el hijo y solicita la prestación por maternidad.

#### **Caso 4. Contingencias profesionales**

Determinad en cada uno de los supuestos siguientes si se trata de un accidente laboral o no con argumentos jurídicos:

a) Emilio ejerce funciones de auxiliar administrativo en una oficina. Tiene sobrepeso, la tensión arterial alta y un elevado nivel de colesterol en la sangre. El 6 de abril del 2010, cuando faltaban cinco minutos para las ocho y media de la mañana, salió de su casa a la hora de siempre para dirigirse a la parada de autobús donde cada día cogía el número 28, que lo dejaba en la puerta de la oficina. Aquella mañana, mientras se acercaba a la parada del autobús, cuando estaba a unos treinta metros, vio que el número 28 se acababa de parar y entonces empezó a correr para que no se le escapara, lo que consiguió. Al cabo de unos minutos de haber cogido el autobús, se empezó a encontrar mal y tuvo un infarto.

b) Esteban se preparaba para ir a trabajar. Mientras se acababa de vestir en la habitación, se encontró mal, se mareó y desmayó y se fracturó un brazo.

c) Gervasio trabaja de director en una sucursal bancaria. El 26 de marzo del 2010, en el trayecto de ida al trabajo, con el coche particular, se para para comprar el diario. Cuando sale del quiosco y atraviesa la calle, como leía el diario, no vio que venía un coche y fue atropellado.

d) Gerónimo trabaja de camarero en un bar. Además, es el encargado de abrir el establecimiento a las seis de la mañana y ponerlo todo en marcha para cuando lleguen los clientes. Con este fin la empresa le ha dado una copia de las claves del local. El 6 de febrero, después de pasar la noche en casa de la novia, llegó tarde al trabajo, a las seis y cuarto, porque el autobús se había atrasado. En la puerta del bar ya había un cliente habitual que esperaba, Alfredo. En aquel momento Gerónimo se dio cuenta de que se había dejado las llaves en casa de la novia. Para no perder más tiempo y así poder llegar antes, pidió a Alfredo su moto de 500 centímetros cúbicos, a pesar de que Gerónimo no tenía el correspondiente carné de conducir para llevarla. De camino a casa de la novia se salió de una curva por exceso de velocidad y tuvo un accidente que le causó unas cuantas fracturas.

e) Emilio F. trabaja de transportista de mercancías en la empresa El Corte Inglés, SA, con el vehículo de la empresa. A tal efecto, carga mercancía de los almacenes centrales en Madrid y la transporta a todos los centros de la empresa de toda la geografía nacional. El lunes 14 de octubre, en el trayecto Madrid-Valencia, le empieza a doler el pecho, pero mitiga al cabo de un rato y al final se le pasa. Por la noche descarga en los almacenes centrales de Valencia y pasa la noche en un hotel a cargo de la empresa. Después de cenar en el hotel sale a tomarse una copa en un local de Valencia, donde tiene una discusión con otro cliente, se altera y vuelve a tener dolor en el pecho. Por la noche, en la habitación del hotel, tiene un infarto.

f) Tomás R. G. era trabajador de la empresa Tableros Trodema, SL, dedicada a fabricar tableros. La descortezadora tiene un tambor cilíndrico de unos cuantos metros de diámetro en el cual se introducen los troncos de los árboles. Después, cuando los troncos han quedado pelados, la corteza, por un agujero que tiene el tambor detrás, cae sobre una cinta transportadora, igual que los troncos pelados, que, por otro agujero, caen sobre otra cinta transportadora. Las cintas se entrecruzan en un ángulo de 90 grados, una por encima de la otra, y tienen una pasarela protegida a lo largo de todo el recorrido para evitar el acceso a estas.

Sin embargo, los troncos se atascaban a menudo en la descortezadora. Por eso se había habilitado una plataforma segura en la parte superior del tambor, desde donde se usaban pértigas para desatascar los troncos. La solución de desatascarlos con las pértigas era complicada y, dependiendo de cómo fuera el atasco, se podía estar minutos o incluso horas.

El 8 de octubre del 2010, después de haberse atascado troncos, a Tomás R. G., después también de haber estado dos horas intentando desatascarlos con una pértiga, se le acabó la paciencia y decidió saltar por encima de las barandillas que delimitaban la descortezadora y meterse por la estructura mecánica hasta debajo de una de las cintas transportadoras, donde se había producido el atasco. En aquel momento, la cinta se empezó a mover y los rodillos de la cinta que había por encima lo engancharon y lo mataron en el acto.

g) Los trabajadores van a comer habitualmente a un bar al lado de la empresa. Uno de estos trabajadores, cuando volvía a la empresa y habiendo bebido bastante, resbala en la acera con tan mala suerte que se da un golpe fatal en la nuca.

h) Un trabajador, mientras se duchaba en los vestuarios de la empresa después de trabajar, pero antes de marchar, se resbala y se fractura el peroné. ¿Y si ya hubiera fichado?

### Caso 5. Pluralidad de encuadre

Se trata de determinar en qué régimen se otorgaría la pensión de jubilación en los supuestos de hecho siguientes:

a) Belén ha cotizado de manera sucesiva y por este orden quince años en el régimen general y cinco años en el RETA. Cuando cumple la edad ordinaria de jubilación está dada de alta en el RETA.

b) Francisco cotizó primero siete años en el régimen general y después, de manera sucesiva, diez años en el RETA. Cuando cumple la edad ordinaria de jubilación está dado de alta en el RETA.

c) Pascual cotizó en forma de pluriactividad simultánea durante diez años en el régimen general y en el RETA. Después de darse de baja del RETA continuó en el régimen general siete años más, hasta que cumple la edad ordinaria de jubilación.

d) Beatriz cotizó en el régimen general y el RETA en régimen de pluriactividad durante veinte años, y cuando cumplió la edad ordinaria de jubilación estaba dada de alta en los dos regímenes.

### Caso 6. Planes y fondos

José Miguel trabaja para el Banco SSS desde hace más de veinte años. El régimen de previsión social pactado respecto a estos trabajadores prevé, entre otras cosas, que a la hora de jubilarse recibirán una determinada cantidad como mejora a la pensión de jubilación. Para ello, la empresa aporta periódicamente determinadas cantidades a un fondo interno de previsión social, constituido en 1980 y mantenido para ir afrontando estos pagos a medida que surja el derecho de percibirlos.

José Miguel fue despedido cuando tenía 55 años. El órgano jurisdiccional competente declaró improcedente el despido, y la empresa optó por abonarle la correspondiente indemnización por despido.

### Cuestiones

a) Identificad qué tipo de mejora hay en juego y cuál es el instrumento de gestión que ha usado la empresa.

b) Señalad si este método de gestión es conforme a la normativa vigente.

## Ejercicios de autoevaluación

1. El encuadre del trabajador por cuenta ajena que ha sido contratado a tiempo parcial en una papelería tiene que producirse...

- a) en el régimen especial de trabajadores a tiempo parcial.
- b) en el régimen general.
- c) en el régimen general, sin derecho a desempleo.
- d) en el RETA.

2. El encuadre del trabajador que trabaja por cuenta ajena y por cuenta propia y que ejerce, en ambos casos, la misma actividad profesional o una diferente...

- a) es un supuesto de pluriactividad que requiere el doble encuadre.
- b) le corresponde un único encuadre en el RETA, puesto que en estos casos tiene preferencia.
- c) es un supuesto de pluriempleo.
- d) puede optar por encuadrarse en el régimen que le convenga más, sin perjuicio de que pueda revisar después esta opción.

3. Los extranjeros que están en situación irregular en España...

- a) solo tienen derecho a la asistencia sanitaria de urgencia.
- b) están protegidos por accidentes de trabajo.
- c) pueden acceder al subsidio por desempleo si demuestran falta de ingresos.
- d) solo adquieren derechos si han estado cinco años en esta situación.

4. El encuadre de un abogado que ejerce la profesión por cuenta propia...

- a) le corresponde el RETA.
- b) tiene la posibilidad de elegir entre el RETA y el régimen general.
- c) tiene la posibilidad de elegir entre el RETA o quedarse acogido a la mutualidad propia de su colegio profesional.
- d) tiene la posibilidad de elegir entre el régimen general o quedarse fuera del sistema acogido a la mutualidad de su colegio profesional.

5. ¿A cuál de los trabajadores siguientes corresponde el encuadre en el régimen general?

- a) A un socio trabajador de una sociedad de responsabilidad limitada que tiene el 60 % de participación social.
- b) A una trabajadora del hogar.
- c) A un trabajador de la minería del carbón.
- d) A todos los anteriores.

6. Dentro del régimen general están encuadrados...

- a) los funcionarios de las comunidades autónomas.
- b) los trabajadores del mar.
- c) los religiosos de la Iglesia católica.
- d) los trabajadores agrarios por cuenta propia.

7. Es competencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social...

- a) afiliarse a los trabajadores.
- b) recaudar las cuotas.
- c) gestionar la pensión de jubilación.
- d) gestionar la prestación por desempleo.

**8. Las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social...**

- a) se tienen que constituir obligatoriamente.
- b) pueden llevar a cabo las actividades de colaboración en la gestión, con ánimo de lucro.
- c) son entidades gestoras de la Seguridad Social.
- d) son entidades colaboradoras en la gestión de los riesgos profesionales y de la incapacidad temporal por contingencias comunes.

**9. La colaboración obligatoria de las empresas en la gestión de la Seguridad Social supone...**

- a) la gestión de la prestación de asistencia sanitaria que sea consecuencia de incapacidad temporal.
- b) el pago, a cargo de la entidad gestora o colaboradora competente, de la prestación por incapacidad temporal que sea consecuencia de un accidente no laboral a partir del decimo-sexto día de baja.
- c) el pago, a su cargo, de la prestación por incapacidad temporal que sea consecuencia de un accidente de trabajo a partir del primer día de baja.
- d) la gestión de la asignación económica por hijo a cargo.

**10. Puede asumir la colaboración voluntaria en la gestión de la Seguridad Social...**

- a) la empresa que colabore en la gestión de la incapacidad temporal y de la asistencia sanitaria derivada de contingencias comunes o profesionales a su cargo deduciéndose la parte de cotización que corresponda y del desempleo parcial.
- b) la empresa que colabore en la gestión de las pensiones.
- c) la empresa que colabore en la gestión recaudatoria.
- d) la empresa que colabore solo en la gestión de la asistencia sanitaria y tenga instalaciones adecuadas y suficientes.

**11. El alta del trabajador en el régimen general de la Seguridad Social la tiene que solicitar...**

- a) el propio trabajador cuando sea la primera vez que realice una actividad profesional.
- b) el propio trabajador cada vez que cambie de empresa o de actividad.
- c) el empresario, cuando sea la primera vez que el trabajador haga una actividad profesional.
- d) el empresario, cada vez que el trabajador cambie de empresa o de actividad.

**12. En el supuesto de incumplimiento, por parte de la empresa, de dar de alta al trabajador en la Seguridad Social e ingresar las cuotas correspondientes en la Seguridad Social...**

- a) la Seguridad Social siempre abona al trabajador todas las prestaciones que le puedan corresponder por el periodo de trabajo, sin perjuicio de dirigirse después contra el empresario responsable.
- b) la Seguridad Social solo abona al trabajador las prestaciones que le puedan corresponder como consecuencia de accidente de trabajo y enfermedad profesional, sin perjuicio de dirigirse después contra el empresario responsable.
- c) la Seguridad Social no abona ninguna prestación al trabajador, que se tiene que dirigir contra el empresario como único responsable.
- d) la Seguridad Social abona al trabajador las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, de la asistencia sanitaria y de desempleo que le puedan corresponder por el periodo de trabajo, sin perjuicio de dirigirse después contra el empresario responsable.

**13. El accidente de trabajo *in itinere*...**

- a) tiene que ser en todo caso un infarto de miocardio que se produzca cuando el trabajador va conduciendo hacia el trabajo.
- b) es el que se produce yendo o volviendo del trabajo.
- c) es el que se produce en caminos rurales practicando senderismo por su cuenta.
- d) es una figura histórica, hoy en día derogada.

**14. La presunción de laboralidad de las lesiones que se tienen en tiempo y puesto de trabajo...**

- a) es una presunción que implica que el accidente que se produzca en tiempo y puesto de trabajo es un accidente de trabajo salvo prueba en contra.

- b)** incluye todo tipo de lesiones que se tengan con motivo del trabajo, tanto trabajando como todo el tiempo que el trabajador está desplazado en misión incluyendo los tiempos de descanso.
- c)** no es efectiva cuando el trabajador tiene antecedentes o tiene la enfermedad antes o es portador de factores de riesgo.
- d)** es efectiva incluso cuando se trata de lesiones en el trayecto.

15. Según el concepto legal de enfermedad profesional,...

- a)** la enfermedad se tiene que manifestar de manera repentina y violenta.
- b)** la relación de causalidad con el trabajo se puede establecer de manera amplia, en ocasión o a consecuencia del trabajo.
- c)** tienen esta consideración las enfermedades que sean catalogadas así por la entidad que cubra esta contingencia, con independencia del cuadro o la lista.
- d)** es la enfermedad que se produce a la fuerza a consecuencia del trabajo siempre que esté recogida en la lista de enfermedades profesionales.

## Solucionario

### Actividades

1.

De acuerdo con el artículo 305 de la LGSS:

Se presume que Alejandro Ruiz tiene el control efectivo de la sociedad, puesto que posee, al menos, la mitad de las participaciones del capital social y, por lo tanto, tiene que estar encuadrado en el régimen especial de trabajadores autónomos (RETA). Marta Gabilondo ejerce funciones de dirección y gerencia, pero como no llega al 25 % de las participaciones sociales, no se presume que posee el control efectivo de la sociedad y podría estar encuadrada en el régimen general de la Seguridad Social (RGSS).

Mario Tortosa, como llega al 33 % de las participaciones sociales a título individual, se presume que ejerce el control efectivo de la sociedad y tendría que estar encuadrado en el RETA.

2.

a) RGSS, de acuerdo con el art. 136 LGSS.

b) RETA, de acuerdo con el art. 137 LGSS y el art. 305 LGSS.

c) RGSS como asimilado sin protección por desempleo ni FOGASA, de acuerdo con el art. 97.k de la LGSS.

d) RGSS, de acuerdo con el art. 97.b de la LGSS.

e) RGSS, de acuerdo con el art. 97 de la LGSS.

f) Exclusión del RGSS, art. 98 LGSS, encuadrado en la Mutuality de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), de acuerdo con el art. 1 del Real decreto 375/2003, de 28 de marzo.

g) RGSS, de acuerdo con el art. 97.y de la LGSS.

h) RGSS, como asimilado, de acuerdo con el Real decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, y el RD 287/2003, de 7 de marzo.

i) RGSS, de acuerdo con el Real decreto 1493/2011, de 24 de octubre.

j) RGSS, de acuerdo con la Resolución de 21 de noviembre del 2005, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, que imparte instrucciones para la inclusión en el régimen general de la Seguridad Social de los abogados que mantienen una relación laboral de carácter especial, en aplicación de lo que prevé la disposición adicional primera de la Ley 22/2005, de 18 de noviembre.

k) RGSS, de acuerdo con el RD 2398/1997, de 27 de agosto, y la Orden de 19 de diciembre de 1977.

l) El régimen especial de empleados del hogar queda integrado en el RGSS a partir de la Ley 27/2011, de 1 de agosto (arts. 250 y 251 LGSS).

3.

1) En cuanto a la inscripción de la empresa, al tener a trabajadores por cuenta ajena, la empresa tendrá que solicitar su inscripción en la Dirección Provincial de la TGSS correspondiente al domicilio de esta (arts. 12 y 13 del RD 84/1996).

Además, como tiene dos centros de trabajo en provincias diferentes, la TGSS le otorgará un código de cuenta de cotización diferente por cada centro de trabajo. El centro de trabajo correspondiente al domicilio de la empresa será el primero y principal y el otro se vinculará a este (arts. 16 y 52 del RD 84/1996). En cuanto a las opciones de aseguramiento y la opción de cobertura, la empresa actúa correctamente. Respecto a la primera, es el documento mediante el cual la empresa puede optar por asegurar los riesgos profesionales mediante una mutua o el INSS. En este caso, se opta por una mutua. El empresario puede optar por diferentes mutuas, si tiene centros de trabajo en varias provincias, como sucede en el supuesto. La opción se lleva a cabo por centros de trabajo por cada provincia y mediante una mutua en cuyo ámbito territorial esté comprendida la empresa. Sin embargo, en este caso, opta por la misma mutua en los dos centros de trabajo, a pesar de que estén en provincias diferentes, lo que también es correcto. En cuanto a la opción de cobertura de la prestación económica por incapacidad

temporal, la puede llevar a cabo la misma mutua que colabora en la gestión de los riesgos profesionales (art. 14 del RD 84/1996 y art. 62 y 69 del RD 1993/1995). Esto es lo que hace la empresa y, por lo tanto, de nuevo, actúa correctamente. Además, en ambos casos, como se ha optado por una mutua, en lugar de por el INSS, de acuerdo con el art. 11.3 del RD 84/1996 (después de la redacción que hace el RD 1041/2005), la empresa comunica los datos directamente a las mutuas, sin que haga falta que la empresa los tramite a través de la TGSS.

2) En cuanto a Benito, aunque no haya hecho nunca ningún trabajo por cuenta ajena, como ya ha trabajado como autónomo, ya estará afiliado al sistema de la Seguridad Social, puesto que es un acto único, válido para toda la vida y para todo el sistema de la Seguridad Social, en cualquier régimen, aunque después se cambie de empresa o de actividad (art. 6 del RD 84/1996). Es por eso que la empresa únicamente tendrá que proceder a darlo de alta en el régimen general de la Seguridad Social en el código de cuenta de cotización correspondiente al centro de trabajo donde tenga que ejercer su actividad.

Respecto a Fernanda, aunque tenga un número de la Seguridad Social, como no ha efectuado todavía ninguna actividad profesional, primero la empresa tendrá que solicitar su afiliación al sistema de la Seguridad Social y después el alta en el régimen general de la Seguridad Social en el código de cuenta de cotización correspondiente al centro de trabajo donde ejercerá su actividad.

Por su parte, Juan, como actualmente trabaja como autónomo, evidentemente ya estará afiliado al sistema de la Seguridad Social, de tal manera que ya no hay que solicitar la afiliación por parte de la empresa. Sin embargo, como además estará en alta en el régimen especial de trabajadores, la empresa tendrá que solicitar también el alta en el régimen general de la Seguridad Social, en el código de cuenta de cotización correspondiente al centro de trabajo donde ejercerá su actividad. Como se trata de una situación de pluriactividad, se tienen que solicitar tantas altas como regímenes en los que estén comprendidos (art. 1.1 del RD 84/1996).

Finalmente, como José trabaja como peón en otra empresa constructora, ya estará afiliado al sistema y dado de alta en el régimen general de la Seguridad Social. Por lo tanto, en este caso se trata de un supuesto de pluriempleo y el trabajador está obligado a comunicar esta situación a los empresarios y a la Delegación Provincial de la TGSS. La empresa lo tiene que dar de alta en el régimen general de la Seguridad Social en el código de cuenta de cotización correspondiente al centro de trabajo donde ejercerá su actividad, y hay que hacer mención de esta situación al tramitar las altas y bajas (art. 41.2 del RD 84/1996).

3) La empresa está obligada a solicitar el alta de los trabajadores antes del comienzo de su prestación de servicios, sin que la antelación pueda ser superior a 60 días naturales (art. 32.3 del RD 84/1996). Esto lo hace correctamente con Benito, Fernanda y José. En teoría, lo que hace con Juan (darlo de alta el mismo día que inicia la prestación de servicios) únicamente se puede hacer por fax, telegrama o cualquier otro medio electrónico, telemático o informático, en caso de que el día anterior a la prestación de servicios sea inhábil (art. 35.1 del RD 84/1996). Sin embargo, en la realidad es una práctica común y tolerada por la TGSS. En cuanto a Felipe, como se ha producido el ingreso de las cuotas sin el plazo reglamentario y no ha sufrido ningún accidente, enfermedad u otra situación que dé derecho a una prestación de la Seguridad Social en este intervalo, el alta tardía del trabajador retrotrae sus efectos a la fecha en la que se hayan ingresado las primeras cuotas (art. 35.1 del RD 84/1996).

Respecto a Ignacio, a pesar de que la empresa ha incumplido su obligación de darlo de alta, como se trata de contingencias profesionales, accidente laboral, de conformidad con el art. 166 de la LGSS, se produce el alta presunta o de pleno derecho y el principio de automatización de las prestaciones. De tal manera que la Seguridad Social abona automáticamente al trabajador, a pesar del incumplimiento empresarial, las prestaciones que le corresponden, sin perjuicio de dirigirse posteriormente contra el empresario.

Sin embargo, en el supuesto de Tomás, a pesar de que la empresa ingresa el mismo día del accidente las cuotas correspondientes a los meses que ha estado trabajando, como el accidente se ha producido antes de regularizar el empresario la situación del trabajador, el alta tardía y el ingreso de cuotas no tendrían efectos retroactivos. Además, como no se trata de contingencias profesionales, porque Tomás ha sufrido el accidente en su casa, por lo tanto, común, no jugaría el principio de automatización de las prestaciones del art. 166 de la LGSS. De tal manera que la Seguridad Social no asumiría la protección por los periodos de trabajo anteriores, y el trabajador se tiene que dirigir directamente contra la empresa, que será la responsable en estos casos (resoluciones de la TGSS de 16 de junio de 1993 y 31 de enero del 2001).

4) Al trasladar a la trabajadora a otro centro de trabajo de otra provincia y, por lo tanto, con otro código de cuenta de cotización, la empresa tendrá que dar de baja a la trabajadora en el centro de trabajo de Castellón y darla de alta en el centro de trabajo de Valencia (art. 29 del RD 84/1996).

5) A pesar de que la empresa se olvida de tramitar formalmente la baja, se puede probar por otros medios que el cese en la actividad se produjo, a pesar de que la baja no se tramitó en tiempo y forma (art. 35.2 del RD 84/1996 y art. 14 del RD 2064/1995). Así, por ejemplo, de conformidad con la jurisprudencia, la comunicación del cese del trabajador en los boletines oficiales de cotización a la Seguridad Social. Así pues, al haber hecho esto, la empresa no subsistirá en la obligación de cotizar y únicamente tendrá la consideración de una infracción leve (art. 21.3 de la LISOS).

En cuanto al accidente que sufre Tomás una vez finalizado su contrato, hay que recordar que el periodo correspondiente a las vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas que sean retribuidas a la finalización del contrato tiene la consideración de una situación asimilada al alta (art. 30.3 del RD 84/1996). De tal manera que el trabajador tendría derecho a la correspondiente prestación por incapacidad temporal. Por su parte, a pesar de que la empresa ha solicitado dentro del plazo y en la forma oportuna la baja de Juan, dado que en la práctica el trabajador ha continuado prestando sus servicios, esta no tendrá efectos liberatorios respecto a la obligación de cotización a la Seguridad Social, ni impedirá al trabajador generar derecho a las prestaciones de la Seguridad Social. Además, como se trata de contingencias profesionales (un accidente de trabajo), de nuevo, de conformidad con el art. 166 de la LGSS, se produce el alta presunta o de pleno derecho y el principio de automaticidad de las prestaciones. De tal manera que la Seguridad Social abona automáticamente al trabajador, a pesar del incumplimiento empresarial, las prestaciones que le corresponden, sin perjuicio de dirigirse posteriormente contra el empresario.

6) Pese a que a Fernanda se le acababa el contrato mientras estaba de baja, persistirá la situación de incapacidad temporal, si bien cesará el abono de la prestación de la empresa por pago delegado, y la trabajadora tendrá que solicitar el pago directo a la entidad gestora, en este caso la mutua. De este modo, como está de baja, es decir, en situación de IT en el momento del parto, la trabajadora se encuentra en situación asimilada al alta, a efectos de la prestación de maternidad, aunque ya haya finalizado su contrato (art. 36 del RD 84/1996; art. 29.3 y 144 de la LGSS y STS de 19 de abril de 1993, 20 y 30 de enero de 1995 y 19 de febrero de 1997).

#### 4.

a) El señor Emilio se encuentra en el trayecto de ida al trabajo; por lo tanto, cualquier lesión que sufra es un accidente *in itinere*, de acuerdo con el art. 156.2.a) LGSS. Sin embargo, no se trata de una lesión exterior causada por agentes físicos o mecánicos, sino de una lesión interior, una enfermedad de aparición repentina, infarto de miocardio. Como se trata de una enfermedad que no consta en la lista del RD 1299/2006 como profesional, de acuerdo con el art. 156.2.e) LGSS se puede calificar de accidente laboral. No obstante, en este caso se tiene que probar que el trabajo es la causa exclusiva de la enfermedad, lo que es una prueba diabólica o imposible, puesto que estas enfermedades pueden tener varias causas, como por ejemplo antecedentes, dieta, tabaquismo, etc. Además, en este caso, el señor Emilio, precisamente, presenta sobrepeso, tensión arterial alta y un elevado nivel de colesterol en la sangre que pueden desembocar en un infarto. En estos supuestos la jurisprudencia declara la enfermedad como común (STS 16 de diciembre del 2005 y 21 de enero del 2006), salvo que el *iter* haya sido el factor desencadenante (dificultad del desplazamiento, esfuerzo extraordinario, estrés, fatiga excesiva, etc.). En este caso, se podría entender que el esfuerzo efectuado para coger el autobús ha sido el factor desencadenante, sin que el comportamiento del trabajador se pueda interpretar como dolo ni imprudencia temeraria.

b) Todavía no ha empezado el trayecto hacia el trabajo; por lo tanto, el accidente tiene la consideración de no laboral.

c) Cualquier interrupción durante el trayecto por motivos personales, como este, rompe el nexo causal del trayecto con el trabajo y el accidente sufrido tendrá la consideración de no laboral.

d) La causa del accidente es el trayecto. En este caso el problema radica en la conducta del trabajador. Si se entiende que es una imprudencia temeraria, se rompería el nexo causal con el trabajo y se entendería que es un accidente no laboral. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia considera que la mera infracción de normativa no es imprudencia temeraria, sino que hay que considerar si un trabajador medio puede predecir si su conducta es probable que ocasione un accidente. Así pues, conducir sin permiso puede ser una infracción, pero si el trabajador está habituado a circular habitualmente en moto de alta cilindrada, no sería una imprudencia temeraria aunque fuera una infracción.

e) Se trataría de un trabajador en tiempo de descanso. En estos supuestos la jurisprudencia más reciente (STS de 6 de marzo del 2008) entiende que, en los trabajadores en misión, se tiene que diferenciar su tiempo de trabajo de su tiempo de descanso. En estos periodos personales, no se puede aplicar la presunción del art. 156.3 LGSS. Así, como ha sufrido un infarto durante su tiempo de descanso, el señor Emilio tendría que probar que la causa exclusiva es el desempeño del trabajo. Parece que hay una causa desencadenante no relacionada con el

trabajo, que es la discusión con un cliente del hotel; por lo tanto, parece que se tendría que calificar como un accidente no laboral, salvo que se considerara que los primeros síntomas del infarto se manifestaron en el tiempo y el puesto de trabajo, como sucede en el trayecto de Madrid-Valencia el 14 de octubre cuando siente dolor en el pecho. En este caso, se podría decir que el lugar del desenlace del infarto es mero azar y lo importante es la manifestación de los primeros síntomas, que sí que pasan en tiempo y puesto de trabajo; en consecuencia, se puede aplicar la presunción del art. 156.3 LGSS.

f) La conducta del trabajador solo se puede calificar como de imprudencia temeraria, puesto que es evidente para cualquier persona media que llevar a cabo las acciones que hace Tomás representa una alta probabilidad de accidente.

g) Si se trata de descansos durante la jornada, está cubierto como accidente de trabajo, pero no se aplicaría la presunción del art. 156.3 LGSS. Sin embargo, si se trata de lesiones externas causadas por agentes físicos o mecánicos, no requieren esta presunción, dado que se califican como accidentes de trabajo.

h) Como aún no se ha incorporado a su puesto de trabajo, se podría considerar como un accidente *in itinere*, accidente en el trayecto hacia el trabajo. No se aplicaría la presunción del art. 156.3 LGSS, pero, como se trata de lesiones externas causadas por agentes físicos o mecánicos, no requieren esta presunción porque se califican como accidentes de trabajo.

## 5.

De acuerdo con el art. 49 LGSS y el art. 11 del RD Ley 3/2003, de 25 de abril:

a) A pesar de que actualmente está encuadrada en el RETA, como no reúne los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación en el RETA (15 años), la pensión se otorga en el RGSS, donde sí que reúne los requisitos mínimos.

b) Como no reúne los requisitos para causar derecho a la pensión en ninguno de los regímenes, se suman todas las cotizaciones y la pensión se otorga en el régimen donde tenga acreditado el número más alto de cotizaciones, en este caso en el RETA.

c) Cumple los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación en el RGSS, puesto que tiene 17 años cotizados en este régimen. Sin embargo, no significa que se pierdan los diez años cotizados en el RETA. Estas cotizaciones se pueden acumular a las del RGSS en el que se cause la pensión, exclusivamente para la determinación de la base reguladora de esta, sin que la suma de las bases pueda exceder el límite máximo de cotización vigente en cada momento.

d) En este caso causa derecho a dos pensiones de jubilación, una en el RGSS y otra en el RETA, dado que cumple los requisitos en cada una para tener derecho a la pensión de jubilación. Sin embargo, la suma de las dos pensiones no puede sobrepasar la cuantía máxima establecida para pensiones públicas cada año en la LGPE.

## 6.

a) Se trata de una mejora voluntaria de la pensión de jubilación que el trabajador puede obtener cuando pase a la situación de jubilado. Para su gestión la empresa constituye un fondo interno al cual va haciendo aportaciones, por lo que mantiene la titularidad sobre los recursos que están adscritos.

b) La normativa sobre la obligación de instrumentación de los compromisos por pensiones prohíbe expresamente la constitución de fondos internos en los que las empresas mantengan la titularidad de los recursos para gestionar compromisos por pensiones, y obliga que estos sean instrumentados mediante contratos de seguro o planes de pensiones. Sin embargo, determinadas categorías de empresas, entre ellas las entidades de crédito, están exentas del cumplimiento de esta obligación respecto a compromisos que ya tenían adquiridos en fecha 10 de mayo de 1996 y respecto al personal ingresado en la empresa antes de la entrada en vigor del Reglamento de instrumentación (RD 1588/1999, de 15 de octubre), según la disposición transitoria cuarta de la LPPF y los artículos 38 y siguientes del Reglamento mencionado. En definitiva, esta empresa no estaba obligada a externalizar el fondo interno de previsión.

Como mejora voluntaria de la Seguridad Social se rige por la norma que la implanta, por lo tanto, si en dicha norma que regula la mejora por jubilación no se prevé claramente esta posibilidad, la empresa no está obligada a abonar a José Miguel ninguna cantidad sobre un derecho que no ha adquirido porque para ello la norma exige que pase a la situación de jubilado; por lo tanto, en el momento de su despido solo mantenía una expectativa de derecho. El hecho de que la normativa exija a estas entidades que estos fondos tengan que estar dotados de criterios tan rigurosos como los aplicables a los planes de pensiones (disposición transitoria cuarta de la LPPF) no ha sido suficiente para interpretar que, en casos como este,

los trabajadores tengan derecho a movilizar o, si procede, rescatar, ninguna cantidad a su favor (un supuesto especial ha sido el denominado caso "la Caixa", TS 31-01-2001).

### **Ejercicios de autoevaluación**

1. b

2. a

3. b

4. c

5. b

6. a

7. c

8. d

9. b

10. a

11. d

12. d

13. b

14. a

15. d

## Bibliografía

- Ballester Pastor, M. A.** (2007). *Significado actual del accidente de trabajo 'in itinere': paradojas y perspectivas*. Albacete: Bomarzo.
- Cabeza Pereiro, J.** (2008). «La protección de la Seguridad Social de las personas extranjeras». *AL* (núm. 3).
- Cavas Martínez, F.** (1994). *El accidente de trabajo 'in itinere'*. Madrid: Tecnos.
- Chacartegui Jávega, C.** (2007). *El concepto de accidente de trabajo: su construcción por la jurisprudencia*. Albacete: Bomarzo.
- Fernández Bernat, J. A.** (2007). *Los planes de pensiones del sistema de empleo*. Madrid: Dykinson.
- Fernández Bernat, J. A.; Monereo Pérez, J. L.** (2004). *Las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo. Un estudio técnico de la experiencia negociadora*. Granada: Comares.
- Fernández López, M. F.** (2009). «Accidente de trabajo: prestaciones e indemnizaciones. Un nuevo paso en el "vaivén judicial"». *RDS* (núm. 45).
- González Ortega, S.** (2008). «A vueltas con el concepto de accidente de trabajo, en el supuesto de enfermedades comunes manifestadas en tiempo y lugar de trabajo». *AS* (núm. 5).
- González Ortega, S. (dir.) y otros** (2010). *La protección social de los extranjeros en España*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- López Gandía, J.** (2006). *Las mutuas y la gestión de la Seguridad Social*. Albacete: Bomarzo.
- López Gandía, J.; Agudo Díaz, J.** (2007). *Nueva regulación de las enfermedades profesionales*. Albacete: Bomarzo.
- López Gandía, J.; Toscani Giménez, D.** (2016). *La reforma de las Mutuas*. Albacete: Bomarzo.
- Mijares García-Pelayo, M. F.** (2009). «Las modificaciones sustanciales en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social». *RMTI* (núm. 79).
- Mercader, J. R. (dir.)** (2007). *Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*. Madrid: La Ley.
- Moliner Tamborero, G.** (2011). «Compatibilidad e incompatibilidad de prestaciones de la Seguridad Social: un estudio de jurisprudencia». *DLL* (núm. 7655).
- Moliner Tamborero, G.** (2011). «Compatibilidad entre prestaciones y trabajo u otras percepciones o ingresos: un estudio de jurisprudencia». *DLL* (núm. 7692).
- Monereo, J. L.; Molina, C.; Moreno, M. N. (dirs.)** (2008). *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico*. Granada: Comares.
- Monereo Pérez, J. L.** (2011). «Proceso de convergencia e integración de los regímenes de Seguridad Social. Significación y aspectos críticos». *TL* (núm. 112).
- Monereo Pérez, J. L.; Fernández Avilés, J. A.** (2009). «Determinación de contingencias de la Seguridad Social (revisión crítica del sentido político-jurídico y de la delimitación técnica de las contingencias profesionales)». *AS* (núm. 19 y 20).
- Monereo Pérez, J. L.; Fernández Avilés, J. A.** (2010). «La conformación de la acción protectora de la Seguridad Social». *RL* (núm. 2).
- Moreno Gené, J.** (2008). *El personal investigador en formación. Régimen jurídico-laboral y de Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pedrajas Moreno, A.** (2009). «La enfermedad profesional: concepto y manifestaciones». *JL* (núm. 37).
- Rodríguez Cardo, I. A.** (2008). *Las zonas de frontera del campo de aplicación de la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch.

**Romero Ródenas, M. J.** (2012). «Suicidio de un trabajador ocasionado por la existencia de conflictividad laboral, iniciado en el ejercicio del derecho de huelga: Accidente de trabajo». *AS* (núm. 2).

**Sánchez-Rodas Navarro, C.** (2008). *Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea*. Murcia: Laborum.

**Triguero Martínez, L. A.** (2008). *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*. Albacete: Bomarzo.

