

La Articulación de un Sistema de Seguridad Social



Ministerio Coordinador
de **Desarrollo Social**

La Articulación de un Sistema de Seguridad Social

Santiago González Ortega

Sebastián De Soto Rioja

Susana Barcelón Cobedo

Rafael Gómez Gordillo

Margarita Arenas Viruez

Autoridades

Cecilia Vaca Jones
Ministra Coordinadora de Desarrollo Social

Etzon Romo
Viceministro Coordinador de Desarrollo Social

Equipo de trabajo de Seguridad Social

Felipe Ante Levoyer – Asesor Ministerial
Fernando Gálvez Castillo – Asistente Técnico de Investigación
María Rosario Maldonado Cabrera – Gerente de Seguridad Social
Andrea Toledo Guerrero – Asesora Ministerial
Fabián Vallejo Luzuriaga – Analista de Seguridad Social
Mónica Vinueza Flores – Asesora Ministerial

Coordinación General

Mónica Vinueza Flores

Autores

Santiago González Ortega
Sebastián de Soto Rioja
Susana Barcelón Cobedo
Rafael Gómez Gordillo
Margarita Arenas Viruez

Ministerio Coordinador de Desarrollo Social. Dirección: San Gregorio OE1-20 y Av. 10 de Agosto. PBX: (593 2) 3995600. www.desarrollosocial.gob.ec



Revisión de redacción y estilo: El Telégrafo EP
Adaptación de diseño y diagramación: Ministerio Coordinador de Desarrollo Social
Impresión: El Telégrafo EP
Tiraje: 1000 ejemplares
Primera edición: 23 de diciembre de 2015
ISBN: 978-9942-22-035-6
Copyright: © Ministerio Coordinador de Desarrollo Social.

Este material puede ser reproducido para fines no comerciales, siempre que se cite la fuente.
En caso de adaptación o reproducción parcial, se requiere la autorización escrita del Ministerio Coordinador de Desarrollo Social.



"Esta publicación cuenta con la colaboración de la Cooperación Española a través de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID). El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva del Ministerio Coordinador de Desarrollo Social y no refleja, necesariamente, la postura de la AECID".



Contenido

Presentación	9
Introducción	11
1. Los distintos modelos organizativos: ventajas e inconvenientes, debilidades y fortalezas	12
1.1. La generalizada implantación de sistemas mixtos de Seguridad Social	12
1.2. El binomio «modelo contributivo y nivel no contributivo	18
1.3. La irrupción del sistema de capitalización como modelo exclusivo de financiación de las pensiones: valoración	26
2. Caracteres principales de un sistema estándar de Seguridad Social: su construcción por niveles	30
2.1. Nivel no contributivo	35
2.2. Nivel contributivo	39
2.3. Nivel complementario libre	42
3. Estructuración interna de los Sistemas	43
3.1. Régimen General y Regímenes o Sistemas Especiales	44
3.2. Contingencias comunes y contingencias profesionales	45
3.3. El carácter autónomo de la protección por desempleo	48
4. Ámbito subjetivo de la Seguridad Social: su tendencia a la universalidad	50
4.1. Sujetos protegidos: beneficiarios directos, derivados y asimilados	50
4.2. Otros factores determinantes de la capacidad: edad, nacionalidad y residencia	51
5. Algunas cuestiones relativas al encuadramiento y al procedimiento de integración	55
5.1. Carácter obligatorio y voluntario	56
5.2. Integración a tiempo completo o a tiempo parcial	57
5.3. Encuadramiento único o plural	58
La financiación del Sistema de Seguridad Social	61
1. Introducción	61
2. Modelos de organización de los ingresos, principios y funciones de la financiación de la Seguridad Social	63
2.1. La financiación con cargo a impuestos	64
2.2. La financiación con cargo a cotizaciones	66
2.3. Una financiación mixta para un sistema mixto de Seguridad Social	67
2.4. Ejemplos de financiación separada con cargo a cotizaciones	70
3. Sistemas de organización del gasto: sistema de reparto y sistema de capitali-	71



zación	
4. Criterios generales y principales deficiencias de la financiación de la Seguridad Social	74
5. Propuestas para un modelo de financiación de la Seguridad Social	80
5.1. Un modelo de financiación híbrido o mixto	80
5.2. Financiación del sistema contributivo esencialmente mediante la cotización de empleadores y trabajadores. La posibilidad de establecer cotizaciones separadas	81
5.3. Sujetos activos de la financiación del sistema	83
5.4. Cuantificación de la cotización	84
5.5. El caso específico de las personas que realizan trabajo no remunerado y tareas de cuidado	85
5.6. La imprescindible eficacia de los mecanismos instrumentales	87
5.7. La aportación del Estado	87
5.8. Los principios de solidaridad financiera y de separación de las fuentes de financiación	88
5.9. Un sistema mixto de organización del gasto en Seguridad Social	90
5.10. Mecanismos de equilibrio entre ingresos y gastos	90
5.11. El principio de sostenibilidad económica y el de transparencia y control público	91

La acción protectora de los Sistemas de Seguridad Social: Niveles de tutela y cuadro prestacional 95

1. Introducción	95
2. La configuración de la acción protectora	99
2.1. Delimitación de las contingencias a proteger: concepto y alcance	99
2.2. Prestaciones: concepto y tipología	108
2.3. Elementos esenciales para la obtención de la prestación: los requisitos de acceso a las prestaciones	110
3. El cuadro prestacional: las prestaciones del nivel no contributivo de protección	115
3.1. Las contingencias de nivel no contributivo	117
3.2. Los requisitos de acceso a las prestaciones del nivel no contributivo	120
4. El cuadro prestacional: las prestaciones del nivel no contributivo	122
4.1. La contingencia de incapacidad de carácter temporal o provisional	125
4.2. La contingencia de incapacidad permanente	131
5. El cuadro prestacional: las prestaciones del nivel contributivo de protección vinculadas a la mujer trabajadora en situación de embarazo: maternidad y paternidad	136
5.1. Las contingencias de maternidad y de paternidad	137
5.2. Configuración del tiempo de suspensión de la relación laboral: el descanso por maternidad y paternidad	140
5.3. Requisitos de acceso a la prestación económica	143
6. El cuadro prestacional: las prestaciones del nivel contributivo de protección. La prestación por jubilación	144
6.1. La delimitación de la contingencia de jubilación	147
6.2. Requisitos de acceso a la prestación	150
7. El cuadro prestacional: las prestaciones del nivel contributivo de protección. Las prestaciones por muerte y supervivencia.	152
7.1. La contingencia de viudedad	154
7.2. La contingencia de orfandad	161
7.3. Otros familiares beneficiarios de las prestaciones económicas de muerte y supervivencia	164
8. Observaciones finales en relación con el cuadro de prestaciones	166



Los regímenes especiales de Seguridad Social **173**

1. Los regímenes especiales como elementos estructurales de un sistema de Seguridad Social	173
1.1. La ubicación de los regímenes especiales de la Seguridad Social	173
1.2. Razones de la existencia de los regímenes especiales de la Seguridad Social	179
1.3. Clasificación y enumeración de regímenes especiales de la Seguridad Social	186
2. La adecuación de las reglas generales en materia de actos de encuadramiento, de cotización y de acción protectora	187
2.1. Especialidades en los actos de encuadramiento	188
2.2. Reglas especiales en materia de cotización	191
2.3. Peculiaridades en la acción protectora	194
3. Fragmentación versus unidad de los sistemas de Seguridad Social	199
3.1. Las ventajas de los regímenes especiales de la Seguridad Social	199
3.2. Disfuncionalidades de la existencia y pervivencia de regímenes especiales de la Seguridad Social	201
4. Simplificación de regímenes especiales y tendencia a la unidad del sistema	206
4.1. Peculiares características de los grupos afectados por la integración	207
4.2. Disponibilidades financieras de la Seguridad Social	208
4.3. Grado de homogeneidad con el régimen general	210
5. Los regímenes especiales en el sistema de Seguridad Social ecuatoriano	212
5.1. Consideraciones generales	212
5.2. Los regímenes especiales de naturaleza potestativa: Fuerzas Armadas y Policía Nacional	216

Reseña de los autores **231**

1. Santiago González Ortega	231
2. Sebastián de Soto Rioja	233
3. Susana Barcelón Cobedo	235
4. Rafael Gómez Gordillo	237
5. Margarita Arenas Viruez	239





Presentación

El diseño conceptual de un nuevo sistema de seguridad social requiere de una definición ideológica de lo que buscamos como país y sobre qué pilares queremos edificar nuestro futuro. En nueve años de Gobierno, hemos logrado disminuir históricamente la incidencia de pobreza, siendo el acceso de la población a la seguridad social uno de nuestros pilares fundamentales.

El reconocimiento de la seguridad social como derecho y el establecimiento de parámetros de organización institucional del Sistema Nacional de Seguridad Social, recogidos en la Constitución de Montecristi, evidencian la necesidad de plantear una profunda reforma a las leyes de Seguridad Social vigentes, a fin de romper paradigmas y construir sólidos conceptos en torno a la seguridad social como derecho ciudadano inherente a toda persona y a una institucionalidad que haga exigible dicho derecho.

En ese sentido y por más de seis años, el Ministerio Coordinador de Desarrollo Social, ha realizado varios estudios de carácter conceptual y de sostenibilidad actuarial enfocados en los diferentes modelos organizativos de los sistemas de seguridad social, las diversas formas de financiamiento; así como, en los niveles de tutela y el cuadro de prestaciones o acción protectora del Sistema.

La conceptualización de dichos elementos ha sido de suma importancia, pues esto ha permitido que los estudios financieros-actuariales tengan el enfoque estratégico necesario para la consolidación de una propuesta económicamente sostenible y técnicamente responsable.

En este trabajo de varios años, hemos puesto el corazón con la ilusión de transformar la vida de muchas personas que históricamente han



sido excluidas de la protección del sistema de seguridad social. Hemos buscado alternativas para diseñar un sistema que supere la lógica de los seguros sociales, de los beneficios en función de la capacidad contributiva, del aspecto regresivo de los aportes y de las contribuciones del Estado, y de la falta de eficiencia institucional; es decir, un sistema que responda a la realidad ecuatoriana y que contribuya al Buen Vivir.

La presente publicación es fruto del trabajo de todos estos años e intenta recoger doctrina sobre la organización de los sistemas de seguridad social y su evolución, con el fin de contribuir a la generación de conocimiento en la materia en el país.

Este libro corresponde a una serie de tres publicaciones que abordan temas destacados y de interés académico sobre seguridad social. El primero de ellos, es el presente libro titulado “La Articulación de los Sistemas de Seguridad Social”, seguido por la obra denominada “La institucionalización normativa y funcional de los Sistemas de Seguridad Social” y finalmente “La Afiliación del Trabajo no Remunerado del Hogar. Estudio de Sostenibilidad Financiera y Actuarial”.

Así, ponemos en sus manos esta serie de publicaciones que esperamos se conviertan en material académico de consulta y que aporten positivamente a la generación de conocimiento, así como debates y reflexiones en torno a la necesidad de construir un nuevo sistema de Seguridad Social en el Ecuador.

Cecilia Vaca Jones

Ministra Coordinadora de Desarrollo Social



Introducción

Todo diseño de un sistema de Seguridad Social constituye una operación compleja en cualquiera de sus dimensiones, ya sea la jurídica, la económica o la sociológica. Una complejidad que viene determinada, además, no solo por razones técnicas, de fijación de rasgos y principios, de organización, de gestión y de financiación, de determinación de los sujetos protegidos y de las prestaciones que han de concederse, sino también por los elementos políticos que inevitablemente determinan y condicionan ese diseño. En consecuencia, toda articulación de un sistema de Seguridad Social no puede dejar de elegir entre alternativas, a veces contrapuestas si se contemplan desde la óptica del principio y del derecho a la igualdad, desde la perspectiva del valor superior de la solidaridad y, en definitiva, desde el enfoque de las posibilidades de redistribución de riqueza que todo sistema de Seguridad Social ha de implicar si se quiere que, respondiendo al mandato del Estado Social, sirva como instrumento de materialización de los derechos sociales y como garantía de la igualdad material.

Por todo ello, y estando incluso de acuerdo en los principios básicos y en los objetivos finales, los ámbitos de actuación que ofrece un completo sistema de Seguridad Social, tanto desde un punto de vista subjetivo (universalidad, sujetos protegidos, entidades de gestión) como objetivo (formas de gestión y de financiación, ámbito material de protección o prestaciones a conceder y su régimen jurídico) constituyen una realidad polifacética, provocando, en no pocas ocasiones, que las distintas posibilidades de diseño, de organización y de articulación jurídica aparezcan revestidas de características morfológicas muy heterogéneas.

En efecto, la pluralidad de medidas con las que los poderes públicos pueden intentar articular los requerimientos del concepto de Estado



Social, que en su acepción más genuina y auténtica es aquel que garantiza la igualdad de sus ciudadanos removiendo los obstáculos que la impidan o dificulten, hace que sea necesario, en primer lugar, establecer las líneas básicas de todo sistema de Seguridad Social en cualquiera de sus dimensiones. Si bien es preciso aceptar que esas líneas básicas no ciegan la posibilidad de que, respetándolas, existan opciones diversas, en alcance, intensidad y tiempo, para alcanzar los mismos objetivos generales.

La Seguridad Social, conforme a las exigencias del Estado Social, debe ser un instrumento de tutela pública frente a las situaciones de necesidad esencialmente económica; pero ha de presentarse separado de otro tipo de estructuras prestacionales, indudablemente conexas pero con objetivos y medios diferentes, como las referidas a la protección de la Salud o de las situaciones personales de necesidad a satisfacer a través de los Servicios Sociales; por no hablar de las prestaciones públicas, expresivas igualmente de políticas sociales, relacionadas con el derecho a la educación o a la vivienda.

Se parte, pues, de una comprensión de la Seguridad Social como componente o pilar fundamental de cualquier sistema de Protección Social, entendida como “el conjunto organizado y sistematizado de normas jurídicas, instituciones y recursos mediante el cual se articula el derecho subjetivo que asiste a todo ciudadano, por encontrarse en alguna de las situaciones de necesidad en las que se haya podido materializar algunos de los riesgos definidos como de carácter social, a recibir del Estado, o en todo caso por su intermedio, unas prestaciones suficientes que le permitan, si no su plena satisfacción y compensación, sí al menos la mitigación del daño sufrido, a efectos de garantizar unas condiciones de vida dignas, fundamentalmente, mediante percepciones de carácter económico”.

1. Los distintos modelos organizativos: ventajas e inconvenientes, debilidades y fortalezas

1.1. La generalizada implantación de sistemas mixtos de Seguridad Social

Hay que partir de una realidad inicial que resulta prácticamente incontestable y es que, en todos y cada uno de los Estados modernos, existe un sistema singular y propio de Seguridad Social históricamente determinado. Pero es también un hecho cierto que, pese a esa específica



identidad nacional, suele tenderse a la catalogación generalista de los sistemas de Seguridad Social en función de su adscripción a uno u otro modelo u orientación. Esta clasificación se suele realizar sobre todo en razón de ciertas construcciones de carácter teórico. A estos efectos el punto de partida es siempre la clasificación que representan los sistemas ideados en la Europa postindustrial y que son conocidos como «modelo profesional o contributivo» y como «sistema no contributivo o de garantía de ingresos mínimos», en razón de la distinta forma en que se diseña el ámbito subjetivo de sus destinatarios, las situaciones protegidas y los modos de financiación, así como de protección y gestión, a través de los cuales se articula.

Así, en cuanto al modelo profesional, este se financia esencialmente vía cotizaciones sociales que gravan el hecho imponible que representa el mero desarrollo de un trabajo o una actividad productiva, con su consiguiente naturaleza de fuente de recursos para la subsistencia, manifestando una solidaridad interna limitada al espacio profesional; de manera que la forma básica de financiación se remite a un concreto grupo social, aunque sea muy numeroso, constituido por quienes desarrollan alguna actividad profesional productiva o, al menos, socialmente útil. Y la tutela proporcionada se vuelca justamente en las contingencias que se asocian al desempeño de un trabajo ya sea porque se pierde o porque queda afectada la capacidad de desarrollarlo, bien temporal o definitivamente, por razón de la edad o de la incapacidad; y se hace con prestaciones progresivas y proporcionales en función de las respectivas aportaciones, ya que esta relación entre ingresos, cotizaciones y prestaciones es la expresión más nuclear del principio contributivo.

Por el contrario, el modelo no contributivo, al financiarse por la vía de los tributos o impuestos genéricos expresa un principio de solidaridad ciudadana de la que la fiscalidad general, siempre que respete ciertas exigencias de reparto equitativo de las cargas y de progresividad, es su instrumento más habitual. Se dirige a tutelar las situaciones sociales de necesidad económica real en la cualquier ciudadano puede encontrarse, al margen de la causa concreta, es decir sea esta profesional o común. Y lo hace con prestaciones que sirven como garantía de un sustento universal y mínimo, considerado como un derecho de ciudadanía para quien realmente lo necesite, y que puede ser fijo o compensable ya que lo que se tutela es la situación efectiva de necesidad del sujeto o de los núcleos familiares.

Estos dos grandes modelos teóricos, también denominados modelos Bismarck y Beveridge, respectivamente, en atención a los nombres de las personalidades que constituyeron sus principales referentes, en-



contraron su fundamentación básica, aun con una separación de más de cincuenta años, en la realidad social que constituía la estructura de la población existente en ese momento del tiempo y de lugar; en cuya virtud, la inmensa mayoría de los ciudadanos necesitados de tutela y protección frente a los principales riesgos sociales pertenecía a un mismo estrato social, el de la clase obrera.

Dicha realidad dio origen al surgimiento de la llamada cuestión social, y a sus versiones posteriores y más positivas de participación en la riqueza social como un derecho adquirido con el título del trabajo, y que provocó, como se sabe, distintas y variadas formas de respuesta, aunque todas informadas por un mismo denominador común: encontrar soluciones frente a una situación de pobreza extrema, o de alta dificultad económica, y con grandes desequilibrios sociales, al objeto de construir un nuevo tipo de sociedad más justa.

La desigualdad social, la existencia de riesgos sociales vinculados a la convivencia y al desarrollo de la sociedad, la incapacidad o extrema dificultad de hacerles frente de forma individual, las consecuencias de pobreza y de exclusión social que se derivan de su materialización; o los riesgos de inestabilidad social que pueden generar, son rasgos que hoy siguen encontrándose en todas las sociedades y sobre los que se asientan todos los sistemas de Seguridad Social.

Lo característico de las sociedades modernas es la generalización del riesgo, entendida como el hecho de que la gran mayoría de los individuos pueden encontrarse en esas situaciones; y también, y paradójicamente, la individualización del mismo debido al deterioro de las estructuras tradicionales de protección como la familia u otras agrupaciones comunales o profesionales en razón de los profundos cambios sociológicos y de las formas de trabajo.

Otro dato cierto que también se da a partir ahora es que cualquier sistema contemporáneo de Seguridad Social que pueda calificarse como homologable en términos de Derecho Internacional y Comparado es, técnicamente hablando, un sistema mixto desde el punto de vista de sus ámbitos de aplicación, las situaciones protegidas, de las formas de gestión y de los medios de financiación con los que obtiene los recursos para su sostenimiento; pues estará destinado a dar respuestas a las diferentes demandas del conjunto de la población, más allá de la denominación formal con la que aparezca revestido. Dicho de otro modo, se reconocerán también derechos de Seguridad Social por la condición esencial y básica de ciudadano, es decir, de ser humano que, miembro de una determinada comunidad, se encuentra en situación



de necesidad.

Principales criterios de valoración: ítems económicos y cuantitativos versus valores y principios cualitativos

El hecho que desde la acepción general todos los sistemas de Seguridad Social estándar sean en realidad de carácter mixto no quita que sean múltiples las categorizaciones que se hacen de los mismos, pues el foco de atención y de comparación se centra en alguna de sus partes y niveles, o en sus formas de organización y funcionamiento. De modo que no puede afirmarse que todos los sistemas sean iguales por mucho que resulten homologables desde la óptica de sus requisitos mínimos; ni en términos cuantitativos, ni tampoco cualitativos. El análisis y la evaluación de los distintos sistemas nacionales suele hacerse así desde varios puntos de vista o en función de distintos criterios. Entre los más habituales y extendidos se encuentran los relacionados con factores objetivos, normalmente de carácter económico, que son los que permitirán una comparación más homogénea, aunque ello requiera de un importante y previo ejercicio de ponderación.

Sin ánimo alguno de exhaustividad pueden enumerarse en ese sentido los siguientes: a) por el volumen de los recursos económicos que administran, normalmente medido en términos porcentuales del Producto Interior Bruto y/o en unidades de gasto per cápita; b) por su nivel de cobertura, ya se mida respecto del total de la población a la que abarcan o por el número de beneficiarios que reconoce en cada una de sus ramas; c) por la calidad de sus prestaciones, sea en función del umbral o piso mínimo que garantizan o la cuantía de las que efectivamente y de promedio proporcionan, en especial y respecto de esta última, calculadas a través de la denominada tasa de reemplazo o de sustitución, que a veces se desagrega incluso en función del verdadero poder adquisitivo neto que representan (UPA, Unidades de Poder de Compra); d) por el tipo de financiación que los sustentan, pública y/o privada, y dentro de aquella mediante contribuciones específicas y/o tributos e impuestos; e) por el grado de autonomía con el que se organizan y tutelan sus recursos económicos y financieros, destacando no solo por su condición de expresamente afectos a los concretos fines de protección social, sino también por la existencia de una caja única o de distintas unidades patrimoniales separadas, que pueden estar estructuradas por sectores productivos, por el riesgo protegido o hasta por un concreto nivel político y territorial; f) por el cuadro de riesgos sociales que protege, en especial, por la existencia de un tratamiento diferenciado según el origen común o profesional de la causa que origine la situación de necesidad; g) por el modo de gestión, exclusivamente



pública o público-privada, distinguiéndose dentro de estos si el papel que desempeñan los sujetos privados es principal, complementario o de mera colaboración puntual.

Junto a estos criterios, la evaluación de un sistema completo de Seguridad Social puede realizarse también a través de otros factores y criterios más cualitativos. Es decir, si esa solidaridad se extiende realmente al conjunto de la sociedad y, en ese caso, con qué grado de intensidad se manifiesta; si la solidaridad se proyecta, exclusivamente o además y también, entre el segmento de población especialmente protegida – trabajadores en relación de dependencia- o solo respecto de aquellos beneficiarios que no alcanzan por razón de su carrera contributiva las pensiones mínimas que se establezcan; o, por último, si los resultados finales que arroja el global del sistema se deben en definitiva a la capacidad de ahorro y previsión que pueda tener cada persona, por sus circunstancias singulares o las de la empresa o el sector en el que desarrolla su actividad, como consecuencia de la implantación de un sistema adicional de previsión, que es el que será normalmente objeto de capitalización por cuenta individual; o qué papel juega en ellos el verdadero núcleo esencial del sistema, el de carácter público y obligatorio.

Sin embargo, para poder comprender realmente la significación de cualquiera de estas clasificaciones, es necesario recordar algo que, aunque parezca evidente, en ocasiones, se muestra como un hecho que pasa inadvertido. Y es que cada sistema de Seguridad Social depende en última instancia de muchos tipos de consideraciones, evidentemente políticas, jurídicas, sociológicas pero también macroeconómicas. Es por ello que en este tipo de análisis cobran un especial interés las aproximaciones multidisciplinares, pues solo así se obtiene en realidad la fotografía de lo que verdaderamente representan.

En ese sentido es obvio el papel que juega el sustento macroeconómico y financiero con el que se diseña el Sistema; sustento que estará necesariamente condicionado por el nivel de riqueza global disponible y por el importe de los fondos puestos a disposición de sus beneficiarios por el conjunto de la sociedad en la que ha de desplegar sus efectos.

Del mismo modo son de gran interés las pautas y consecuencias de las políticas fiscales en general, que deben interesar no solo desde la perspectiva de los flujos primarios de ingresos y gastos, sino también desde los efectos que pueden provocar en el denominado ciclo económico global por el retorno de sus partidas. En suma, deben interesar todas las vías con las que se puede propiciar la creación de una mayor cantidad de riqueza, así como la redistribución de la misma.



Lo mismo cabe afirmar desde la óptica con la que se visualiza desde la ciudadanía el diseño y el funcionamiento de su sistema de Seguridad Social. Es decir, la consideración que sus miembros tengan sobre su viabilidad y su seguridad, su agilidad y su capacidad de respuesta, por no mencionar la opinión que le merece la indispensabilidad, la racionalidad y hasta la oportunidad de sus prestaciones. Pues todo ello contribuirá a que se deposite en el sistema de Seguridad Social el grado de confianza que se requiere para su consolidación y proyección. Aspectos esenciales para que se fomente la participación e integración efectiva en su seno, en el sentido de una apuesta decidida por su defensa y mejora.

En consecuencia, siendo el nivel de recursos económicos disponible en cualquier Estado y, por tanto en su sistema de Seguridad Social, un bien limitado por antonomasia, así como que los mismos objetivos pueden perseguirse desde distintas vías, es sobre las cuestiones instrumentales para su consecución sobre las que en realidad giran los debates sobre los distintos modelos de organización de cualquier sistema de Seguridad Social. Sin que por ello se deje de lado las consecuencias de cada una de las alternativas, incluso los riesgos reales de exclusión y de no integración que puede conllevar cada modalidad.

De otra parte, y a efectos de una correcta valoración de cualquier ranking sobre eficiencia y calidad de los sistemas nacionales de Seguridad Social, la segunda conclusión a destacar es que, sin un mismo nivel de riqueza a redistribuir, difícilmente se pueden conseguir situaciones realmente homogéneas. Afirmación que debe extenderse no solo a la dificultad que conlleva hacer valoraciones objetivas realmente ponderadas, sino y sobre todo respecto de que los recursos posibles coincidan con los efectivamente disponibles.

De nada valdrán las proyecciones teóricas respecto de cualquier sistema si no se cumplen adecuadamente sus premisas básicas y de partida, como la que representa, por ejemplo, el de la denominada tasa de informalidad. Es decir, de poco vale un cálculo sostenido sobre una regla de adscripción obligatoria del cien por cien de la población activa, si después esta, en una gran proporción por no decir en su inmensa mayoría, queda excluidos del sistema, por la importantísima merma adicional de recursos que ello necesariamente supone.



1.2. El binomio modelo contributivo y no contributivo

Dando por hecho que el Estado ha de prever un nivel de protección social suficiente a todas las personas en situación de necesidad, tal y como son internacional y constitucionalmente reconocidas, los verdaderos conflictos que se pueden producir en torno al diseño de los sistemas de Seguridad Social van a girar fundamentalmente en torno a dos elementos concurrentes: el de la definición de su ámbito subjetivo (sujetos protegidos) y objetivo de extensión y de calidad (prestaciones otorgadas); y el del modo de proveer los recursos que deben garantizar su sostenimiento.

Esta situación generalmente suele hacer referencia a los binomios conceptuales «modelo contributivo y no contributivo» y «sistema de reparto versus método de capitalización». Dichos binomios que hacen referencia a cuestiones conceptualmente distintas aunque en todo caso compatibles y muy relacionadas, dan lugar a los sistemas mixtos que se localizan en el ámbito del Derecho comparado.

Puede afirmarse así, también a modo de premisa básica, que la inmensa mayoría de los sistemas modernos de Seguridad Social responden en realidad a un esquema conceptual común en el que se suelen combinar todos estos principios de forma cumulativa, dando lugar por lo general a una única construcción global pese a que internamente se escalonen, a su vez, en al menos tres grandes subsistemas o niveles de protección.

En un primer lugar, con vocación universal y naturaleza no contributiva, se localizará habitualmente su programa de atención más básico, con prestaciones mínimas y de garantía de subsistencia para el conjunto de la población.

En segundo lugar, normalmente el más importante desde la perspectiva del volumen de los recursos que moviliza, incluidos por supuesto los procedentes del erario público, estará basado en un modelo de corte esencialmente profesional y de tipo contributivo; es decir, financiado con los aportes que se fijan sobre las distintas modalidades del trabajo, de los que dependerá de forma más o menos proporcional la cuantía de las prestaciones.

En tercer y último lugar, normalmente revestido con una fuerte dosis de voluntariedad y un carácter complementario respecto del anterior, se encuentran las cuentas individuales de capitalización.



En función del peso o equilibrio que guarden entre sí cada uno de estos niveles se identificarán las mayores diferencias o tendencias entre los sistemas de Seguridad Social.

Con el binomio, «modelo contributivo versus no contributivo», se hace referencia en realidad al principal de los criterios cualitativos con los que se puede definir el ámbito subjetivo de un sistema de Seguridad Social, así como a la forma en que se conceptúan las situaciones de necesidad. En el caso del modelo contributivo, la población protegida será por definición un grupo de carácter personal limitado por muy mayoritario que resulte, al estar intrínsecamente ligado al perfil de trabajador dependiente.

En el caso del nivel no contributivo se tenderá de forma inexorable a la universalidad y a la no diferenciación entre los sujetos potencialmente protegidos, puesto que centrará su atención sobre los resultados efectivos que haya podido producir un determinado modelo social y productivo, es decir, sobre las personas que requieren de un nivel de atención preferente con independencia de la causa o los motivos por los que han desembocado en la situación de necesidad.

En conclusión, en el nivel contributivo la situación de necesidad económica será de naturaleza presunta, esto es, presumida y dada por existente por la ley cuando se materializa la contingencia protegida; mientras que, en el nivel no contributivo se requerirá una evidencia real de esa situación de necesidad, siendo por ello objeto de su necesaria prueba y efectiva constatación.

Esto sucede ya que todo modelo contributivo, en cuanto sucesor natural de los originarios seguros sociales con los que mantiene lazos conceptuales y jurídicos muy relevantes, exigirá el cumplimiento de determinados requisitos formales y materiales a efectos de poder perfeccionar cualquier derecho. De entre ellos, y además del acto procedimental por el que se da inicio a la relación jurídica de seguridad social con los entes gestores del sistema, destaca sobremanera la denominada carrera contributiva mínima de aportes (o carencia). Carrera o historial de cotizaciones que no será sino la consecuencia natural del ejercicio de una concreta actividad bajo relación de dependencia, que es la que origina la inclusión obligatoria del sujeto en el sistema, en cuanto que el gravamen tributario que conlleva su mero desempeño o titularidad se establecerá con carácter imperativo por el mero hecho de su desarrollo.

La contributividad, o principio de contributividad, suele utilizarse ade-



más como regla que permite no solo el acceso a las prestaciones, sino que también se utiliza como factor de modulación de su calidad, ya que suele ser considerado como un importante incentivo para favorecer la formalidad de la integración.

La calidad de las prestaciones que suele determinarse en función de la intensidad y la cuantía real de los aportes acumulados, ya sea por su carácter continuo o discontinuo (vgr. trabajos a tiempo completo o dedicación parcial) o por la duración completa acumulada (medida en días, semanas, meses o años, según los períodos de devengo que se establezcan); o incluso por el volumen cuantitativo de las mismas, ya que, al ser lo habitual que la cotización se fije mediante un tipo único o lineal a aplicar sobre una base, variará en sus resultados según qué módulo base se utilice a efectos de cálculo. Bases que bien pueden ser tarifadas o estándares, normalmente ligadas a la actividad o bien sobre los salarios y ganancias reales y/o estimados.

Estos modelos de organización basados en la contributividad, suelen establecer también que los umbrales de acceso y medición de las prestaciones tengan un carácter absoluto o excluyente. Es decir, no se permitirá al solicitante el acceso al cuadro de prestaciones si no se consolidan los aportes mínimos establecidos, cayendo o quedando el sujeto fuera de la protección contributiva pese a la constatación de la existencia de ciertas contribuciones por cercanas que puedan quedar de dicho límite mínimo; lo mismo que no servirán, o no serán tenidos en cuenta, los posibles excesos que haya podido acumular durante toda su carrera profesional, si se encuentran por encima del máximo previsto.

Por lo que se refiere a los niveles no contributivos estos se caracterizarán por la inexistencia de exigibilidad alguna de cotización o contribución previa al sistema de Seguridad Social, resultando del todo indiferente por tanto si el sujeto ha realizado o no alguna actividad profesional o bajo relación de dependencia. Lo trascendental de este nivel será la constatación del riesgo real de exclusión social o su efectiva materialización, esto es, del padecimiento efectivo de la situación de necesidad económica tal y como se encuentre descrita por la ley. De ahí que sea también una constante definitoria de esta dimensión de la Seguridad Social la prueba puntual del cumplimiento de los requisitos de acceso así como de su mantenimiento, con el fin de evitar, no solo posibles manifestaciones de fraude, sino también el enraizamiento de lo que puede ser considerada una excesiva dependencia social, que pueda terminar provocando una ausencia de incentivos a la búsqueda de empleo y a la efectiva inclusión social del ciudadano para su auto-



nomía.

En cuanto al cuadro de prestaciones del nivel no contributivo, que habitualmente se reconocerán con los rasgos de ser normalmente más exiguas en su cuantía que las de naturaleza contributiva, suelen ser también menos numerosas desde el punto de vista de los riesgos protegidos fundamentalmente porque la protección se justificará por razón de la efectiva constatación de una insuficiencia de recursos económicos para el desarrollo de una vida digna. Así, en un diseño ideal de esta forma de previsión, y constatada la realidad de la situación de necesidad económica, resultarían indiferentes otras circunstancias como la edad, la incapacidad o la supervivencia, que son los riesgos principales a cubrir, como se sabe, con las prestaciones contributivas de vejez o jubilación, invalidez o dependencia familiar; incluida evidentemente por esa misma razón la situación de desempleo y cualquier otra imaginable (enfermedad, maternidad, paternidad, etc.).

Sin embargo, y por diversas circunstancias entre las que destaca la propia funcionalidad de este tipo de prestaciones a modo de última red de protección, su origen y su evolución junto a sistemas mayoritariamente contributivos, lo más habitual será que este nivel de tutela se encuentre limitado a determinados segmentos de la población caracterizados por sufrir algunas de las contingencias tradicionales y principales (vejez o invalidez), estableciéndose además otra serie de filtros selectivos complementarios ante el riesgo de alguna suerte de movilización migratoria que pueda producirse para conseguir su disfrute (nacionalidad, residencia legal mínima en el Estado, etc.).

En todo caso, y dependiendo del rigor con el que se defina la exigencia principal que ha de permitir el acceso a estas prestaciones, es decir, la fijación del umbral de pobreza que determine la situación de necesidad económica o piso mínimo a garantizar (que puede medirse a su vez a título exclusivamente individual o ser ponderada en función de las cargas y las rentas del grupo o unidad familiar de convivencia), el número de beneficiarios cambiará de forma poco menos que automática y proporcional.

Esta última cualidad, junto al solapamiento conceptual que se puede producir respecto de otras técnicas de protección e inclusión social también muy consolidadas en todos los ámbitos, como es cualquier transferencia directa de rentas, sea o no condicionada y ya se reconozca en forma de bono de desarrollo, subsidio de integración, renta básica, salario social o ayuda de emancipación (siempre muy ligadas a la lucha contra la pobreza), hace que, en muchas ocasiones, este tipo



de prestaciones sean catalogadas como una medida de Política Fiscal más que de verdadera Seguridad Social. A lo que coadyuva, sin duda, el diferente régimen jurídico predicable de una y otra clase de disposiciones y, muy fundamentalmente, su modo último de financiación.

Adicionalmente, es preciso señalar que este nivel se financia generalmente con el esfuerzo tributario del conjunto de la sociedad, vía impuestos genéricos y no cotizaciones específicas sobre el trabajo. De ahí que no sean pocos los ejemplos en los que este tipo de prestaciones siguen estando vinculadas al ámbito material de competencias del Poder Ejecutivo más que del Legislativo, sobre todo cuando no se dirigen a los colectivos más identificados con el concepto más tradicional de Seguridad Social, esto es, personas muy mayores o incapacitadas, objetiva y de forma permanente, para poder desarrollar un trabajo.

De esta manera, las prestaciones del nivel contributivo se reconocen como verdaderos derechos públicos subjetivos de la ciudadanía, incorporados con esta naturaleza plenamente en el contenido la ley, y sometidos por tanto a los avatares propios de esta en el caso de que se pretenda su modificación o reforma. En tanto que las del nivel no contributivo generalmente están sometidas a la disponibilidad presupuestaria debido a la naturaleza de su financiación.

Con el binomio «sistema de reparto versus modelo de capitalización», que hace referencia a los modos de provisión de los recursos necesarios para atender el pago puntual de las prestaciones de Seguridad Social se pretende distinguir entre los diversos procedimientos técnicos con los que se pueden garantizar y administrar los imprescindibles fondos económicos. En este sentido las diferencias de concepto van a ser también muy importantes no solo por razones ideológicas o de diseño teórico, sino incluso de corte pragmático o de realismo político (Realpolitik). En la exposición de estos procedimientos cobran un especial protagonismo las nociones de individuo, sociedad, solidaridad y generación.

En efecto, la base de un sistema de reparto es la del pacto intergeneracional que supone destinar los tributos específicos que se recaudan como consecuencia de la actividad económica y el desarrollo de los distintos tipos o modalidades de trabajo a la satisfacción de las prestaciones coetáneas que se devenguen por la Seguridad Social. Es decir, son fundamentalmente los trabajadores y productores activos los que proveen con su esfuerzo los recursos necesarios para el pago de las pensiones de los que se encuentran en cada momento en situación de necesidad.



Este modelo presupone la necesidad de un funcionamiento continuo y sucesivo de esta mecánica, pues solo de esa forma los actuales afiliados tendrán la confianza de que en el futuro serán igualmente atendidos por la utilidad y el rendimiento económico del trabajo de las siguientes generaciones.

En cambio, la capitalización como método de aprovisionamiento de recursos se encuentra ligada a una forma completamente distinta de diseño del financiamiento. Consiste en esencia en que es cada trabajador individualmente considerado, o grupo específico de estos, o cada generación de ciudadanos en última instancia, según los casos y las modalidades con las que se puede articular este sistema, el que va acumulando a lo largo de su vida mediante la correspondiente detracción de sus haberes, la suma necesaria para consolidar en el futuro los recursos que permitan el cobro de sus respectivas prestaciones.

A favor de esta formulación se suelen encontrar distintos tipos de argumentos, fundamentalmente derivados de las dificultades y de las tensiones que habitualmente han acompañado a las finanzas públicas en todo tiempo y lugar por la inevitable confrontación de intereses de los individuos y los grupos que la conforman, además de otros adicionales más ligados a los supuestos beneficios que debe acompañar siempre toda acumulación de capital.

Así, se suele aducir el excesivo peso que representa el capítulo específico de pensiones en cualquiera de los Estados llamados del Bienestar, en el sentido de lastrar las posibilidades de una distinta administración de los mismos al encontrarse previamente comprometidos, sobre todo, por la mayor preocupación que generan aquellos sistemas en los que la evolución demográfica a corto o medio plazo hace presagiar un peso creciente y constante de los mismos. Argumento que no hace sino trascender una determinada opción política de diseño global de las sociedades, y al ya se ha hecho una anterior mención específica.

Frente al argumento anterior, se encuentra también la idea, formulada ahora en positivo, del fomento que puede suponer la utilización de estos fondos en aras a "re" financiar el modelo productivo y la consiguiente creación de un mayor nivel de desarrollo y de riqueza. Dejando a un lado el circunloquio y hasta el sofisma que todo ello puede representar, de lo que no cabe ninguna duda es que se trata de una opción en la que prima el esfuerzo individual por encima del general; o, dicho de otra manera, con la que se penaliza al menos una manifestación evidente de la solidaridad de cualquier sociedad: el pacto intergeneracional, muy fundamentalmente cuando la actual generación de personas



necesitadas de protección, por una u otra razón, no pueda, o no haya tenido siquiera la posibilidad de hacerlo, de auto proveerse de esos mínimos o suficientes recursos.

No obstante todo lo anterior, también es cierto que el método de capitalización de las prestaciones conoce de diversas fórmulas de manifestación y resulta imprescindible un mínimo de distinción entre las mismas pues, como pura técnica teórica, puede resultar tan neutral e incluso plausible como cualquier otra. De hecho, sus aplicaciones en el campo de la Seguridad Social son bien diversas y no todas ellas generan el mismo tipo de debate. Dejando claramente a un lado cualquier forma de ahorro individual y adicional, cuya gestión debe ser en principio libre para cada sujeto y que han de quedar por tanto extramuros de un sistema público y obligatorio, las grandes opciones serían fundamentalmente dos.

La primera es la que representan los conocidos como planes o fondos de pensiones, fundamentalmente colectivos, en cuanto ligados al desempeño de un trabajo y que obtienen una financiación que también procede, al menos parcialmente, de la empresa o del empleador. Mientras que los individuales son una manifestación directa de la capacidad, igualmente individual, de previsión y de ahorro y, por tanto, limitados a personas con la suficiente capacidad económica como para detraer fondos actuales de sus ingresos en vistas a un consumo futuro de los mismos en forma de pensiones, los colectivos, expresión de un principio de capitalización igualmente colectiva, son una técnica de provisión y de ahorro normalmente complementaria respecto del sostén mínimo y común que representan las prestaciones del sistema estricto de Seguridad Social, estando ligados a la masa salarial y al colectivo de trabajadores. Un colectivo que puede estar definido por su pertenencia a una actividad, a una concreta empresa o hasta a un sector productivo.

En ese sentido, se trata, por así decirlo, de “fondos adicionales o complementarios”. Estos segundos fondos, en la mayor parte de los casos voluntarios o no preceptivos, son los que resultarán objeto de capitalización en un buen número de sistemas y con los que se consigue también en no pocas ocasiones la mejora generalizada de las prestaciones y de sus tasas de reemplazo.

La otra gran opción que plantea el principio de capitalización es la de presentarse como alternativa total o casi completa al más que generalizado modelo de reparto, en el sentido de erigirse como técnica de financiación principal del conjunto de las prestaciones, y muy singular-



mente del núcleo de las pensiones más importantes. Por el gran salto cualitativo que esta opción representa en relación con las formas de financiación pacíficamente asentadas en los sistemas más consolidados, al significar un tránsito desde la solidaridad intergeneracional, propia del principio de reparto, a una solidaridad interprofesional muy restringida, se analizará y evaluará por separado en el siguiente apartado.

De naturaleza y significación bien diversa, pero conectados a estos conceptos de carácter económico y financiero, existen otros criterios organizativos y de funcionamiento como son los que se expresan con el “principio de caja única” y con los “fondos de estabilización y/o de reserva”.

Con el primero de ellos lo que se pone de manifiesto es la idoneidad de otra forma de manifestación de la solidaridad, que se extendería a lo que representa normalmente el cuerpo principal de los sistemas de Seguridad Social, esto es, los distintos regímenes, cajas o unidades mediante los que habitualmente se estructura, y que no hace sino permitir afrontar las posibles tensiones de liquidez y de tesorería, así como la propia gestión contable del sistema.

En virtud de este principio de caja única se ayuda a superar otro de los vestigios de los antiguos seguros sociales, y que permanece en no pocos sistemas vigentes, al darle a los medios económicos que constituyen los recursos disponibles del sistema la máxima expresión de su carácter fungible. Así, se unifican todas las cuentas materiales que puedan existir en el sentido de permitir el libre trasvase de fondos para la atención puntual de todos los requerimientos financieros del sistema de Seguridad Social, sin perjuicio del cumplimiento de cuantos mecanismos de garantía puedan ser instaurados por los servicios de inspección, intervención, superintendencia o contraloría, como de gestión individualizada de cada uno de los tipos de prestaciones (contributivas y no contributivas, y por cada una de las situaciones de necesidad protegidas), a fin de realizar un seguimiento de su correcto dimensionamiento, máxime cuando, para cada una de ellas, se hayan podido instaurar cotizaciones o aportes individualizados.

Por lo que respecta a los fondos de estabilización o reserva, no son más que provisiones técnicas auxiliares para la mejor administración del total de los mismos recursos disponibles, plenamente compatibles con los sistemas de reparto, y diseñados bajo la idea de una planificación interanual o de mayor rango temporal a la de la duración de los presupuestos generales del Estado, de los que en definitiva suelen depender los de la Seguridad Social, integrándose frecuentemente en ellos como



una partida diferenciada.

Cabe señalar que la inversión de estos fondos, técnicamente no es una modalidad de reaseguramiento, por el contrario, se trata de generar ganancias con los posibles superávits que puedan haberse generado durante los mejores ejercicios económicos, en previsión de tiempos futuros en los que pueda este llegar a ser temporalmente deficitario. Así, se produce una compensación entre ingresos excedentes actuales y déficits futuros.

1.3. La irrupción del sistema de capitalización como modelo exclusivo de financiación de las pensiones: valoración

Frente a la realidad de que el mecanismo de capitalización de los aportes se encuentra mayoritariamente ligado al nivel complementario, voluntario, y frecuentemente privado de las pensiones, la novedad en los últimos años ha sido la de la irrupción y defensa de la capitalización como un modelo alternativo para la financiación del sistema de Seguridad Social. Este proceso ha tenido como singulares y especiales protagonistas a un buen número de países de América Latina, desde Chile, que lo inició en 1981, a Perú, Argentina, Colombia, Bolivia y Uruguay, así como a otros tantos Estados de Centroamérica, cada uno de ellos con distintas y muy peculiares variaciones que van desde la capitalización individual pura gestionada por entidades privadas, hasta las cuentas hipotéticas o solo teóricas administradas por la Administración Pública, con sistemas de aporte obligatorio a cargo exclusivo del trabajador u otros de recaudación conjunta; o con un cuadro de prestaciones que poco frecuentemente definidas, lo que suele provocar que el Estado tenga que acudir a asegurar un importe mínimo.

La adopción de ese tipo de reformas, que en casi todos los casos han tenido que ser matizadas y moduladas y, en otros, manifiestamente corregidas, está relacionada con las difíciles circunstancias económicas y financieras por las que atravesaban algunos de esos sistemas nacionales de Seguridad Social, prácticamente al borde de una verdadera quiebra en determinados supuestos, y en un entorno político y económico general aún más complejo que impedía el necesario auxilio del conjunto de la sociedad para poder sostenerlos.

En lo que aquí interesa, la trascendencia de este concreto debate que opone reparto frente a capitalización se ciñe esencialmente a lo que



constituye en realidad el núcleo más relevante de cualquier sistema de Seguridad Social que son las pensiones y, por tanto, la pregunta principal en ese sentido es si los sistemas de pensiones han de ser financiados y sostenidos fundamentalmente por la vía del pacto intergeneracional o modelo de reparto o si por el contrario deben responder a un esquema de capitalización en el cual la capacidad singular de cada uno de los trabajadores que la compongan, determina su futuro.

Así, la capitalización por sí misma supone una renuncia explícita a la capacidad transformadora del propio sistema de Seguridad Social como mecanismo de reducción de las desigualdades y, sobre todo, implica que un porcentaje no irrelevante de ciudadanos puede quedar excluidos del principal mecanismo de protección social dada su capacidad individual para contribuir (debido a empleos irregulares, intermitentes o, sencillamente, a la carencia de ocupación).

Desde el prisma de la solidaridad, instrumento básico para la consecución de una igualdad real, constituye un verdadero axioma el hecho de que el modelo de reparto representa su manifestación más natural y auténtica, pues supone que la población activa y ocupada, con más fuerza y capacidad para trabajar y por tanto de producir riqueza, es la que se responsabiliza del mantenimiento del bienestar de los más vulnerables, de la misma forma que estos hicieron con sus antecesores y con la esperanza-certeza de que así lo harán sus sucesores con ellos mismos, a modo de necesaria y justa contraprestación.

La seguridad de este sistema de organización y financiación se basa desde luego en la confianza recíproca, pero también, en el hecho de que se liga la suerte de los pensionistas a la del propio Estado, sin duda el sujeto político por excelencia y manifestación del país y del conjunto de su sociedad, en el que necesariamente se integran todos sus ciudadanos con la totalidad de sus recursos.

Será pues la capacidad de producción de riqueza del propio Estado la que habrá de servir de fuente de sustento y financiación de las prestaciones. Su mayor riesgo o debilidad, la falta de esa misma capacidad de producción, fundamentalmente como merma o insuficiencia, que podrá manifestarse sobre todo en forma de carencia de empleo y de trabajo suficiente o, también, por un aumento del compromiso de gasto que devenga insostenible. Lo cual podrá producirse, en el campo específico de la Seguridad Social, bien porque el número total de beneficiarios pueda resultar excesivo en relación al volumen de recursos que se generan, en especial respecto de la recaudación que efectivamente se consiga; bien por la cuantía de los compromisos adquiridos y com-



prometidos. En todo caso ello se puede evitar si el sistema se muestra como un arquetipo flexible, seguro pero no rígido, que permite adaptaciones constantes a nuevas circunstancias, acorde a lo que ha de ser un concepto de Seguridad Social Dinámica.

Como modelo alternativo al anterior se encuentra el sistema de capitalización, que aunque se constituya sobre una base o proyecto colectivo no evita una neta separación o aislamiento del interés individual. Un elemento colectivo a destacar ahora porque precisamente se articula sobre él al objeto de dotar al sistema de un mayor grado de solvencia técnica y de seguridad económica, que es, sin duda, el primero y mayor de los riesgos o debilidades de este modelo de construcción financiera. Y ello, pese al conjunto de técnicas y de salvaguardias que la normativa estatal suele imponer al respecto.

Como tales cabe calificar no son solo las dirigidas a los trabajadores beneficiarios, en cuanto que no podrán disponer de las sumas acumuladas con carácter anticipado al perfeccionamiento del supuesto de hecho, esto es, la materialización del riesgo a cubrir salvo muy contadas excepciones; sino también, y sobre todo, a los gestores y administradores de los fondos que se constituyen con esos recursos, con el fin de controlar el buen uso y su correcta administración, muy especialmente en cuanto a los modos de depósito y transformación, pues se da como un hecho cierto el que el efectivo metálico habrá de ser objeto de inversión en sentido estricto, es decir, puesto en producción.

En cuanto al modo de nutrir esos fondos de capital, lo normal es que se constituyan con las aportaciones de empresas y trabajadores, tal y como exige el Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT-, o solo de alguna de las partes, que normalmente será la empresa,. Sin embargo, a veces, se localizan también supuestos bastante excepcionales en el contexto internacional, en los que los aportes, igualmente obligatorios, corresponderán al trabajador en exclusiva, siendo por ello objeto de una fuerte crítica jurídica desde la perspectiva del cumplimiento de los mandatos de Derecho Internacional de la Seguridad Social.

Entre las carencias y debilidades del sistema de capitalización, además de la que representa la incertidumbre que por definición acompaña el futuro de cualquier fondo de capital, así como sobre la rentabilidad real obtenida por el mismo y que en principio se constituye en aporte adicional y necesario para la consecución de las pensiones mínimas que pretende asegurar, se encuentra el que, en su diseño más puro, se trata de prestaciones económicas indefinidas en cuanto a su calidad y



cuantía, lo cual significa una ruptura total respecto de cualquier antecedente donde lo característico es la definición legal de la prestación a obtener, solo sometida a las reformas de las mismas normas que la regulan.

En otras palabras, salvo que el Estado realice grandes transferencias económicas durante un largo período de tiempo, sobre todo durante sus primeros años de implantación de la capitalización, con el consiguiente aumento del endeudamiento público, requiere de un lapso tan amplio de maduración como las propias carreras contributivas tradicionales de los sistemas de reparto, lo cual a su vez debe compatibilizarse entretanto con el mantenimiento del devengo de los haberes perfeccionados por los pensionistas del anterior sistema. Lo que da lugar de manera casi inapelable, a lo que se conoce como una «generación perdida» o «generación intermedia»; por cuanto que atrapada entre dos sistemas que la oprimen o la expulsan, expresamente en el primer caso, y de modo tácito desde el segundo.

A modo de ejemplo, y en el caso concreto de España, los estudios más solventes dirigidos a evaluar la posibilidad de la transposición de este tipo de experiencias de sustitución de un modelo de reparto por otro de capitalización, pusieron de manifiesto, conforme a su singular estructura demográfica, la necesidad de dotar 2.5 veces el PIB anual.

Solo a efectos de referencia y comparación, téngase en cuenta que en la actualidad, tanto el Fondo Monetario Internacional como las propias autoridades económicas y monetarias de la Unión Europea, recomiendan un peso de la deuda pública total no superior al 60 por ciento de esa misma magnitud, considerándose en situación de crisis y necesitadas de “rescate” a aquellas economías que hayan sobrepasado el límite absoluto del 200 por ciento.

Finalmente, y desde el plano de los principios generales y los valores superiores, y a modo de conclusión, el elemento que más se ha de resaltar en los sistemas de capitalización puros es la ausencia de solidaridad no solo entre los propios miembros del grupo de trabajadores activos y que se erigen en únicos aportantes de los fondos, sino con el conjunto de los pasivos con los que coincide en su comunidad, pues se crea un efecto de carácter regresivo en cuanto que retrotrae el sistema a una lógica corporativa en la que eran los propios grupos sociales de trabajadores, a través de sus sociedades de socorros mutuos, los que se auxiliaban recíprocamente pero a partir de una diferenciación de colectivos basada esencialmente en su propia y diferente capacidad de ganancia, traduciéndose en definitiva en una menor posibilidad de



redistribución real del total de los recursos disponibles.

2. Caracteres principales de un sistema estándar de Seguridad Social: su construcción por niveles

Dejando al margen ahora los aspectos relativos a la financiación, sin perjuicio de que nunca puedan obviarse del todo pues son imprescindibles para garantizar la propia existencia de cualquier sistema de Seguridad Social, procede exponer lo que se puede considerar como la estructura estándar de organización y conceptualización interna de un sistema moderno de Seguridad Social.

En tal sentido, y como se ha insistido de forma reiterada, se debe partir una vez más de la base de que todos los sistemas nacionales responden a un esquema conceptual mixto, lo que supone en definitiva distintas opciones internas de estructuración en búsqueda del equilibrio. No obstante ello, sí va a ser posible detectar lo que podemos denominar un esquema básico y común inalterable, y una serie de elementos ciertos complementarios en la práctica totalidad de los sistemas de Seguridad Social.

De hecho, no es difícil advertir cómo tales sistemas han terminado estructurándose en torno a ramas o subsistemas, con los que se implantan diversos niveles yuxtapuestos de tutela, y con los que se logra la consecución del objetivo central de cualquier modelo, que es el de dar cobertura al conjunto de la población frente a los riesgos detectados, o intentar al menos llegar a la mayor proporción posible de esta y de aquellos. A tal efecto se combinarán técnicas propias tanto de los modelos no contributivos y contributivos, como de los basados en fórmulas de reparto y de capitalización; fundamentalmente, en este último caso, al objeto de respetar un cierto margen de libertad y de capacidad de autodeterminación individual, que también será compatible con los valores colectivos sobre los que se asientan las políticas públicas en materia de riesgos sociales.

Este carácter mixto de los sistemas de Seguridad Social, que se proyecta en todas sus dimensiones, hará que sea muy difícil localizar sistemas puros de garantía de ingresos mínimos o de subsistencia (esto es, lo que normalmente se califican como sistemas no contributivos) pese a ser indudablemente los que mejor materializan el valor de la solidaridad.

En primer lugar, porque resulta muy difícil de vencer la fuerte tradición



que tienen los sistemas contributivos de corte profesional, absolutamente implantados en extensión, consolidados en cuanto a su forma de financiación a través de cotizaciones, y expresivos de un estatus jurídico del sujeto protegido tradicionalmente mucho más sólido en la medida en que la protección se vincula a derechos subjetivos perfectos.

En segundo lugar, porque su implantación a modo de estructura única y exclusiva, o incluso como modelo principal de actuación, plantea enormes dificultades de tipo económico dada la gran cantidad de fondos y recursos públicos que demandaría; un elevado coste que se acentúa considerablemente si quisieran garantizarse además unas prestaciones mínimas de cierta calidad, o más aún, si el número de sujetos a considerar como necesitados (situación de extrema pobreza o de pobreza relativa) resultase en exceso elevado por razón de las desigualdades sociales que puedan existir.

En tercer lugar, en fin, la exclusividad de un sistema puro de garantía de ingresos mínimos reconduciría el sistema de Seguridad Social, salvo que el diseño del campo subjetivo de aplicación fuera muy generoso, a una mera garantía de subsistencia frente a situaciones probadas y reales de necesidad económica; esto es, a las muy limitadas funciones de protección social que asume el modelo de Estado calificado como Estado Mínimo.

En consecuencia, estos sistemas puros de garantía de ingresos mínimos no se encuentran ni siquiera en los países anglosajones, en los que este tipo o modelo de Seguridad Social nació y donde han podido encontrar un mayor desarrollo. De hecho, el resultado actual de los procesos de adaptación de los sistemas de Seguridad Social de esos países no ha conducido tanto a la potenciación del nivel no contributivo hasta el límite de sus posibilidades sino más bien a minorar el peso de la rama contributiva, no en beneficio de lo no contributivo sino para dejar un amplio espacio para la actuación de otras técnicas complementarias de previsión social, como los planes y fondos de pensiones, seguros de jubilación o de vida, o colectivos de accidentes de trabajo.

En todo caso se ha de recordar que un modelo central de corte contributivo existirá siempre y en casi todos los países, y basado además en los mismos principios comunes: carácter público, obligatorio y administrado con técnicas de reparto. La diferencia principal a destacar, pues, entre sistemas como los del Reino Unido o los Estados Unidos de América frente al del resto de los principales países continentales europeos (Alemania, Francia, Italia, España, etc.), es la del peso o papel



que juega en uno y otro caso el modelo contributivo respecto del total; o, si se prefiere, el del nivel de desarrollo alcanzado por esos otros submodelos complementarios de previsión social basados teóricamente en un acto libre o de decisión contractual, como los que dan origen a los planes de pensiones de empresa o de sector, que complementan las pensiones públicas. Por estas razones la protección no contributiva termina erigiéndose en todos los casos a modo de un primer nivel de actuación o red última de seguridad, en el sentido de garantizar lo que se han de considerar como las prestaciones más básicas y mínimas.

De hecho, en esta línea de diseño se puede encontrar también la que pueda conceptuarse como la vía de protección más avanzada del mundo, la implantada en un buen número de países del Norte de Europa y entre los que destacan los de carácter e influencia escandinava. Se trata de sistemas con un nivel asistencial caracterizado por reconocer importantes y muy variadas prestaciones que, pese a considerarse técnicamente como básicas, garantizan sin embargo un piso mínimo considerable y para un número muy alto de situaciones, pues van a quedar incluidas desde prestaciones específicas para favorecer el estudio y la formación personal de jóvenes y trabajadores, hasta el acceso a la vivienda, la crianza de hijos y el cuidado de familiares o incluso la propia emancipación individual. Por supuesto, prestaciones que se añaden a las contingencias tradicionales (vejez, incapacidad, maternidad, etc.) y que se otorgan gracias al enorme esfuerzo fiscal que realiza el conjunto de los ciudadanos.

A partir de ahí, y sin duda por la concurrencia de otros factores muy relevantes, como es la fuerte implantación de las organizaciones sindicales, la pujanza de su sistema productivo, la estructura y el tamaño medio de sus empresas, así como el alto grado de concienciación social y colectiva, otro rasgo añadido es el de haber propiciado una amplia implantación de un nivel complementario de previsión en forma de planes de pensiones de empleo, de carácter colectivo pero basados en el principio de capitalización y, en última instancia, en la capacidad de ahorro adicional.

Expuestas a grandes rasgos las dos alternativas básicas de diseño de un sistema de Seguridad Social a nivel global o general, así como las consecuencias intrínsecas que lleva aparejado cada uno de sus diferentes principios de ordenación desde una perspectiva axiológica, corresponde exponer ahora, desde un punto de vista eminentemente jurídico, los aspectos básicos de la regulación.

En ese sentido, y resumiendo lo que se acaba de exponer, se ha de par-



tir de que la estructura más general va a responder normalmente a un modelo compuesto por distintos niveles de protección, que pueden ser jerarquizados en cuanto a su verdadero alcance o peso específico en el conjunto del sistema, tanto por el número de beneficiarios directos como por el volumen de los recursos que administra, e incluso, por su función necesaria o solo complementaria respecto del modo con el que se prevé la consecución de su fin principal de protección. Niveles que serían, en ese orden: el nivel no contributivo, el nivel contributivo y el nivel complementario o libre. A estos efectos se ha de partir también de la idea de que cuando se habla de niveles o subsistemas de protección en Seguridad Social, se está haciendo referencia a "conjuntos de prestaciones normalmente informados por una misma lógica común y con principios semejantes, con independencia de los que también sirven para diseñar la fisonomía de la totalidad o del conjunto".

Junto a esa caracterización general por niveles de protección, hay que partir del papel central que en todo caso ejerce el nivel contributivo en cualquier sistema de Seguridad Social, en cuanto que ha funcionado como verdadero germen de los mismos en un gran número de países ya que en sus orígenes la Seguridad Social siempre se ha vinculado, o incluso restringido, a este tipo de tutela profesional. Además, hay que señalar que prácticamente todos los sistemas de Seguridad Social suelen estructurar el nivel contributivo en torno a un esquema central o régimen general o común, que ejerce de modelo tipo, y una serie de regímenes y hasta de sistemas especiales para acoger peculiaridades por contingencias, prestaciones o colectivos. Una diferenciación interna muy infrecuente y menos funcional cuando se trata del nivel no contributivo.

Volviendo al nivel profesional, el régimen general o común del mismo suele estar destinado al sujeto protegido típico de los sistemas de protección, sobre todo de tipo profesional, que no es otro que el que el trabajador subordinado contratado en régimen de laboralidad. Régimen que ejerce además de referente o patrón normativo, es decir, tanto por lo que se refiere a la cualidad y número de prestaciones con las que articula, normalmente más específicas y de mejor calidad, como por el grado de detalle con el que se describen todos sus extremos y vicisitudes (definición de las contingencias, requisitos y régimen jurídico de las prestaciones). Regulación que terminará siendo por ello de aplicación en el resto de los regímenes y de sistemas, bien sea por remisión, por reenvío técnico, o incluso por su condición de normas supletorias y subsidiarias.

Por su parte, y en cuanto a los regímenes especiales que se crearon en



muchos de los sistemas de Seguridad Social, por razones muy variadas aunque no siempre inspiradas en la racionalidad técnica o en la justificación de la peculiaridad del trabajo, la tendencia general es ir hacia su reducción; de forma que los que subsisten se convierten en excepciones al sistema general para cuyo mantenimiento cada vez se exigen razones más sólidas y relacionadas con la lógica interna de protección de la Seguridad Social y con los principios que deben inspirarla.

Entre los regímenes especiales, los más habituales son los que se refieren a los titulares de determinadas formas de trabajo, en especial aquellos que desarrollan una tarea por cuenta propia o de forma autónoma; pero también, a aquellos otros que protegen a quienes desempeñan su trabajo profesional bajo un estatus jurídico diverso al de la relación laboral, como es el de buena parte del personal que presta servicios para la Administración pública. Muy en especial si son funcionarios encargados del ejercicio de la función pública en su más estricta expresión, como responsables de la auctoritas y/o de la potestas del Estado, tal y como se refleja en algunos de sus más tradicionales exponentes como pueden ser los funcionarios públicos profesionales, los miembros de la carrera judicial o de las fuerzas y cuerpos de seguridad, así como los funcionarios militares en sentido estricto.

Además de esta diversificación por regímenes, que servirá sobre todo para justificar que se consedan distintos tipos de tratamiento tanto en las normas de cotización o aportación como en las que determinan la acción protectora que se reserva a cada colectivo, otra importante clasificación con la que se suele estructurar el nivel contributivo es la que se refiere al origen de la situación de necesidad o al factor que desencadena el riesgo social a proteger. Es decir, la que distingue entre las contingencias de origen laboral o profesional, como es el accidente de trabajo y la enfermedad profesional, y las que se conceptúan como de naturaleza no laboral o común. Aunque esta diferencia es irrelevante respecto de algunas de las contingencias protegidas como la jubilación o vejez, las cargas familiares, la prestación por desempleo o por maternidad y paternidad, sí tiene valor respecto de otras contingencias como la incapacidad y la muerte, por ejemplo, en las que la materialización de la contingencia puede ser debida o no a un acontecimiento relacionado con el trabajo que se desarrolla.

Esta situación nos lleva a poner atención en dos situaciones que adquieren relevancia al momento de construir un sistema: por una parte, conservar la diferenciación en función del origen de los riesgos; y, por otra parte, a atender al “principio de consideración conjunta de las contingencias”.



La diferenciación entre riesgos o contingencias de origen profesional o común deriva de las primeras normas de Seguridad Social (en puridad, menos que Seguridad Social al tratarse de los primigenios Seguros Sociales) que, al garantizar al trabajador una tutela en esas situaciones, en realidad lo que estaban introduciendo eran principios propios de la responsabilidad empresarial en el terreno de la deuda de seguridad hacia el trabajador. Reglas como la responsabilidad objetiva, la tasación de dicha responsabilidad o el aseguramiento obligatorio de la misma, generaron un esquema de tutela que ha pervivido hasta la actualidad en muchos sistemas de Seguridad Social, enquistándose como un núcleo de tratamiento de la responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

En oposición a la diferenciación previamente señalada, el “principio de consideración conjunta de las contingencias”, da relevancia al resultado (la incapacidad, la muerte) y sus consecuencias económicas, y no tanto a las circunstancias en que esa contingencia se produce (en el trabajo o al margen de él); sobre la base de que, tratándose de situaciones de necesidad consolidadas e iguales (una invalidez en el grado que sea o el fallecimiento), deben ser tratadas de forma semejante en razón de la identidad de la situación de necesidad a proteger, conforme lo establece el principio de igualdad.

2.1. Nivel no contributivo

Por definición, las denominadas prestaciones no contributivas o asistenciales han de ser universales y estar destinadas al conjunto de la población, en oposición al carácter subjetivo limitado que caracteriza el nivel o subsistema contributivo, al funcionar la necesaria profesionalización del sujeto protegido como criterio de selección subjetiva.

El carácter universal deberá entenderse evidentemente en sentido potencial, pues en realidad solo aquellas personas que precisen de tutela por encontrarse realmente debajo de los umbrales de necesidad (pobreza) que se fijen, podrán adquirir el derecho a la prestación, ya que lo determinante de este nivel es que la protección se justifica por la mera carencia efectiva de recursos económicos.

A efectos de su implementación, variadas pueden ser las fórmulas de configuración legislativa, entre ellas:

a) las que definen la situación objetiva a cubrir, que puede ser indi-



ferenciada o selectiva para determinadas contingencias o perfiles subjetivos, es decir todos los ciudadanos o solo los que además de serlo reúnen otros requisitos personales que acentúan la situación de necesidad como la edad, la discapacidad o el desempleo de larga duración;

- b) las que determinan la compatibilidad o incompatibilidad de la prestación con otros ingresos o trabajos siempre de tan poca entidad, cuantitativa o temporal, como para no excluir al sujeto de la situación real de necesidad;
- c) las que establecen la cuantía de la prestación que puede consistir en una cantidad económica fija o de carácter variable si lo que se pretende es la garantía de una renta mínima. Su cuantía suele ser fijada en relación con variables muy diversas como el salario mínimo, el gasto mínimo personal o una cantidad más o menos discrecionalmente establecida; o la fórmula a utilizar para la medición de la situación de necesidad o de los recursos propios con los que cuenta el ciudadano (que puede tener como módulo exclusivo los ingresos reales de la persona o los que le puedan resultar imputables, bien por la titularidad de un patrimonio o por ser miembro de una unidad de convivencia); y,
- d) otros factores adicionales de relevancia con el fin de controlar la evolución general del ámbito de cobertura, como pueden ser la nacionalidad y/o la residencia.

Entre las reglas comunes o fijas destacan la relativa a la necesidad de la prueba efectiva y continua del cumplimiento de los requisitos materiales establecidos para su perfección y devengo, que tiene como centro la denominada "prueba de recursos"; así como sobre el necesario carácter temporal que ha de tener este tipo de prestaciones, debido a los cambios en la situación económica base, pues deberán estar orientadas a servir de instrumento de lucha contra la desigualdad más que a su perpetuación.

Teniendo en cuenta la funcionalidad primaria de este tipo de tutela, que es proteger a toda persona que objetivamente se encuentre en situación de necesidad económica por los motivos que sean, deberá resultar del todo indiferente si esta ha sido o no trabajador, y si no lo es, si la necesidad deriva de una decisión de voluntad explícita de la persona o es consecuencia, por ejemplo, de la imposibilidad objetiva de desarrollar un trabajo, como ocurre por ejemplo cuando es el propio sistema económico el que se muestra incapaz para ofertar una canti-



dad de empleo suficiente en relación al número de demandantes de trabajo. Estas circunstancias hacen que este nivel de protección sea, el de mayor índice de solidaridad posible, de ahí que se presente como una de las medidas inmediatas más efectivas para la transformación social y para la integración de los que ya se encuentren en una situación de marginación.

Por tanto, y en cuanto al ideal de cobertura del nivel no contributivo, este quizás debiera tener como referencia a toda persona o ser humano por el mero hecho de serlo y encontrarse en esa situación de necesidad económica. De hecho, las denominadas “prestaciones familiares”, entre las que se incluyen las relativas a “hijos”, “crianza” o “mantenimiento”, se configuran en no pocas ocasiones, con un carácter no contributivo y destinadas exclusivamente a los progenitores y tutores que los tengan a su cargo siempre que no superen determinados niveles de renta.

El amplio espectro social al que pueden estar dirigidas estas prestaciones, que deberán abarcar de modo muy especial a todos aquellos sujetos que resulten expulsados del nivel contributivo por muy estrecho que pueda resultar el margen en algunos casos, junto con el carácter habitualmente limitado de los recursos financieros disponibles, hace que este subsistema de protección suela configurarse con una serie de limitaciones materiales importantes. Razón por la cual aparece revestido con ese halo de nivel básico o mínimo de actuación; o, si se prefiere, como última red de seguridad frente a la desprotección.

En efecto, la práctica generalizada en muchos de los sistemas en los que se encuentra establecido de manera formal e institucional este nivel de protección demuestra que su papel en el conjunto del sistema de Seguridad Social, siendo fundamental, es no obstante limitado, al menos en su alcance material. En primer lugar, por la convicción de que la integración en el sistema de Seguridad Social ha de producirse preferentemente a través del trabajo formal sin que este pueda aparecer en ningún modo desincentivado; en segundo lugar, por las limitaciones presupuestarias habituales ya que, si bien estas prestaciones al estar financiadas directamente por los presupuestos públicos están sometidas a decisiones de política fiscal que pueden tener un fortísimo impacto en su financiación; en tercer lugar, por la tradicional prevalencia de las prestaciones del nivel contributivo; y, en cuarto lugar, por la dificultad y los requerimientos organizativos que supone su administración eficiente, pues presupone una capacidad de conocimiento real de la situación de los individuos que solicitan la tutela, así como de control y reacción frente a las prácticas con las que se puede intentar un acceso ilegítimo o fraudulento a sus prestaciones.



Lo anterior puede solventarse a nivel técnico y normativo con la proclamación de un derecho pleno a modo de ideal o de meta a alcanzar, sin perjuicio de la necesaria concreción que pueda efectuarse en cada momento temporal en función de la disponibilidad financiera. Y en cuanto a las medidas para asegurar una mejora de la gestión y de la capacidad de control por parte de la Administración, estableciendo procedimientos basados en la petición del interesado, la posible creación de registros específicos, el cruce de datos y la traslación, asimismo, de la carga de la prueba de la realidad de la situación económica.

Establecido lo anterior, pueden ofrecerse los siguientes criterios generales para una ordenación de este tipo de prestaciones. En cuanto a los ámbitos objetivo y subjetivo de la prestación pueden definirse con un carácter absolutamente indiferenciado o quedar específicamente dirigidas a muy concretos grupos y colectivos sociales. Así, no resulta extraño que se presenten por ejemplo limitadas a personas en situación de vejez e invalidez, cargas familiares, desempleo de larga duración, entre otras. En ese sentido lo razonable será que los factores objetivos determinantes, como son la edad o el grado y el carácter permanente de la invalidez, se definan de modo idéntico a como se regule en el nivel contributivo del sistema, no solo por razones de congruencia interna de las normas, sino para evitar vacíos de cobertura.

Junto a esta delimitación primaria caben evidentemente otras.

Por lo que respecta a otros requisitos de acceso a la prestación y a la forma de constatación de la situación de necesidad, resultará crucial evidentemente el umbral económico que se establezca para permitir el acceso, así como los criterios de medición de los recursos computables. Del mismo modo, y en función de los datos censales y registrales disponibles para la Administración, los procedimientos de acreditación pueden ser más o menos exigentes, con una frecuencia o periodicidad de actualización mínima y teniendo en cuenta no solo los recursos imputables a título exclusivamente individual, sino también los que ingrese la unidad básica de convivencia, que puede ser la familia o cualquier otra célula social legalmente establecida, con la posibilidad de incluir normas de valoración patrimonial y no solo estrictamente de renta.

Aun cuando técnicamente no sea más que otro tipo de elemento constitutivo del propio derecho, una mención especial merece la tradicional exigencia de otros factores determinantes como son la nacionalidad o la acreditación de un período mínimo de residencia en el país para poder acceder a la prestación.



Es importante considerar estos elementos porque se convierten en un factor que facilita el control inmediato del número de beneficiarios ante el riesgo cierto de lo que se conoce como “efecto llamada”, con lo que ello supone respecto del impacto presupuestario de la implantación generalizada de este tipo de medidas.

Además, pese al carácter eminentemente territorial que sigue caracterizando el Derecho de la Seguridad Social, no puede obviarse que la mayoría de los países se encuentren integrados en la actualidad en algún tipo de comunidad regional e internacional en la que se suele asegurar la obligación de dispensar una igualdad de tratamiento y la prohibición de discriminación por razones de nacionalidad. En ese sentido, el principio de reciprocidad y la exigencia del carácter legal de la residencia, pueden ser criterios complementarios para la modulación de los efectos finales.

La cuantía de la prestación también admite divergencias de criterio a la hora de su fijación, pues cabe establecer una cuantía única y predefinida con independencia de la existencia o no de otros ingresos concurrentes o una fórmula variable a efectos de conseguir una especie de compensación hasta alcanzar un mínimo común de ingresos.

2.2. Nivel contributivo

El modelo o subsistema contributivo, eje central sin excepción en todos y cada uno de los sistemas nacionales de Seguridad Social, basa su funcionamiento sobre la idea de que el sujeto protegido se encuentra integrado en el sistema antes incluso de manifestarse la situación de necesidad debido al desempeño de una actividad productiva relevante para el sistema de Seguridad Social de la cual, se derivará la obligación de su encuadramiento e integración forzosa en el mismo, erigiéndose por ello en sujeto partícipe y beneficiario, bien de forma directa, bien de modo derivado, a través de sus familiares.

En cuanto a su ámbito subjetivo, en principio limitado a esa condición profesional que se deriva del desempeño de una actividad laboral o económica determinada, lo cierto es que no ha hecho más que expandirse a través de distintas y muy variadas fórmulas, que van desde la integración de otros tipos o modalidades de trabajo, como el que se desarrolla de manera autónoma y por cuenta propia, incluidos los que realizan los responsables de la gestión y dirección ejecutiva de las organizaciones productivas que adoptan formas típicas del derecho



mercantil como son las sociedades de capital, aunque también otras, como pueden ser las de naturaleza cooperativa, hasta la asimilación a este concepto de toda clase de servicio público, incluido el de los representantes de carácter estrictamente político.

Por lo que se refiere al ámbito objetivo de la acción protectora, es también un denominador común la ampliación constante y creciente de su cartera de prestaciones, como muestra no solo la superación generalizada en muchos países de los compromisos mínimos aceptados a nivel mundial a través del Convenio 102 de la OIT, sino por las muestras cada vez más habituales de muy concretos subtipos de prestación. Es decir, de especialidades o submodalidades que podrían ser susceptibles de ser integradas en realidad en alguna categoría superior. Por ejemplo la contingencia de retiro por vejez, en la que es todo un paradigma la jubilación parcial, flexible, anticipada, ordinaria o extraordinaria.

La mecánica de funcionamiento o fisiología de los sistemas también presenta una mayor y creciente complejidad, en ocasiones por razón de la ingente cantidad de recursos económicos y personales que gestiona; y, en otras, como consecuencia de la necesidad de expandir su ámbito de cobertura real ante la constante aparición de situaciones de desprotección. Surgen construcciones como la de la situación de asimilación al alta o encuadramiento, la ficción del reconocimiento de determinados periodos como cotizados a efectos de conseguir la carrera contributiva establecida como mínima o la flexibilización del régimen de compatibilidad de las prestaciones, a efectos de permitir nuevos devengos, bien del propio sistema o bien del desarrollo de algún trabajo o actividad.

Un papel muy relevante juega en este mismo sentido la gran dificultad que representa para la técnica jurídica la necesidad de objetivar y generalizar determinados tipos de mandatos en las normas, como por ejemplo los relativos a la definición del grado de invalidez, sobre todo por las posibilidades que permiten en la actualidad los nuevos sistemas de producción a la hora de ofertar y diseñar nuevos puestos de trabajo acordes con las capacidades y aptitudes residuales. Y lo mismo cabría decir de otras situaciones, como la pluriactividad o el tránsito entre las distintas situaciones de necesidad en que puede encontrarse un mismo trabajador pretendiendo combinar en un momento determinado una sucesión de contingencias, con o sin nuevas altas o bajas por el cambio o el desarrollo de un nuevo trabajo, solo como consecuencia de una especie de evolución natural —trabajo, incapacidad temporal-desempleo-invalidez-jubilación—.



Los requerimientos de sostenibilidad financiera y la necesidad de mantener una separación mínima con el nivel no contributivo del sistema en cuanto a la calidad mínima de las prestaciones, han provocado también una evolución en la significación de la contributividad o principio contributivo coadyuvando, de hecho, a una mayor complejidad en el establecimiento del conjunto de las reglas con las que se determinan las principales pensiones.

En todo caso, y como rasgos propios de este subsistema de Seguridad Social se pueden señalar una serie de características definitorias de su régimen jurídico como son las siguientes:

- a) Es necesario cumplir, como regla general para el acceso y el reconocimiento del derecho, las reglas básicas de formalización de la relación jurídica de Seguridad Social, normalmente a través de lo que se denominan actos de integración y encuadramiento (afiliación, alta y cotización). Estas reglas que serán impuestas con ese mismo carácter generalizado por imperativo de la ley suelen prever también las distintas sanciones ante las diversas clases de incumplimiento. Especial tratamiento se reservar no obstante para las contingencias de origen profesional, para lo cual, técnicas jurídicas de presunción *iuris et iure*, como el alta de oficio o de pleno de derecho, juegan un papel esencial a fin de garantizar una protección efectiva y real de los trabajadores siniestrados.
- b) Las prestaciones deben guardar una relación de proporcionalidad con la entidad y la cuantía de los aportes acumulados. De ahí que se defina al sujeto protegido ante el riesgo que representa la desaparición de la capacidad para trabajar o del propio trabajo, que es lo que ocurre en los casos de jubilación e invalidez o desempleo, respectivamente; y en sentido derivado por causa de muerte, por desaparición de la persona generadora de ingresos en la unidad familiar.
- c) No es necesaria la prueba de la existencia de una situación de necesidad económica real por parte del beneficiario, bastando con que sea tan solo presunta, lo que favorecerá la propia ley a través del reconocimiento de derechos públicos subjetivos perfectos; derechos que normalmente estarán además revestidos de los caracteres de imprescriptibles e irrenunciables. Esto último no evita, ni es en modo alguno incompatible con el Convenio 102 de la OIT que, mediante el establecimiento de topes estrictos de prestación máxima, o la implantación de exigentes normas de incompatibilidad, se puedan reforzar precisamente esas notas de solidaridad, al menos, a nivel interno. En tanto que con los excedentes que pudieran produ-



cirse de los mismos sí se podrá favorecer la existencia de esas reglas de redistribución, aunque solo sea en el seno del propio subsistema y a favor, por tanto, de quienes ya se puedan considerar como parte de sus beneficiarios.

Una última reflexión general sobre la regulación normativa de la Seguridad Social, es la que guarda relación con la necesidad de transmitir una vocación general e indefinida de permanencia en el tiempo, de modo que no quede sometida a constantes vaivenes ni a contradicciones, es decir, y en la medida de lo posible, que sea objeto del menor número de reformas de las que pueden considerarse esenciales o drásticas, a efectos de intentar compatibilizar en todo caso el principio de seguridad jurídica, el respeto de las expectativas legítimas de intereses y de derechos en curso, y los requerimientos de su sostenibilidad financiera, pues solo así se generará la necesaria confianza en todos los actores para su afianzamiento y consolidación.

En ese sentido, cualquier transformación de envergadura deberá prever un régimen transitorio de aplicación lo suficientemente extenso como para no poner en riesgo ni la debida atención de los actuales beneficiarios, ni la de los futuros y próximos acreedores del sistema, más aún si se opta por mantener y mejorar un sistema de reparto preexistente. A esos efectos los estudios actuariales y demográficos deberán establecer los modos para solventar posibles puntos de máxima tensión, como consecuencia de las previsiones de las diferentes ratios que se consideren extremas respecto del número de activos aportantes y de pasivos beneficiarios, muy particularmente respecto de pensiones.

2.3. Nivel complementario libre

Establecidos con el carácter de básicos y principales los dos niveles anteriores, ha de tenerse también en cuenta algunas de las diferentes formas con las que se puede articular la denominada previsión social complementaria o libre, también susceptible de ser valorada como una vía de mejora de las prestaciones de Seguridad Social. Son muchas las formas con las que este objetivo puede conseguirse, desde las que pueden considerarse internas del propio sistema, las completamente externas, pero sobre todo, y también, las que gozan de una cierta naturaleza híbrida.

Entre las formas internas en el sistema pueden situarse todas aquellas modalidades que se encuentren previstas en la propia normativa



general de Seguridad Social y por las que se permita de alguna forma una mejora directa de las prestaciones o el mantenimiento de un determinado nivel de carrera contributiva que pueda considerarse como consolidado ya anteriormente. Son emblemáticas las opciones que se suelen reconocer a los trabajadores autónomos a la hora de elegir las bases sobre las que aportarán y, sobre todo, a los trabajadores que pierden su empleo o su nivel retributivo anterior, estableciéndose la posibilidad, de mantener la carrera de aportes, aunque sea a su propia costa o de mejorarla en última instancia. Esta fórmula puede extenderse a otras situaciones como la afiliación voluntaria que podrían protagonizar los trabajadores en el exterior. Eso sí, habría que evitar la posibilidad de que se consiga una mera conveniencia individual o especulativa.

En la segunda categoría, que se ha denominado como formas completamente externas o ajenas a la Seguridad Social, cabe incluir el amplio abanico de productos de fomento del ahorro a largo plazo que de ordinario oferta el conjunto de las entidades que integran el sector financiero y bancario.

Finalmente, el tercer grupo de formas de complemento se integran por productos híbridos, como es el caso de los denominados planes de pensiones de empleo o vinculados con el empleo. Lo que se intenta en definitiva con estos planes es mejorar el nivel de las pensiones públicas. Técnicamente se constituyen como fondos de capitalización individual vinculados al empleo y son en esencia sistemas de previsión cuyas rentas o productos finales solo se devengarán en función de las propias vicisitudes del trabajo, es decir, su disponibilidad no será absoluta ni mucho menos para el trabajador como si de un producto financiero común se tratara, sino que solo se podrá disfrutar de estas rentas cuando se perfeccionen las situaciones protegidas (jubilación, invalidez permanente o supervivencia familiar).

3. Estructuración interna de los Sistemas

La heterogeneidad y las dimensiones que puede alcanzar cualquier modelo de Seguridad Social, particularmente su subsistema contributivo, provoca normalmente la necesidad al tiempo que la racionalidad de su partición o estructuración interna en torno a distintas fórmulas organizativas que, aunque tienen un carácter netamente administrativo, terminan provocando importantes diferencias tanto en el régimen jurídico de las prestaciones como en la cuantía de estas.



En ese sentido puede decirse que es una regla bastante común entre los sistemas que esas diferencias se traduzcan en forma de coexistencia de distintos regímenes, con base, sobre todo, en una serie de criterios que se repiten.

3.1. Régimen General y Regímenes o Sistemas Especiales

Más allá del rol que debe tener asignado siempre todo régimen general, que en pura técnica jurídica o normativa se ha de erigir como modelo referencial o estándar dotado por tanto de la regulación más completa y por ello mismo con vocación de expansión a efectos de resultar siendo aplicable en todas las situaciones, aunque sea de forma subsidiaria, es ciertamente una regla común en la mayor parte de los sistemas contributivos de Seguridad Social que se contemple la existencia de ciertas modalidades o regímenes jurídicos diferentes, llamados por ello “especiales”.

Dichos regímenes especiales van a estar basados en distintos tipos de motivos o circunstancias, normalmente de carácter subjetivo, objetivo y hasta de pura inercia histórica, en los que se establecerán en definitiva las distintas singularidades de tratamiento, pese a que ello no siempre resulte del todo razonable ni proporcionado. Cabe añadir que la tendencia más actual realmente será la de la reducción de ese número de regímenes especiales.

Ese carácter común del régimen general hará que se encuentre asociado de forma natural, y en todo caso, al más extendido de los perfiles subjetivos de las personas protegidas por esta rama del sistema, es decir, los trabajadores por cuenta ajena contratados en régimen laboral y adscritos a los sectores productivos mayoritarios, en concreto, el de la industria y el de servicios. Por el contrario, y junto al régimen especial de trabajadores autónomos, será habitual que se puedan localizar aún otros tantos regímenes especiales, que van a quedar referidos bien a actividades económicas principales (labores del campo o trabajo agrario), bien al sector primario casi al completo (al incluirse además el mar en su generalidad, así como el trabajo en las minas); y, al colectivo de los funcionarios públicos, ya de forma general, ya incluso más específicamente en función que se trate de servidores pertenecientes a los cuerpos de Policía o de las Fuerzas Armadas.

Los argumentos que se han utilizado históricamente para justificar la



implantación de esta variedad de regímenes son de varios tipos, desde los puramente históricos, con alguna base económica y hasta pragmática como el del coste que representaba una posible absorción dado su déficit de explotación en tanto que ello suponía su equiparación u homogeneización con el régimen general, hasta otros más sustantivos. Fundamentalmente, el de la disparidad de los regímenes laborales aplicables, pues ciertamente muchos de estos regímenes especiales de Seguridad Social han corrido de forma pareja con la existencia de una reglamentación, también especial, en materia de contratación laboral; o de la propia concepción de la prestación de servicios, como en el caso de los funcionarios públicos. Como si dichas diferencias legales, basadas en las distintas condiciones en las que debe desarrollarse el trabajo fuesen un motivo suficiente para dispensar un régimen de protección social también distinto.

3.2. Contingencias comunes y contingencias profesionales

La segmentación entre contingencias comunes y profesionales es otro de los principios clásicos de ordenación de la rama contributiva de los Sistemas de Seguridad Social, pues en el subsistema no contributivo carece de toda relevancia al no existir la necesidad de ningún trabajo. La razón de ser de este nuevo binomio se ha de encontrar no solo en el especial tratamiento que sociológicamente suele anudarse a los daños producidos con ocasión o por consecuencia de un accidente de trabajo, en el sentido de ser merecedores de un especial resarcimiento, sino también en la necesidad de asegurar una protección efectiva del trabajador siniestrado ante ciertos tipos de incumplimiento empresarial.

En efecto, antes del nacimiento de las técnicas de protección con las que hoy se constituye el núcleo esencial de la Seguridad Social contributiva, incluidos sus anteriores seguros sociales obligatorios diferenciados por contingencias, ya las primeras manifestaciones de la legislación social pusieron de manifiesto la necesidad de extender la responsabilidad empresarial sobre todos los daños que podía provocar en la salud de los trabajadores el mero hecho de su integración en el conjunto organizado de medios de producción que representa toda empresa. Surgió así la teoría del riesgo y la consiguiente imputación de una responsabilidad objetiva del empresario en estos casos, en cuanto que titular del establecimiento y, en principio, sin necesidad por tanto de concurrencia ni constatación de culpa o negligencia en su conducta.



Modelos que pueden tener una función primaria basada en la sustitución directa de esa responsabilidad patrimonial en el común de los supuestos; o por llamarla de alguna forma secundaria o subsidiaria, en cuanto que solo operará ante la imposibilidad de su imputación o de que se produzca un resarcimiento efectivo por parte del sujeto al que se ha de tener en todo caso como responsable. Es decir, la Seguridad Social puede actuar socializando desde un primer momento la responsabilidad principal, sustituyendo de forma directa al empresario a través de su cuadro de prestaciones, o esperar en un segundo plano para actuar solo si el empleador, por uno u otro motivo, no lo hiciera. Resultado que se puede producir bien porque se le declare no responsable aunque normalmente en esos casos no deberá existir tampoco accidente de trabajo (vgr. culpa exclusiva del trabajador, caso fortuito, etc.), bien porque resulte insolvente.

Las diferencias entre ambos modelos de construcción son evidentes, no solo por los retrasos y los consiguientes mecanismos de anticipación de las prestaciones que habrán de articularse, sino porque la caja de la Seguridad Social tendrá mayores posibilidades de resarcimiento en uno u otro supuesto. Es cierto también que este segundo modelo podría plantear alguna duda desde la perspectiva de la legitimidad de la exacción de una cuota específica con carácter obligatorio si en realidad la responsabilidad debe predicarse, en todo caso, o solo y exclusivamente respecto de la empresa, pero también lo es que, en oposición, siempre podrá basarse su causa en la existencia de una responsabilidad residual común de la Seguridad Social en supuestos intermedios (vgr. supuesto de inexistencia de culpa empresarial pero a incluir en el concepto legal de accidente si así se define), así como en todos los casos de insolvencia.

Todo ello, por supuesto, dejando al margen otros cuadros de responsabilidades (civiles, administrativas y penales) que además de la propia de Seguridad Social puedan imputársele al empleador cuando concurren incumplimientos graves o muy graves y respecto de toda clase de normas (vgr. relativas a las obligaciones de alta y encuadramiento formal o de cotización efectiva; o de carácter preventivo), si además se estableciese la existencia de una relación causal directa entre los referidos incumplimientos y la producción en sí del accidente o la causación de un mayor daño en la salud e integridad del trabajador.

Se opte por uno u otro modelo, lo habitual en todo caso desde la perspectiva de una regulación general de Seguridad Social será que, además de que se aborde la definición de los distintos tipos de contingencias a través de los diferentes conceptos que las integran, esto es, accidente



de trabajo y enfermedades profesionales (en tanto que derivados de los propios instrumentos internacionales), casi siempre a modo de opuestos a los de naturaleza no laboral o común (entre los que es también habitual distinguir el accidente no laboral del resto de patologías o enfermedades comunes), se establezcan las reglas mínimas e indispensables para garantizar una protección efectiva del trabajador, y de sus familiares, ante este tipo de supuestos. En ese sentido cabe destacar la posibilidad de la implantación de una serie de presunciones legales y sobre todo la exención de concurrencia de un período de contribución mínima anterior a modo de requisito indispensable para el acceso a las prestaciones (carencia cero).

Dichas presunciones pueden tener carácter *iuris tantum*, como la que sirve para calificar como laboral al accidente que acaece en el tiempo y en el lugar de trabajo; pero también naturaleza *iuris et iure*, como la relativa a la consideración de correctamente formalizada en todo caso la relación jurídica de Seguridad Social pese a que pueda producirse mediante un incumplimiento empresarial flagrante (es lo que se conoce como “alta formal de oficio o de pleno derecho”); o para poder derivar el origen último de ciertas contingencias, como la muerte, tras un padecimiento derivado de una enfermedad profesional que así haya sido declarada y reconocida previamente como detonante de una invalidez permanente, lo cual facilita y mejora considerablemente la situación de los beneficiarios derivados.

Otras opciones de diferenciación que pueden considerarse clásicas entre estas dos clases de contingencias, por razón de su naturaleza u origen, suelen fijarse en relación a la obligación exclusiva de su modo de financiación; y, también, sobre el diferente y normalmente más beneficioso sistema de protección que suele dispensarse al sujeto protegido en caso de una contingencia profesional.

Respecto del primer bloque material cabe decir que el aporte deberá recaer evidentemente y de una forma exclusiva y unilateral a cargo del empleador, como único y principal responsable de la creación del riesgo. El importe de la cuota podrá ser único y fijo para toda empresa y por trabajador, o variable según los resultados que puedan indicar distintos tipos de parámetros objetivos como puede ser el índice de peligrosidad que conlleve el tipo de actividad económica y productiva que se desarrolle o el índice concreto de siniestralidad que se presente.

Por lo que respecta al cuadro de la acción protectora y a las formas de cálculo de las prestaciones, suele ser también de lo más habitual que las normas primen el acceso y mejoren las cuantías económicas de las



prestaciones cuando la situación de necesidad derive de un accidente o enfermedad laboral, pues en esos casos se ha de partir de la premisa de que no existe culpa alguna por parte de la víctima. De hecho, el ideal de cobertura en esos casos debiera ser en todo caso asegurar la total indemnidad económica del beneficiario, es decir, que las prestaciones garanticen, como mínimo, el verdadero perjuicio económico causado por el accidente.

Por otra parte, no resulta ya extraño que los sistemas provean mecanismos de reconocimiento de este tipo de contingencias a los trabajadores autónomos o independiente y que se les asocien, además, las mismas reglas comunes que a los asalariados con independencia de la adaptación mínima que sea necesaria. Así, existiría una cotización adicional y específica para cubrir este riesgo, que se definirá en todo caso de manera idéntica para el conjunto de sistema, pero cuya exacción puede ser sin embargo opcional, aunque parece más razonable y congruente que resulte obligatoria; y, sobre todo, se aplicará la regla principal de ausencia de obligación de una carrera contributiva mínima a modo de condición necesaria, pues solo así se evitarán los vacíos de cobertura que frente a los accidentes y determinadas enfermedades se suelen producir entre este colectivo.

3.3. El carácter autónomo de la protección por desempleo

La especialidad inherente a determinados tipos de contingencias y de riesgos sociales, requiere de toda una estructura alternativa de gestión en casi todos los aspectos. Se trata fundamentalmente de la cobertura de la prestación por desempleo o de cese de actividad, es decir, cuando el sujeto protegido pierde involuntariamente el trabajo que poseía, manteniendo no obstante la capacidad y hasta la voluntad de trabajar, que es como normalmente se puede definir esta situación de necesidad.

Entre esas especialidades va a destacar sobremanera la natural vinculación que guardan las denominadas políticas activas de empleo, propias del Derecho del Trabajo, o de las Políticas Económicas de promoción, destinadas a incentivar la creación de empleo y el óptimo funcionamiento del mercado de trabajo con el sistema de Seguridad Social. Un mercado indudablemente complejo y sensible no solo por la necesidad de hacer compatibles cuantitativamente el número de ofertantes y demandantes desde un punto de vista global, sino también por la



necesidad de conciliar intereses que pueden ser generales del entero sistema productivo y, por ende, del propio Estado, con la libertad y el anhelo individual que en forma de derecho a la elección de profesión u oficio debe reconocerse a todos los ciudadanos.

Esta vinculación ineludible conlleva la necesidad de asegurar una gran coordinación entre las políticas de intermediación y colocación, así como con las de formación profesional en sus distintas variables (permanente, ocupacional, continua y hasta reglada), con las de las vicisitudes propias del derecho a la prestación por desempleo, por cuanto que lo habitual en un régimen jurídico estándar en esta materia será que: 1) se considere incompatible el devengo de cantidad alguna con cargo al Sistema si se desempeña cualquier otra actividad de carácter remunerado; conducta fraudulenta que deberá ser objeto de vigilancia y control por parte, normalmente, de la Inspección de Trabajo; y, 2) será política pública la reintegración laboral en el menor tiempo posible, lo que supone el seguimiento del trabajador a efectos de su reinserción y reintegración con toda clase de medidas complementarias.

Otro tipo de singularidades que presenta este tipo de contingencia, y que sin duda pueden coadyuvar a explicar su establecimiento con ese grado de autonomía jurídica y organizativa, incluido también su modo de financiación, es el de su volatilidad entendida como dependencia o sensibilidad respecto del devenir del mercado de trabajo y la coyuntura económica general, no siendo ni mucho menos tan previsible como el resto de las contingencias a través de los cálculos actuariales y los estudios demográficos de población. Así se ha puesto de manifiesto en todos los ciclos económicos y en la unanimidad de los sistemas nacionales, de modo que esa separación institucional ayuda también a otorgarle un marco o predisposición más proclive a ciertos reajustes inmediatos a corto plazo que garanticen en última instancia su sostenibilidad y permanencia.

Asimismo, y partiendo en este caso de uno de los pronunciamientos singulares del orden constitucional actualmente vigente en la República del Ecuador, esta posible subdivisión facilitaría también el tratamiento que va a requerir otra contingencia definida como necesaria y que, aunque distinta en su configuración conceptual, no deja de guardar indudablemente una cierta relación con la del desempleo a modo de concausa. Se trata, evidentemente, de la prestación por cesantía, cuya funcionalidad y régimen jurídico deberá ser no obstante objeto de una importante revisión si no se quiere que sobredimensione en exceso el sistema, no tanto desde el punto de vista de su acción protectora, en cuanto sobreprotección, sino y sobre todo por el más que posible



aumento de los costes de financiación que ello supondría, respecto del propio trabajo en sí y para la competitividad de las empresas.

4. **Ámbito subjetivo de la Seguridad Social: su tendencia a la universalidad**

4.1. **Sujetos protegidos: beneficiarios directos, derivados y asimilados**

Una definición conjunta y única de un sistema de Seguridad Social basado en una configuración mixta, en tanto que cuente con un nivel no contributivo y otro de carácter contributivo, debe ser conceptuada como propia de un Sistema necesariamente universal desde la óptica de su ámbito subjetivo, con independencia de que se les exija a los sujetos protegidos el cumplimiento de determinados requisitos materiales y personales, pues ésta es realmente la significación jurídica que se ha de dar a ese concepto. Esto es, "la de un sistema que no deja desprotegido al ciudadano ante una situación de necesidad y al que le proporciona una prestación económica adecuada, ya sea de naturaleza contributiva o no contributiva".

En esencia, la definición es igualmente predicable respecto del nivel no contributivo y por lo que en realidad resulta extensible a todo el conjunto, pues este basará su funcionamiento sobre un hecho condicional o potencial para todos los ciudadanos, como es la carencia de recursos económicos suficientes para el desenvolvimiento de una vida digna.

Para el nivel contributivo, sin embargo, la definición del ámbito subjetivo de aplicación deberá ser bastante más compleja y rica en matices por varias razones. En primer lugar, porque dentro del ámbito subjetivo se habrán de incorporar distintas categorías de sujetos, en función del papel que desarrolle cada uno de ellos o, mejor, del estatus de obligaciones y derechos con los que aparezca revestido.

Además, el carácter más o menos prolijo de la definición se va a deber también a la necesidad de distinguir entre esos posibles tipos de destinatarios, pues unos tendrán, por así decirlo y por razón del ejercicio efectivo de la actividad profesional que los integra en el sistema, un derecho propio; mientras que otros solo perfeccionarán su acceso a la prestación de una forma indirecta o derivada, fundamentalmente por ser familiares de un sujeto previamente integrado en el sistema por razón de la correspondiente presunción legal de ser dependientes eco-



nómicamente de aquel. Toda vez que si la situación de necesidad es presunta en el caso del beneficiario directo, lo normal es que también lo sea para el de carácter derivado.

De los sujetos anteriormente señalados, cabe la posibilidad de distinguir una tercera subcategoría general con mucho interés desde un punto de vista técnico-jurídico que es la figura del asimilado o equiparado, que posibilita la integración en el Sistema, siempre en su parte contributiva, de aquellos sujetos que sin desarrollar la concreta actividad profesional, por razones de política legislativa, se decide incluirlos. Ejemplos clásicos de esta figura son los que permiten la integración de colectivos completos, como el de los representantes políticos, el clero, los estudiantes o el de cualquier otro en los que falten las notas definitorias de los principales vínculos jurídicos o modalidades de trabajo con las que se define el ámbito subjetivo en los respectivos regímenes.

Asímismo, el abordaje del ámbito subjetivo, entendido como conjunto de definiciones necesarias, se multiplicará a poco que se repare en que existirá uno específico por cada contingencia protegida y por cada Régimen con el que se estructure el sistema. De ahí que el modo con el que se deba solventar esta cuestión sea el de su diferenciación, basando con la utilización de una única y genérica definición para el conjunto y para cada uno de los grandes niveles, además de las que procedan para concretar el verdadero alcance de las mismas en sus últimas manifestaciones.

4.2. Otros factores determinantes de la capacidad: edad, nacionalidad y residencia

En ese mayor nivel conceptual en el que se acaba de situar la definición del ámbito subjetivo, se comprueba sin embargo que suelen ser otras las cualidades personales o subjetivas que, junto con la necesaria condición profesional del sujeto, van a condicionar la posibilidad de su integración o exclusión en el Sistema de Seguridad Social. Estas cualidades que van a operar a modo de factores verdaderamente determinantes de la capacidad están relacionados con la edad, la nacionalidad y la residencia.

En efecto, los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, de conformidad con los principios más básicos del Derecho de Personas, como los que fijan la capacidad jurídica y de obrar, la mayoría de edad, la edad mínima para ser trabajador, o para regentar y ser titular de un es-



establecimiento mercantil, la adquisición de nacionalidad, la prohibición de discriminación; o, por último, en virtud del carácter legal o irregular de la residencia, van a condicionar la capacidad del ciudadano para poder ser considerado sujeto protegido por el respectivo Sistema de Seguridad Social.

En lo referente a la edad, es toda una constante en la regulación del nivel no contributivo la exclusión de los que puedan considerarse en sentido amplio como menores de edad fundamentalmente porque bien a través de las políticas de protección social específicamente diseñadas para la persona menor de edad o la familia, bien a través de los mecanismos de fijación de la renta realmente disponible en la unidad de convivencia, es decir, la renta per capita, que es el módulo que más habitualmente se utiliza para determinar el derecho a la prestación de garantía de rentas o ingresos mínimos, ya se garantiza su inclusión aunque sea de una forma indirecta. En el campo del nivel contributivo, y por razón de la necesaria cualidad de trabajo que le ha de resultar inherente, la edad también condicionará las posibilidades de acceso inicial e incluso final.

Así, la inclusión de los menores de una determinada edad solo se podrá producir en función de lo que tenga establecido el propio derecho nacional a nivel laboral, administrativo, civil o mercantil, pues serán este tipo de normas las que permitirán a la postre el desarrollo de las actividades en que consisten las distintas modalidades de trabajo y de prestación de servicios que se consideran relevantes para la Seguridad Social. Por esa misma razón los límites absolutos sobre edad mínima no tienen por qué coincidir de manera necesaria en todos los Regímenes. Por ejemplo, en el plano internacional se admite la posibilidad de que las personas mayores de 15 años puedan desarrollar un trabajo por cuenta ajena, o incluso con menos edad si se trata de actividades en beneficio del arte, la ciencia o la enseñanza siempre que quede debidamente tutelada su salud y su formación (Convenio núm. 60 OIT). Todo ello, por supuesto, con independencia de que la relación jurídica se establezca por representación necesaria a través de los titulares de patria potestad o de los tutores.

Esa misma normativa material, que deberá ser de obligada referencia en los términos expuestos, es decir, permitiendo modulaciones singulares que se consideren justificadas en materia de Seguridad Social, es la que puede establecer también una edad máxima para la inclusión en el Sistema, como consecuencia por ejemplo del establecimiento de alguna imposibilidad para el desempeño de esas mismas actividades, pudiendo condicionar igualmente tanto la entrada, como la salida, in-



cluida la posibilidad de no reingreso en el subsistema.

La nacionalidad es otro factor que condiciona habitualmente la posibilidad de ser considerado sujeto protegido, muy fundamentalmente porque los Sistemas de Seguridad Social siguen estando dimensionados sobre el elemento de la territorialidad del propio Estado. Si bien, y en sí misma, no la va a limitar tanto como en un principio pudiera llegar a parecer pues normalmente se va a presentar unida a otros elementos que, pese a ser aún más territoriales en sede teórica, la terminarán modulando de manera muy sensible.

Sin embargo, lo definitorio será que la residencia o el lugar donde se desarrolle la actividad profesional coincidan con el territorio del país, más que la ostentación de una determinada nacionalidad. Así, en el nivel no contributivo, y pese a que la condición de nacional pueda ser un elemento privilegiado de acceso, en el sentido de poder exceptuar al sujeto de la necesidad de acreditar un período mínimo de residencia efectiva anterior, lo habitual es que se extienda a todos los ciudadanos que formen parte de la comunidad. Algo que necesariamente conlleva la inclusión de todos los sujetos residentes, incluidos por tanto los ciudadanos extranjeros, con independencia de que adicionalmente se les exija el carácter regular de la estancia y hasta un período mínimo anterior, a efectos de controlar tanto los flujos migratorios en general, como posibles movimientos interesados.

En el campo del nivel contributivo las posibilidades se complicarán exponencialmente a poco que de nuevo se realicen las posibles combinaciones de todos estos elementos, como suele ser norma común además cuando se estudia cualquier instituto jurídico a la luz del Derecho Internacional, tanto público como privado. Y ello, pese a que sea incluso el lugar en el que efectivamente se desarrolle la actividad profesional o económicamente relevante, esto es el elemento definitorio y realmente más decisivo de la «lex loci laboris», pues no dejarán de faltar un sinnúmero de excepciones o de situaciones especiales. Piénsese, por ejemplo, en las opciones de integración de los nacionales que se encuentren en el extranjero, incluso desempeñando una actividad profesional que les permita su inclusión efectiva en el Sistema de ese tercer país, no siendo extraño que se les facilite la posibilidad de realizar aportes adicionales de considerar de interés ese doble encuadramiento.

Junto a este tipo de supuestos destacan otros, como el de los trabajadores fronterizos cuyo lugar de residencia y de trabajo no coinciden, o el de los trabajadores extranjeros que quedan sometidos a una le-



gislación social extraña, como puede ocurrir por ejemplo respecto de aquellos que son desplazados por empresas de otros países o los funcionarios con estatus diplomático o consular, incluidos los adscritos a organismos internacionales.

De todas esas hipótesis, y por su mayor trascendencia cualitativa y cuantitativa, es sin duda la del trabajador extranjero inmigrante, sobre todo si no dispone de título de residencia legalizado, la que ha de plantear la mayor preocupación en todos los sentidos. No en vano, a ella se refieren de modo explícito diversos mandatos del Derecho Internacional del Trabajo, de los que se deben derivar los límites de carácter absoluto o de orden público, como los que se contienen en el Convenio núm. 19 de la OIT, relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo; o en el Convenio núm. 97 de esta misma Organización, en el que se establece la prohibición general de todo trato discriminatorio en materia de Seguridad Social al inmigrante legal.

Las soluciones deben pasar pues por otorgar una serie de derechos mínimos y básicos en función de las políticas nacionales y el Derecho de Extranjería. De todas formas, y a tales efectos, parece indiscutible que dejando a un lado la plena equiparación de quien se encuentre trabajando de manera completamente regular en el país, sea nacional o extranjero, en cuyo caso los aportes al Sistema serán además efectivos y reales, o de que pueda perder determinados complementos de protección si en el momento de su percepción no mantienen la residencia en el país, la tutela frente a los riesgos profesionales ha de quedar plenamente garantizada a todos los trabajadores, extranjeros o nacionales, con residencia legal o irregular, sea a través de la imputación directa de la responsabilidad al empleador infractor, sea mediante su sustitución en caso de insolvencia, con o sin anticipación, por las entidades nacionales de Seguridad Social.

Respecto del acceso a las prestaciones por contingencias comunes en el caso de estos mismos trabajadores sin título legal de residencia, las soluciones pueden variar, y de hecho varían en los distintos sistemas, siendo por lo general más complicado su efectivo disfrute por parte de los extranjeros que de los nacionales, lo que no parece desde luego la solución más justa, ni más acorde a la lógica principal de un Sistema de Seguridad Social. En efecto, en el caso del trabajador informal pero con estatus de nacional, suele ser el mecanismo de la sustitución (la Seguridad Social se subroga en la posición de débito del empresario, en este caso sin anticipación por regla general), la fórmula con la que se provee la solución que, no obstante, no siempre se extiende a todas



las contingencias protegidas, muy especialmente a la de desempleo y menos aún cuando el trabajador no es nacional ni ostenta título de residencia, dando lugar entonces a las peores situaciones posibles, pues se verá incluso impedido para acudir al nivel no contributivo.

Con lo expuesto no se agotan ni mucho menos todos los tratamientos posibles sobre estas cuestiones de nacionalidad y extranjería, pues el elemento de la internacionalidad en el Derecho de la Seguridad Social, pese a su imensionamiento esencialmente nacional como se ha dicho, obliga a tomar en consideración otros muchos elementos, como los que se derivan del principio de reciprocidad, los convenios bilaterales y sobre todo los de naturaleza multilateral, pues como consecuencia de los mismos, lo normal es que se redoblen las obligaciones de trato igual y de prohibición de discriminación.

5. Algunas cuestiones relativas al encuadramiento y al procedimiento de integración

Aunque el concepto de encuadramiento hace referencia en el seno del Derecho de la Seguridad Social a una noción técnica muy precisa, esto es, el conjunto de actos administrativos con los que se formaliza la integración de los sujetos protegidos al Sistema, y con los que se perfeccionan los distintos requisitos de acceso a la acción protectora, con una manifestación última sin duda muy diferente en cada uno de sus niveles (acreditación del estatus de ciudadanía y de residencia en el no contributivo; y correcta formalización del alta y de los sucesivos aportes en el contributivo), interesará destacar ahora no tanto la concreción de sus posibles detalles sino su posible uso como sinónimo de un concepto aún más general: el de las distintas opciones con las que los sujetos pueden realmente conseguir acceder al sistema o quedar integrados en él, en orden a destacar sobre todo la trascendencia de ciertas cuestiones que habrán de servir de base en la nueva regulación.

De hecho, se ha de partir en todo caso del carácter meramente declarativo que tienen en realidad los llamados actos formales de encuadramiento, pese a la innegable trascendencia que siempre supondrá su materialización en relación a la prueba de ciertos hechos, así como para evitar las sanciones que se fijen por su incumplimiento. Y es que tal y como ya se ha puesto de manifiesto, existen suficientes técnicas jurídicas en la legislación de Seguridad Social como para poder salvar los efectos de su eventual ausencia, sobre todo en el nivel contributivo, como el que representa el mecanismo de la fictio legis del alta de oficio



en las situaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad laboral; o, también, el de la imputación de la responsabilidad patrimonial en orden al pago efectivo de las prestaciones económicas, cuando el sujeto obligado resulte infractor. Lo que da una medida real de la significación del carácter protector que tiene un verdadero sistema público de Seguridad Social, en oposición al funcionamiento de cualquier elemento privado de aseguramiento.

La idea principal a transmitir ahora es pues otra, la de si el encuadramiento en la Seguridad Social, o modo de integración si se prefiere, pueden ser único o plural, completo o parcial, y en todo caso, obligatorio o voluntario.

5.1. Carácter obligatorio y voluntario

Comenzando por la última dicotomía enunciada, es claro que se ha de afirmar que con carácter general la adscripción a la Seguridad Social ha de ser obligatoria, y revestida además con todas las consecuencias jurídicas de un deber público, es decir, no disponible por el sujeto protegido. Sin embargo, que el conjunto de estas obligaciones sean de necesaria observancia no ha entenderse necesariamente reñido con la posibilidad y el reconocimiento de ciertas parcelas a la autodeterminación individual. Suele ocurrir, por ejemplo, siempre en el ámbito de lo contributivo y respecto de determinadas contingencias y regímenes, pues en lo no contributivo tal posibilidad de opción resulta poco menos que absurda.

Así ocurre, por ejemplo, en el supuesto de los trabajadores autónomos y respecto de la protección por riesgos profesionales, en los que el reconocimiento de este margen de optatividad no resulta para nada extraño. Su base argumentativa puede encontrarse en la decisión de no incrementar los costes de funcionamiento con una mayor presión tributaria, pero también, en el tradicional recelo que levanta este régimen especial respecto de la innegable dificultad que supone para controlar la veracidad de los hechos, en tanto que deben ser tramitados por los propios sujetos a proteger. Algo análogo puede localizarse también en el régimen más general de los trabajadores por cuenta ajena, en el que cabe distinguir la existencia de una serie de supuestos en los que la permanencia del encuadramiento queda de alguna manera a la libre discrecionalidad del propio trabajador afectado.

En estos casos se suele utilizar además alguna denominación técnica



para la figura que evoque el carácter opcional o voluntario de la decisión, como la de convenio o convenio especial, que permite por ejemplo la realización de aportes por quien ya no cumple con los requisitos esenciales que dan acceso al sistema, manteniendo un cierto vínculo con el mismo. Una situación que puede preverse para el caso en el que el trabajador haya dejado de estar en activo, piénsese por ejemplo en aquellos desempleados que se hayan quedado completamente desligados del sistema, es decir, tras agotar las prestaciones por desempleo, y les interese no obstante el mantenimiento de la carrera contributiva por tener próxima la jubilación; o porque no realizan su actividad profesional en el país, como sería el caso de trabajadores emigrantes en el exterior.

5.2. Integración a tiempo completo o a tiempo parcial

La mención al encuadramiento parcial o completo del sujeto protegido debe servir ahora para poner de manifiesto otro de los problemas endémicos que aquejan a algunos de los sistemas más tradicionales de Seguridad Social, en cuanto han sido diseñados sobre la base de la relación de empleo más clásica: la de dedicación a tiempo completo.

Al respecto cabe precisar que la parcialidad no va a estar de ningún modo referida ahora a la posibilidad de la exclusión singular de determinadas prestaciones, ni tampoco a afectar al concepto técnico de encuadramiento, en cuanto que este habrá de ser pleno en todo caso aunque el trabajo o la actividad que se desarrolle por el sujeto tengan esa dedicación menor o parcial.

La verdadera trascendencia de este elemento, de nuevo un problema exclusivo de los sistemas contributivos, se producirá por la falta de sintonía que no pocas veces se visualiza entre las normas que rigen la cotización y las propias de la acción protectora. Esto se produce porque el diseño de las primeras se va a realizar sobre la base de un tipo de trabajo que no siempre va a coincidir con el que después se podrá desarrollar en el mercado de trabajo. Tratándose de las pensiones nucleares de jubilación, invalidez y muerte, aunque estos problemas se pueden reproducir también en las prestaciones de más corta duración, sus consecuencias se notarán cuando no se distinga adecuadamente entre el número de horas efectivamente trabajadas y cotizadas; y se podrán producir distorsiones absolutamente desproporcionadas como la de exigir a un trabajador a tiempo parcial, más años completos de tarea que de vida activa o hasta de vida biológica en algún caso extremo.



Así, si el trabajo representa por ejemplo un 25 por ciento de la jornada comparable, y el período de contributividad se fijara en 25 años de aportes, ello supondría la necesidad de trabajar 100 años con ese régimen de dedicación para poder completar la misma proporción de un trabajador a tiempo completo, salvo que se introdujeran los correspondientes elementos de ponderación que pueden pasar por la aplicación de una regla de proporcionalidad estricta (*pro rata temporis*), devengándose una pensión equivalente al mismo porcentaje que el de dedicación, sin perjuicio de que se realice el debido promedio en caso de variación en las cuantías de las dedicaciones acumuladas; o bien, el otorgamiento de un porcentaje de prestación mayor a través de la específica bonificación que se determine.

Parece en cualquier caso que todos estos elementos deben ser debidamente sopesados, máxime, si al mismo tiempo se establecen otra clase de medidas que pueden tener una gran influencia en la cuenta de resultados global del Sistema, como la que representa el establecimiento de alguna clase de pensión mínima garantizada para cualquier tipo de sujeto que acceda a cada concreto tipo de prestación.

5.3. Encuadramiento único o plural

Con esta última distinción quiere hacerse referencia a la posibilidad de que un sujeto pueda resultar obligado a su encuadramiento en el sistema de Seguridad Social, en su parte contributiva, por varias vías. Técnicamente se habla de pluriempleo o pluriactividad, según se trate de un supuesto de más de un trabajo de los que dan origen a su integración en un mismo régimen, o de distintas actividades profesionales de las que obligan a pertenecer a dos o más regímenes distintos. Se trata por tanto, de una realidad que se ha de localizar en cualquier sociedad en la que no existan limitaciones al desempeño de diversas actividades o empleos.

Las cuestiones que se plantean desde un punto de vista técnico y práctico serán múltiples en estos casos, pues las combinaciones de los distintos elementos en juego son extraordinarias. Piénsese por ejemplo en un sujeto que puede desarrollar tareas que le hagan incorporarse al sistema como trabajador por cuenta ajena y también actividades autónomas.







La financiación del Sistema de Seguridad Social

1. Introducción

La financiación de la Seguridad Social, esto es, los recursos de que se nutre para el desarrollo de su función así como el destino y las formas de aplicación del gasto, constituye una de las cuestiones fundamentales sobre las que se apoya la construcción de cualquier sistema de Seguridad Social.

Aunque es cierto que el campo de aplicación subjetiva y la acción protectora son los elementos centrales de todo sistema de Seguridad Social, también es indudable que la financiación constituye un elemento instrumental, ya que sin una estructura adecuada de obtención de los recursos (esto es con fuentes de financiación suficientes ya sea derivada de los impuestos generales como de las cotizaciones o aportes profesionales) y de las decisiones de gasto y de su gestión, dichos sistemas no podrían materializarse ni cumplir sus finalidades.

La dimensión económica constituye, pues, un dato absolutamente esencial de todo sistema de Seguridad Social. En consecuencia, el cumplimiento del deber y de la responsabilidad del Estado de garantizar y hacer efectivo el derecho a la Seguridad Social exige contar con un sólido y viable sistema de financiación pública, si bien el modo de garantizar este objetivo de viabilidad financiera puede variar en atención a los diferentes ordenamientos y en función de diversos condicionantes de distinta índole, siendo el de esencial importancia el factor económico.

En efecto, la implantación, el desarrollo y el mantenimiento de un sistema de Seguridad Social, así como el tipo, alcance y calidad de sus



prestaciones está condicionado por una serie de circunstancias económicas como, entre otras, el grado de industrialización de un país y de innovación tecnológica, los caracteres específicos de su sistema productivo, la mayor o menor importancia de determinados sectores económicos y el nivel de empleo, el porcentaje de población activa, la tasa de desempleo, el volumen de la economía informal, los niveles salariales, la tasa de inflación y de crecimiento del salario, la productividad o el rendimiento empresarial; o, en fin, el volumen y perspectivas de evolución del Producto Interior Bruto y del gasto público.

La financiación de todo sistema de Seguridad Social en momentos de desarrollo económico y prosperidad no presenta problemas, puesto que existe un nivel de empleo y de productividad elevados, con altos niveles salariales y una correlativa tasa de beneficio empresarial, que hace que las situaciones de necesidad económica disminuyan en intensidad y número y que por tanto los costos del sistema sean menores. Por el contrario, la financiación de la Seguridad Social se presenta especialmente problemática en momentos de crisis económica, que acarrea una reducción de la tasa de empleo y del número de cotizantes en relación con los sujetos pasivos que reciben prestaciones, además de resistencias ante las cargas sociales por parte de los empresarios y del incremento del número de personas necesitadas de protección; lo que desemboca, finalmente, en una situación de déficit si se quiere mantener la cantidad y la calidad de prestaciones.

Por otra parte, ya sea en épocas de bonanza o en momentos de crisis económica, la propia naturaleza y evolución de los sistemas de Seguridad Social y de la sociedad en la que actúa también tienen una repercusión de relevancia en sus costos. Factores como el envejecimiento de la población y el incremento de la esperanza de vida afectan al equilibrio del pacto intergeneracional en el que se funda todo sistema de Seguridad Social, al incrementar vertiginosamente el coste de las pensiones y al reducirse el número de activos que deberán financiar esas pensiones.

Por último, los defectos y deficiencias en la gestión económica de la Seguridad Social que se pueden presentar en algunos sistemas acarreado derroches económicos, impacta sobre el estado general de la financiación de dichos sistemas.

En todo caso, debe recordarse que la Seguridad Social es un instrumento de protección frente a la inseguridad económica que se basa, entre otros, en el principio de solidaridad colectiva. Por lo que el alcance y forma en que la Seguridad Social realice dicho principio tie-



ne una importante repercusión económica debido a la consecuencia inevitable de la solidaridad que es la orientación a la eliminación de la desigualdad material por medio del mecanismo de la redistribución de rentas; haciendo que, quienes obtengan ingresos más altos, deban participar en mayor grado a subvenir a las necesidades de los colectivos con menos rentas o incluso carentes de ellas.

La Seguridad Social es así un instrumento puesto en las manos del Estado para, también mediante su política financiera y presupuestaria, conseguir ese objetivo de la igualdad material. Al margen de que el gasto en Seguridad Social puede cumplir, además de su función de amortiguador de los conflictos sociales, un papel económico de sostenimiento de la demanda de consumo, elevando el nivel sanitario de la población, apoyando determinados sectores de actividad o, finalmente, garantizando los ingresos mínimos de unidades familiares carentes de ellos.

2. Modelos de organización de los ingresos, principios y funciones de la financiación de la Seguridad Social

En la medida en que un sistema de Seguridad Social es responsabilidad de los poderes públicos, es lógico que la financiación sea igualmente pública y a cargo del Estado. Esto no significa que tenga que ser necesariamente el Estado el único responsable de sufragar todos los gastos de Seguridad Social a través de la financiación pública derivada de la recaudación fiscal general. Esta puede ser, sin duda, una opción política asumiendo el Estado la totalidad del gasto de Seguridad Social y financiándola mediante las pertinentes dotaciones presupuestarias anuales. Otra opción diferente puede ser la de establecer una financiación del sistema basada en las aportaciones o cotizaciones versadas por los empresarios y trabajadores, aportes afectados al gasto de Seguridad Social de la que se exige, en contrapartida, un equilibrio financiero entre ingresos y gastos.

En el análisis de los sistemas de financiación de la Seguridad Social, se pueden, pues, diferenciar dos alternativas: un sistema de Seguridad Social financiado con cargo exclusivamente a impuestos o una financiación con cargo a cotizaciones. Aunque hay que añadir, y se repetirá frecuentemente, que en la actualidad no existen modelos puros de financiación con cargo a impuestos o cotizaciones, aunque así sucediera en los tiempos en los que surgieron los sistemas de protección



social y se ensayaron diversas formas de financiación. De manera que, en cualquier sistema de Seguridad Social, se aprecia una confluencia de formas de financiación que concurren dentro del mismo sistema, en razón de la naturaleza, el tipo o el nivel de prestaciones.

2.1. La financiación con cargo a impuestos

La financiación de la Seguridad Social se puede producir solo a través de aportaciones públicas derivadas de impuestos principalmente. En este caso, la totalidad del gasto público en Seguridad Social deberá financiarse con los ingresos generales del Estado, dependiendo en consecuencia de las dotaciones que se hagan anualmente.

Mediante esta financiación se consigue que el conjunto de la población financie con sus impuestos todos los gastos de Seguridad Social, produciéndose indudablemente un efecto redistribuidor de las rentas de carácter general, en el sentido de que dicha redistribución se produce de los activos a los inactivos pero también de los que tienen más rentas a los que tienen menos o carecen de ellas.

La financiación con cargo a impuestos que es la que se utiliza básicamente, aunque en su forma pura solo en sus orígenes, en los modelos de Seguridad Social llamados anglosajones o beveridgeanos y también en el modelo nórdico, presenta determinadas ventajas. En primer lugar, implica inevitablemente la aplicación del principio de universalidad de cobertura ya que, la financiación por toda la colectividad hace inevitablemente potencial sujeto beneficiario a todos los miembros de la colectividad misma.

Además, se trata de un sistema de Seguridad Social orientado esencialmente a la tutela de las situaciones de necesidad económica real ya que, en la medida en que esa financiación corre a cargo de todos los ciudadanos, parece lógico limitar la tutela solo a las situaciones de necesidad real; si bien con independencia de si el sujeto protegido ha desarrollado o no una actividad profesional, si reúne o no un período mínimo de cotización y de si ha contribuido o no previamente a la financiación del sistema mismo, puesto que lo relevante es la situación real de pobreza.

Asimismo, la acción protectora está más perfeccionada y es más garantista por la aplicación del principio de automaticidad conforme al cual es el Estado el responsable de garantizar el disfrute de la prestación.



Finalmente y haciendo referencia a efectos externos al sistema, la financiación con cargo a impuestos tiene la ventaja de no significar, como las cotizaciones, un impuesto sobre el empleo al incrementar los costes laborales.

Pero la financiación con cargo a impuestos también presenta inconvenientes. La financiación impositiva, para cumplir su función redistribuidora, ha de basarse en un sistema fiscal que sea a su vez progresivo y acorde con la diferente capacidad económica de cada ciudadano, basado preferentemente en impuestos directos sobre los ingresos y no tanto indirectos o sobre el consumo y dotado de una organización y de un procedimiento recaudatorio ágil y eficaz. De no ser así, no operará la redistribución necesaria ni la solidaridad colectiva funcionará, salvo de forma limitada, lo que tendrá una negativa repercusión en la cuantía y calidad de las prestaciones del sistema de Seguridad Social.

Además, el carácter presupuestario de los recursos asignados al sistema de Seguridad Social a través de este modelo de financiación los hace enormemente dependientes de las decisiones políticas que se traslucen en el reparto del presupuesto público entre las diversas partidas de gastos. Como también depende de la decisión política la fijación del umbral de pobreza o el establecimiento de la cuantía de la prestación de garantía de mínimos de subsistencia.

De igual forma, las prestaciones de un sistema así financiado no cumplen ninguna función de sustitución de rentas anteriores, ya que las prestaciones que se generan en aplicación de este modelo de financiación actúan como rentas de subsistencia y, en consecuencia, son de cuantía uniforme y garantes de un mínimo, pero no son rentas de sustitución de ingresos o salarios previos a la materialización de la contingencia pues lo que pretenden compensar es la carencia de recursos. La Seguridad Social así financiada deriva inevitablemente en una Seguridad Social de mínimos de la que no obtienen ninguna compensación quienes han contribuido en mayor medida a sostenerla.

Por último, la financiación con cargo a impuestos significa una mayor presión fiscal lo que puede acarrear dificultades políticas de aplicación y, en estrecha vinculación, resistencias de la colectividad de ciudadanos obligados a contribuir.



2.2. La financiación con cargo a cotizaciones

La otra alternativa financiera de la Seguridad Social es la financiación, considerada aquí como exclusiva, con cargo a cotizaciones. Se trata de la manera clásica de financiar las prestaciones de Seguridad Social de los modelos llamados continentales o de tipo bismarckiano, debido a la connotación estrictamente laboral de su sistema de Seguros Sociales, luego transformados en Seguridad Social.

Dado que el referente protector es el ciudadano económicamente activo, la financiación de sus prestaciones se entiende que debe provenir esencialmente de empleadores y trabajadores a través de las llamadas cotizaciones o aportes, lo cual supone una solidaridad exclusivamente laboral y no general.

En un sistema puro de Seguridad Social de tipo contributivo se emplea, pues, una fórmula de financiación basada exclusivamente en las cotizaciones de empleadores y trabajadores, cuyo origen se encuentra en los seguros privados y de los que importan algunas de sus lógicas de funcionamiento.

En este modelo de financiación se establece la obligatoriedad del aseguramiento, se calcula la cotización sobre el salario o los ingresos, conformada con la aportación obrera y la aportación empleadora, y que es la que genera el derecho a la prestación, de manera que este se causará si ha existido una determinada cotización y en una concreta cuantía, calculándose las prestaciones sobre el monto de las cotizaciones previas. Las prestaciones actúan, pues, como rentas de sustitución.

El sistema de financiación con cargo a cotizaciones también tiene ventajas como la perfecta adaptación a los sistemas de tipo profesional puesto que las contribuciones previas se realizan en función de los salarios o ingresos derivados de la actividad productiva, con lo cual se mejora el control sobre el cumplimiento de la obligación de contribuir.

Otra ventaja de este sistema es que se garantizan derechos de prestación que se corresponden con las cotizaciones abonadas, estableciéndose una lógica legitimante del derecho a la tutela que se basa en la conexión causal entre cotización y prestaciones. Así, el derecho a la prestación, además de ser un derecho fundamental, se apoya en un principio de retribución proporcional a los esfuerzos contributivos previos que determina la posición activa del sujeto configurándola como un derecho subjetivo a la prestación.



Además, las prestaciones otorgadas cumplen un eficaz papel de sustitución de ingresos garantizando cuantías que serán siempre superiores a los mínimos de subsistencia. Y, finalmente se asegura una asignación directa de los recursos a la Seguridad Social, declarando su intangibilidad para otros fines, lo que permite garantizar de mejor manera la viabilidad, la suficiencia y la estabilidad económica del sistema de protección.

En cuanto a las desventajas que presenta la opción de financiación a través de cotizaciones, se pueden destacar las siguientes. En primer lugar, la limitación de su campo de aplicación subjetiva ya que, debido a su carácter laboral, los sujetos protegidos quedan limitados a los ciudadanos activos; en consecuencia, los modelos contributivos financiados con cargo a cotizaciones no concretan el principio de la universalidad de protección, puesto que limita el campo de aplicación subjetiva a quienes contribuyen económicamente al sistema por desempeñar una actividad económica.

En concordancia con lo anterior, es un tipo de financiación que aplica un efecto redistributivo limitado ya que, basado en el principio de contributividad, se caracteriza por sus reducidas dosis de solidaridad con un efecto limitado a la de tipo laboral.

Por otra parte, constituye también un gravamen para las empresas, particularmente para aquellas que hacen un uso más intensivo de la fuerza de trabajo ya que al gravar los salarios, incrementa de forma directa los costes salariales.

Por último, la exigencia de suficiencia y equilibrio financiero constituye un principio que hace depender las prestaciones del volumen de los ingresos obtenidos mediante las cotizaciones, lo que a su vez implica la sujeción de aquellas a estos últimos, ya sea reduciendo cuantías, ampliando requisitos para las prestaciones futuras o congelando la cuantías de las prestaciones ya generadas.

2.3. Una financiación mixta para un sistema mixto de Seguridad Social

En realidad y en los momentos actuales, la financiación de los sistemas de Seguridad Social se hace de una forma mixta, esto es, tanto a cargo de impuestos como de cotizaciones, correspondiendo al carácter igualmente mixto habitual de los propios sistemas que dotados inicial-



mente, como ha sido en la mayoría de los casos, exclusivamente de un nivel contributivo financiado normalmente por las cotizaciones, para corregir su déficit de universalidad y falta de aplicación general, han añadido un nivel no contributivo, también tradicional y lógicamente financiado solo por los impuestos.

De forma que cada bloque prestacional reclama una financiación separada, en razón de la función social que cada uno cumple, conformando el conjunto o la suma de ambos un sistema de Seguridad Social polivalente que, a la vez que atiende situaciones reales de necesidad económica, proporciona a los activos prestaciones suficientes de sustitución de sus ingresos previos. La coexistencia por tanto de las dos grandes vías de financiación es la mejor garantía tanto de la atención universal frente a situaciones de necesidad, como de una mejor aplicación de los fondos públicos destinados a financiar el sistema.

El carácter mixto de la financiación permite recurrir a la financiación impositiva que es útil y adecuada para afrontar los costes de la protección social no contributiva, es decir, de aquella que tutela las situaciones reales de necesidad en la que pudieran encontrarse los ciudadanos. Esto es así en la medida en que es perfectamente razonable que sean el conjunto de los ciudadanos, en función de su nivel de renta, quienes financien el coste de esa garantía de un mínimo de subsistencia para quienes carecen de él.

En resumen, la financiación impositiva es adecuada para costear las prestaciones no contributivas que son la manifestación más directa de esa solidaridad. Por su parte, la financiación a cargo de las cotizaciones, en la medida en que el principio contributivo establece una conexión de proporcionalidad entre ingresos, cotizaciones y prestaciones, es la adecuada para garantizar la sustitución de las rentas de activo y, por tanto es lógico que la carga de financiar estas prestaciones recaiga sobre quienes habrán de beneficiarse de ellas.

Las dos formas simultáneas de financiación del sistema de Seguridad Social van a permitir, la existencia de un nivel no contributivo con cargo a impuestos. Lo que obliga a realizar los cálculos necesarios acerca del posible coste de estas prestaciones (tanto en lo que hace a su cuantía como a su propia gestión), relacionándolo con el volumen de ingresos del Estado y decidiendo en cada caso el porcentaje del gasto público dedicado a ello.

Al tratarse de una financiación impositiva general y de una prestación de garantía de recursos de subsistencia, es obvio que el Estado podrá



determinar, con un amplio margen de discrecionalidad, tanto lo que deba considerarse el umbral de la pobreza que justifica la prestación, el referente individual o familiar para medir la situación de necesidad, la cuantía de la prestación y los requisitos exigidos para acceder a ella que pueden ser limitativos por edad, discapacidad u otra circunstancia, restringiendo su campo de aplicación.

La mayor ductilidad de la financiación con cargo a impuestos contrasta con la rigidez relativa de la financiación con cargo a cotizaciones. El coste total de las prestaciones contributivas, incluyendo los gastos de gestión, quedan determinados por el volumen de los ingresos por cotizaciones, de forma que, en principio, no es posible un gasto superior en prestaciones de lo que se ingresa en concepto de cotizaciones. En consecuencia, en este tipo de financiación es clave determinar la cuantía de la cotización a imponer, sobre la base de un horizonte prestacional de años, para que la financiación de las prestaciones contributivas sea posible sin implicar ningún déficit para el sistema conforme a las exigencias estrictas del equilibrio financiero.

En caso contrario, la financiación contributiva exige inevitablemente correcciones de las reglas que establecen los requisitos del derecho a las prestaciones con la finalidad de ajustar el gasto a los ingresos. Lo que normalmente significará una reducción de su coste global ya sea por la exigencia de requisitos más rigurosos (alta, período de carencia, fundamentalmente) para tener derecho a la prestación, ya sea por la reducción de su cuantía o de su duración. En todo caso, una adecuada previsión y planificación de los costes, unida a la introducción de mecanismos ágiles de ajuste de los mismos, es un procedimiento indispensable para garantizar la estabilidad financiera del sistema y su sostenibilidad.

En todo caso, es claro que el Estado podrá, si así se decide políticamente, realizar aportaciones a la financiación del nivel contributivo derivándolas de la imposición general y haciendo que el conjunto de los ciudadanos soporten financieramente al menos una parte del coste de las prestaciones contributivas que, por definición, solo benefician a quienes han desarrollado una actividad laboral suficientemente extensa. Se trata de una iniciativa que, además de sobrecargar la parte del presupuesto destinada a la Seguridad Social al añadirse a coste de las prestaciones no contributivas, tiene una consecuencia que puede calificarse de solidaridad inversa según la cual son todos los ciudadanos los que financian prestaciones por encima el nivel mínimo de subsistencia, de las que pueden disfrutar solo algunos de ellos.



Solo en situaciones de extrema dificultad financiera de la parte contributiva del sistema y siempre con carácter excepcional y transitorio, o frente al coste de prestaciones peculiares como el desempleo que pueden tener su propia lógica, su propia financiación y su singular conexión con las políticas activas de empleo, puede justificarse que el Estado destine recursos para este nivel.

2.4. Ejemplos de financiación separada con cargo a cotizaciones

Dentro del nivel contributivo se suelen ubicar dos grupos de prestaciones que, debido a su fundamento y a su función concreta, pueden demandar, no obstante financiarse como las demás con cargo a cotizaciones, un tratamiento separado.

De una parte, la financiación de las prestaciones derivadas de riesgos profesionales. Se trata de un tipo de protección asentada en los sistemas de Seguridad Social como un grupo prestacional diferenciado en la medida en que transforma en una prestación pública, mediante la obligatoriedad del aseguramiento y la carga de financiación de forma exclusiva para el empleador, lo que, en el fondo, no es sino una responsabilidad empresarial tasada en su cuantía como contrapartida a la objetivación de la responsabilidad en el terreno de la protección reparadora o indemnizatoria de las secuelas de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales.

Si las prestaciones derivadas de riesgos profesionales atienden a la responsabilidad del empleador es lógico que sea en exclusiva este quien financie el coste de esas prestaciones, debiendo adecuarse la cotización a la incidencia de esos accidentes y enfermedades tanto por sectores como, incluso, por empresas. En ese sentido, debe procurarse una financiación equilibrada que evite la producción de déficits que deban ser cubiertos por el resto del sistema ya que, en este caso, se estaría produciendo una socialización del coste de las responsabilidades empresariales en cuanto a los accidentes de trabajo, siendo lógica solo, si acaso, una socialización limitada de dicho coste entre los propios empleadores.

En consecuencia, existen sistemas de Seguridad Social que separan la financiación de estas prestaciones de las del resto del nivel contributivo, fijándose la aportación del empleador en razón de los costes previstos de dichas prestaciones. Es cierto que esto incrementa los gastos



sociales de las empresas pero también es verdad que las defiende, por el traslado de la responsabilidad a la Seguridad Social, de las demandas de indemnización presentadas por los trabajadores; mucho más si se aplica el principio de indemnidad en el sentido de que, con el aseguramiento público, la empresa se descarga de toda responsabilidad derivándola hacia el sistema de Seguridad Social, entendiéndose que las prestaciones públicas cubren suficientemente el alcance de la responsabilidad establecida.

Otro ejemplo es la financiación de la prestación por desempleo. Dicha prestación está ubicada en las lindes del sistema y con evidentes puentes de conexión con otras políticas sociales como las políticas activas de empleo. Su coste está sometido a condicionantes económicos inmediatos que se manifiestan de forma mucho más agresiva por su potencial volumen de gasto y, sobre todo, por la coyuntura económica y el volumen de empleo del país. Por ello, esta prestación puede requerir un tipo de financiación muy controlada, estrechamente dependiente de las proyecciones de ocupación, y en consecuencia, separada de las demás prestaciones del sistema de Seguridad Social, como una manera de controlar el gasto evitando que su irregularidad y aparición cíclica comprometa la estabilidad financiera del conjunto del sistema.

De forma que, en algunos casos, la financiación de las prestaciones por desempleo, de carácter estrictamente laboral y por tanto a cargo de cotizaciones y de naturaleza contributiva, puede, y es lógico que esté, suplementada por recursos públicos generales para hacer frente a situaciones excepcionales o de alta intensidad prestacional. Lo que, además, se trata de una opción que no resulta contradictoria con la propia función de la prestación dirigida a dar cobertura a quienes se encuentren en la situación típica de necesidad derivada de la pérdida de recursos, esto es, una contingencia inmediata que puede afectar a un gran número de personas con repercusiones directas, si alcanza un alto volumen, sobre la demanda de consumo o sobre la conflictividad social.

3. Sistemas de organización del gasto: sistema de reparto y sistema de capitalización

En la vertiente del gasto y, en concreto, atendiendo a la finalidad que se imponga a determinados recursos, se pueden diferenciar tres opciones teóricas. En primer lugar, se puede optar por que los recursos del sistema se destinen a financiar el conjunto de las prestaciones y demás



gastos que genere el sistema de Seguridad Social, sin prever reglas de reparto al respecto; lo que, en consecuencia, produce una indiferencia de la fuente de financiación de las distintas prestaciones y la imposibilidad de identificar qué recursos se destinan a financiar los diversos gastos.

También se puede elegir, en virtud de la aplicación máxima del principio de separación de las fuentes de financiación, una separación neta entre las fuentes de financiación, de manera que las cotizaciones se destinen a financiar solo las prestaciones de carácter contributivo mientras que las prestaciones no contributivas se financiarían por impuestos.

Finalmente, se puede optar por la separación de las fuentes de financiación pero con matices, apostándose no por una separación neta y tajante, sino por una aplicación relativizada del principio de separación de las fuentes de financiación, que permita que determinadas prestaciones puedan ser financiadas indistintamente por una u otra vía de financiación, si bien con el predominio de una de ellas.

Las dos primeras opciones en sus manifestaciones puras o plenas no serían aconsejables pues presentan serios inconvenientes. La primera de las opciones planteadas lesionaría el principio de transparencia y, asimismo, colisionaría con la lógica que subyace en los modelos de financiación de los sistemas de Seguridad Social, sobre todo con las ventajas que presentan cada uno de ellos.

La opción segunda, con una rígida separación financiera, nos conduce a un sistema diversificado de financiación y no unificado y atentaría contra el principio de solidaridad, básico en los sistemas de Seguridad Social, pudiendo asimismo afectar a algunos principios técnicos del sistema financiero de la Seguridad Social y provocar desajustes.

Por estas razones, parece que la tercera de las opciones presentadas, que permite la introducción de reglas de flexibilización en la aplicación del principio de separación de las fuentes de financiación, es la que se presenta más adecuada.

En lo que respecta a los sistemas de organización del gasto en Seguridad Social, se diferencian dos grandes sistemas: por un lado, el sistema basado en el principio de reparto que consiste en el establecimiento de una solidaridad entre generaciones, de manera que cada año se pagan las prestaciones que correspondan a las contingencias materializadas en dicho período de tiempo y con cargo a los recursos financieros existentes en ese momento. Es decir, cada generación en activo asume los



gastos y cargas económicas de las generaciones precedentes ya inactivas. En este sistema los ingresos que recibe el sistema no se emplean para sufragar las situaciones de necesidad que se presenten en un futuro sino que se emplean en el abono de las pensiones y prestaciones de los sujetos que en la actualidad están en situación de necesidad. De esta forma, las necesidades sociales actuales son cubiertas por las disponibilidades económicas actuales del sistema.

En este sistema de organización financiera se produce una coincidencia de los ingresos y gastos, lo que se traduce en la aparición de posibles situaciones de déficit (en los supuestos en los que el gasto supere a los ingresos) o de superávit (cuando los ingresos superen a los gastos), si bien es cierto que, desde un punto de vista teórico, el sistema de reparto exige la afectación de todos los fondos necesarios a dichas prestaciones, con lo que el resultado sería un presupuesto técnicamente equilibrado.

Este modelo se presenta más ajustado al principio de solidaridad intergeneracional y a la exigencia de justicia social distributiva que se encuentra en las bases de los sistemas de Seguridad Social. Dicho proceso de solidaridad intergeneracional permite anular los efectos nocivos de la inflación y elimina el proceso de acumulación, que es costoso e incierto, para obtener derecho a las prestaciones del sistema. Pero también es cierto que este sistema puede presentar incertidumbres de cara al futuro pues los cotizantes actuales no tienen seguridad plena de la solvencia futura del sistema al fundarse en un pacto intergeneracional avalado por el Estado. Por otra parte, son los ingresos actuales los que determinan el valor de las prestaciones salvo situaciones de déficits que pudieran ser asumidas.

Por otro lado está el sistema basado en el principio de capitalización, en virtud del cual las aportaciones de quienes están en activo se individualizan y se capitalizan, recibíendolas el sujeto como prestaciones para atender sus futuras situaciones de necesidad. De esta forma, cada individuo soporta sus propios riesgos, que se cubrirán atendiendo a su propia capacidad económica y en virtud de un proceso de acumulación de aportaciones que conforman el fondo del que se detraerán las cantidades oportunas para el reconocimiento de las prestaciones que el sujeto cause.

Este sistema, aunque genera una mayor certeza y seguridad en la existencia de unas prestaciones futuras, presenta algunos inconvenientes puesto que, además de demostrar grandes dosis de egoísmo y problemas de igualdad ya que no todas las personas tienen la misma capaci-



dad de ahorro, supone un alto coste del proceso si se quieren obtener unas buenas prestaciones futuras y se ve afectado por la influencia de la inflación que produce un deterioro de los fondos acumulados, cuyo riesgo recae únicamente sobre el pensionista. En este sistema se produce una traslación de la técnica del seguro privado con los mismos problemas de inversión y rentabilidad de los recursos capitalizados.

Al margen de que existen sistemas que aplican simultáneamente ambos principios en función del tipo de prestaciones, lo cierto es que la regla general es el sistema de reparto que se ha corregido mediante lo que puede denominarse como una capitalización virtual. De forma que, tendencialmente, el sujeto percibirá las prestaciones en relación con las aportaciones previas de manera que se establezca una cierta correspondencia entre aportes y prestación. La peculiaridad de esta contribución que determina finalmente la cuantía de las prestaciones es que el coste de su aplicación se afronta no con fondos capitalizados, que ya han sido gastados en el tiempo de su ingreso, sino con una especie de cuentas personales de aportación que funcionan a modo de derechos consolidados a la prestación.

En todo caso, la lógica del reparto y de la solidaridad permite que aún en un sistema fuertemente contributivo se puedan introducir garantías no dotadas de ese carácter como la garantía del mínimo de pensión, el tope de las prestaciones o la revalorización de las mismas.

4. Criterios generales y principales deficiencias de la financiación de la Seguridad Social

Uno de los caracteres que actualmente se exigen a los sistemas de financiación de la Seguridad Social es que sean económicamente sostenibles, permitiéndoles así cumplir eficazmente su función de protección social en condiciones de utilidad social, dignidad, garantía de la igualdad material, suficiencia y adecuación, haciendo viables las prestaciones económicas que otorga. Sin olvidar la importante función social que los sistemas de protección social cumplen en el ámbito de la justicia material, de la igualdad, de la distribución equitativa de la riqueza, de la atenuación de los conflictos sociales al atender situaciones de necesidad económica generalizada, de la inclusión social, de la eliminación de la pobreza y de la eliminación de la marginación.

No es correcto, en consecuencia, que las fuentes de financiación de los sistemas públicos se basen exclusivamente en decisiones políticas



y económicas de los Estados que, basándose en su compromiso de garantizar el derecho a la seguridad social, asuman, sin control ni previsiones, decisiones de gasto público si reflexionar acerca de la cuantía de ese compromiso y sobre las formas de financiarlo.

Un primer referente inevitable es establecer la proporción del gasto público que es posible destinar a la financiación de la Seguridad Social en relación con la riqueza del país, lo que se expresa en porcentajes de gasto en relación con el Producto Interior Bruto. Esta es evidentemente una decisión macroeconómica fundamental en la que se expresan con carácter general el destino de los fondos públicos y la parte del mismo que la estructura social y económica del país permite destinar a los gastos sociales. Un referente que, incluyendo la totalidad de los gastos de protección social (abarcando en consecuencia también los gastos referidos a los sistemas paralelos de garantía de la salud y de los servicios sociales), evidencia hasta dónde puede y quiere llegar el Estado en su tarea de financiar esos sistemas. No obstante, esto no significa necesariamente el establecimiento de preasignaciones presupuestarias.

Una vez determinado, orientativamente, el volumen de los fondos públicos dedicados al gasto social, la concreta financiación de los sistemas de Seguridad Social, destinados, para cumplir adecuadamente su función, a permanecer establemente en el tiempo, requiere la adopción de decisiones de tipo financiero que permitan garantizar la sostenibilidad o durabilidad del sistema, en el sentido de que puede cumplir de forma estable su función de garantizar la protección frente a las situaciones de necesidad mediante prestaciones adecuadas, dignas y suficientes. Aceptada, como regla general, la existencia de dos niveles prestacionales que deben ser financiados preferentemente por vías diversas de allegar fondos públicos, los condicionantes financieros de cada uno de los niveles se muestran, a su vez, diferentes.

En cuanto a las prestaciones no contributivas, es el nivel y extensión de las prestaciones el que determina el gasto, por lo que el Estado puede, de forma permanente y paulatina, establecer el tipo y número de prestaciones así como delimitar la cuantía de estas y el número de sujetos protegidos. Es cierto que, en todo caso, el Estado debe garantizar, para cumplir los compromisos prestacionales, un bloque de prestaciones que reúnan los requisitos mínimos para cumplir su función, pero, a partir de este mínimo, el Estado puede mejorar paulatinamente la calidad de tales prestaciones actuando sobre la propia delimitación de la contingencia mediante la fijación del umbral de pobreza por debajo del cual el ciudadano adquiere derecho a la prestación.



Además el Estado puede regular el nivel no contributivo operando sobre la cuantía de la propia prestación, fijando una que se considera que garantiza la subsistencia mínima que ha de estar claramente en relación con el umbral de pobreza prefijado. Por último, también puede actuar sobre el ámbito subjetivo de las prestaciones, exigiendo no solo la situación real de pobreza sino también otros requisitos añadidos como pueden ser el cumplimiento de una determinada edad, un grado de discapacidad concreto, el desempleo de larga duración, las situaciones de exclusión social o de extrema pobreza.

En conclusión, la decisión, en su dimensión financiera, buscará el punto de equilibrio entre la garantía de una prestación adecuada y la sostenibilidad del gasto desde el punto de vista directo de las finanzas públicas ya que este tipo de prestaciones se financian, como se sabe, esencialmente mediante la imposición general.

Por otra parte, el Estado podrá también actuar, teniendo presente la viabilidad financiera de este nivel de protección, sobre los sujetos protegidos que pueden ser, en la versión más amplia, todos los ciudadanos y residentes que se encuentren en una situación, real y probada, de carencia de recursos o de obtención de ellos por debajo de un cierto nivel de pobreza. También puede ofrecerse un campo de aplicación reducido que exige además de la pobreza, el reunir otros requisitos como los de una edad elevada, coincidente normalmente con la de jubilación profesional o una discapacidad igualmente elevada. En ambos casos, situaciones que caracterizan la pobreza en sí misma con otros elementos añadidos que pueden expresar una especial vulnerabilidad social debido a la imposibilidad de utilizar su propio esfuerzo para la obtención de los recursos necesarios para la subsistencia.

En este caso, el nivel no contributivo estaría protegiendo solo a determinados colectivos sociales que, al carecer de recursos, están más cerca de la exclusión social y de la instalación permanente en la situación de pobreza; como lo haría si esa tutela se ampliara a los trabajadores en situación de desempleo de larga duración, incapaces por tanto, pese a su disponibilidad, de reingresar en el mercado de trabajo y, por tanto, en el nivel contributivo del sistema de Seguridad Social.

Por lo que se refiere a las prestaciones contributivas, el compromiso de gasto del Estado está determinado, en primer lugar, por los ingresos previstos por cotizaciones y su evolución futura, que son los que deben servir, casi exclusivamente, para financiar los costes de este tipo de prestaciones. En la medida en que se utilizan criterios actuariales más rígidos, se ha de tender a que el gasto se adecúe a los ingresos, garan-



tizando el equilibrio financiero del sistema.

Puesto que son los ingresos en cotizaciones los que determinan la capacidad de gasto, la primera intervención del Estado, a través de la entidad competente, está referida a la fijación del porcentaje de cotización que ha de establecerse así como su reparto entre trabajador y empleador, en lo que no dejan de influir consideraciones relativas a los niveles salariales y de coste social soportable para ambas partes.

Los ingresos del nivel contributivo establecen el nivel de gasto que se ha de afrontar en función del tipo y número de prestaciones, de sus posibles beneficiarios y de su cuantía. A partir de aquí, cualquier reforma de la Seguridad Social, con repercusión en la financiación, deberá producirse teniendo en cuenta la factibilidad y la sostenibilidad económica del sistema.

Una exigencia cada vez más acuciante desde el punto de vista financiero para los sistemas de Seguridad Social, fundamentalmente los de tipo contributivo, es la de su sostenibilidad. Una exigencia que se vuelca sobre todo en relación con las prestaciones económicas duraderas, permanentes y normalmente vitalicias como son las pensiones (de jubilación, incapacidad, muerte y supervivencia) y no tanto sobre las prestaciones de corto recorrido temporal como los subsidios (de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, dejando al margen por su especialidad el desempleo).

Sin duda que la sostenibilidad puede garantizarse sobre el volumen de los ingresos incrementando las cotizaciones o, incluso, creando impuestos especiales de tipo general pero también puede hacerse, y es donde insiste esta exigencia de sostenibilidad, introduciendo criterios actuariales y económicos de corrección que determinen en cada momento la cuantía de las prestaciones de forma que la fijación inicial de estas estará condicionada por la aplicación de criterios como el nivel de empleo, la tasa de sustitución, la esperanza de vida, o la evolución de precios y salarios. De forma que la cuantía de las pensiones quedará determinada de forma variable según el impacto de ese tipo de parámetros.

Mención aparte merece el tema de la financiación de las prestaciones derivadas de riesgos profesionales y del desempleo. Tratándose de prestaciones contributivas, su lógica prestacional, en un caso, y la especialidad de la contingencia protegida, justifican formas de financiación que, aun siendo a cargo de cotizaciones, funcionan de manera particular. En el primer caso, la cotización por riesgos profesionales debe ser,



en la medida en que supone el desplazamiento de la carga del riesgo del empleador al sistema de Seguridad Social, a cargo del empleador que deberá afrontar la carga financiera de las prestaciones. Concebida, pues, la cotización como un aseguramiento de la responsabilidad su cuantía debe estar determinada precisamente por el volumen de esa responsabilidad. De forma que el aseguramiento de los riesgos profesionales debe ser suficiente y el necesario desde el punto de vista financiero con una exigencia ineludible de equilibrio, trasladando así al aseguramiento público lógicas y principios de funcionamiento propios de los seguros sociales con los que la tutela actual de los riesgos profesionales sigue teniendo una relación directa.

En cuanto a la prestación por desempleo, la alta intensidad de esta contingencia y, sobre todo, su enorme variabilidad al depender de movimientos tanto coyunturales como estructurales del sistema económico y su repercusión sobre las tasas de ocupación, hacen más complejo un sistema financiero que garantice el equilibrio y la sostenibilidad. De manera que, de incluirse la prestación por desempleo junto a las demás prestaciones asignándoles indiferenciadamente los recursos provenientes de las cotizaciones, se produciría un efecto negativo sobre todo el sistema de financiación, al condicionar fuertemente una prestación temporal inestable y que puede afectar a un número muy variable de sujetos protegidos, el resto de la financiación, sobre todo de prestaciones de larga duración y que requieren mecanismos financieros igualmente estables.

Una cotización separada, una búsqueda de su propio equilibrio financiero y una puerta abierta a la financiación, en circunstancias excepcionales, de sus desequilibrios, bien con cargo al resto de las cotizaciones, bien de los ingresos públicos generales, son rasgos que no pueden considerarse inadecuados en el sistema de financiación de la prestación por desempleo.

Las deficiencias en materia de financiación suelen ubicarse en los siguientes puntos: En primer lugar, se ha de tener presente que la justificación de la participación del Estado mediante la aportación de recursos al sistema de Seguridad Social se halla en la necesidad de garantizar un impacto redistributivo, particularmente presente en el nivel no contributivo de prestaciones, de manera que, en virtud de la aplicación del principio de solidaridad, las aportaciones públicas persigan y produzcan transferencias económicas desde los colectivos con niveles más altos de rentas a los que tienen menos recursos o incluso carecen de rentas. De no ser así, puede suceder que, en su conjunto, el sistema de financiación deba considerarse regresivo puesto que, al transferir



recursos desde todos hacia colectivos particularmente privilegiados, acentúa la desigualdad social y deja de cumplir esa función básica de redistribución.

Esto es algo que puede afirmarse por ejemplo, del sistema de Seguridad Social de la República del Ecuador, en donde el IESS, cuya población protegida está conformada básicamente por empleados públicos y asalariados de la economía formal, hasta hace poco percibía del Estado el 40 por ciento del importe de las pensiones en curso de pago. En consecuencia, este subsidio estatal que percibía el IESS generaba un efecto redistributivo inverso o regresivo. Además, lo mismo sucede con el ISSFA e ISSPOL en donde el 60 por ciento de las pensiones en curso de pago es abonado con cargo al presupuesto del Estado. De hecho, los incrementos en las cuantías de las pensiones que se han producido en los últimos años, sobre todo los que afectan a trabajadores por cuenta ajena, policías y militares, han requerido importantes esfuerzos de financiación por parte del Presupuesto General del Estado, puesto que dichos incrementos no han acarreado correlativos incrementos en las fuentes de financiación por vía de las cotizaciones.

La antigua fijación, vía norma legal, de la obligación del Estado de contribuir de forma importante al pago de las pensiones del sistema de Seguridad Social del Ecuador desembocó en la asunción por parte del Estado de una importante deuda con el propio sistema. En consecuencia, mientras que los institutos gestores del sistema de Seguridad Social disponen de importantes fondos de pensiones para realizar inversiones en diversos sectores, el Estado debía cumplir con su obligación de contribuir a un sistema que no se caracterizaba por garantizar un impacto redistributivo sino regresivo, pues con sus aportaciones protegía a los colectivos con mayores recursos, destinando los excedentes a funciones solo tangenciales a las propias de la Seguridad Social.

Otras deficiencias en el Sistema se refieren a la estructura de los procedimientos de control de los sujetos obligados a cotizar, de la recaudación de las cotizaciones y de la persecución de la morosidad, de la gestión misma del sistema de Seguridad Social y de control y supervisión del gasto. Se trata de ineficiencias instrumentales pero cuya correcta articulación puede suponer tanto un incremento de los recursos como un ahorro considerable de los gastos de administración.



5. Propuestas para un modelo de financiación de la Seguridad Social

Atendiendo a los diversos modelos de financiación de los sistemas de Seguridad Social, con sus diversas variables y dosis de combinación de las opciones fundamentales a las que todo sistema ha de dar respuesta, y teniendo siempre en consideración las exigencias establecidas en los textos constitucionales, la financiación actual de un sistema de Seguridad Social puede articularse sobre los siguientes principios.

5.1. Un modelo de financiación híbrido o mixto

La forma de obtención de los recursos de un sistema de Seguridad Social y, en concreto, la elección de un modelo de financiación de dicho sistema, bien sea mediante las cotizaciones de empresarios y trabajadores, bien sea mediante aportaciones públicas derivadas de impuestos, presentan, tal y como se expuso anteriormente, implicaciones de relevancia en cuanto a los principios que inspiran el sistema de Seguridad Social: principio de contributividad propio de los sistemas de Seguridad Social profesionales y principio de solidaridad típico de los sistemas de Seguridad Social universales.

Dada la evolución de los sistemas de Seguridad Social y la coexistencia en el mismo de dos niveles prestacionales que proceden de fuentes de financiación diferenciadas, parece que lo adecuado es un tipo de financiación híbrida o mixta, que permita que los ingresos que conforman el sistema de Seguridad Social se compongan sobre todo por las cotizaciones de los trabajadores y empresarios, siendo los asegurados y beneficiarios lo que han de pagar los costes de la Seguridad Social en la misma medida en que estos recibirán prestaciones sustitutivas de sus salarios, que estarán en función del esfuerzo de cotización previamente realizado.

Para modular y complementar, desde el punto de vista del sistema de Seguridad Social, los ingresos constituidos por cotizaciones sociales, se añade otra vía de financiación, que es la financiación vía impuestos. Esta implica que existe un servicio público extendido a todos los ciudadanos, que lo subvencionan en función de su diversa capacidad contributiva, lo que significa que se trata de una financiación abocada a constituir el soporte económico de las prestaciones no contributivas. No queda excluida en ningún caso una financiación pública general de la parte contributiva del sistema siempre que sirva para corregir algu-



nas de las deficiencias que presenta la técnica del seguro privado en que se basa la fórmula de la cotización, acentuando dos principios de relevancia para un sistema de Seguridad Social avanzado: principio de solidaridad colectiva y principio de redistribución.

Este modelo mixto de financiación de la Seguridad Social, que es el que existe en los sistemas de Seguridad Social más avanzados, además de presentarse más apropiado porque permite la corrección o modulación de los más graves defectos que presentan el modelo basado en cotizaciones y el modelo basado en impuestos en sus manifestaciones más puras o plenas, es el que propugna el texto constitucional del Ecuador; puesto que el artículo 371 de la Constitución dispone que las prestaciones de la Seguridad Social se financian con el aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadoras o empleadores, con los aportes de las personas independientes aseguradas, con los aportes voluntarios de las ecuatorianas y ecuatorianos domiciliados en el exterior y con los aportes y contribuciones del Estado.

5.2. Financiación del sistema contributivo esencialmente mediante la cotización de empleadores y trabajadores. La posibilidad de establecer cotizaciones separadas

En concreto, la eficacia de la financiación sistema de Seguridad Social, y más concretamente, de sus prestaciones contributivas, esencialmente mediante la cotización de empleadores y trabajadores depende de una serie de factores instrumentales esenciales. En primer lugar, el objetivo de la realización efectiva de la regla de la obligatoriedad de la cotización, ya que no es posible un sistema efectivo y solidario de Seguridad Social si los poderes públicos no establecen la obligatoriedad de la inclusión subjetiva en el sistema y la consiguiente carga de realizar las aportaciones económicas necesarias. Lo que significa una intervención decidida en relación con la economía informal que, estando al margen del sistema, y aunque no generará costes en el nivel contributivo y, si acaso, en el nivel no contributivo sí reduce enormemente las posibilidades de financiación actual de la Seguridad Social. La actuación de inspección y control sobre estas situaciones, así como la existencia de sanciones al incumplimiento, incluso si de tipo penal, son presupuestos ineludibles para la eficiencia económica de cualquier sistema de Seguridad Social, al menos en su parte contributiva.



Vinculada a esta cuestión está la referida a la posible voluntariedad de la cotización con la finalidad de, mediante el pago de la misma sin ser en realidad trabajador activo, generar el derecho a futuras prestaciones, en la lógica misma del aseguramiento privado, conforme a la cual el sujeto interesado, cuando no es un trabajador obligado a cotizar, puede contratar con la Seguridad Social la cobertura de riesgos de tipo profesional o contributivo, consiguiéndolo con el pago de las cotizaciones a su cargo que funcionan así como el coste de una póliza de aseguramiento o prima de seguro. De la misma forma que la obligatoriedad es indispensable en un sistema público de Seguridad Social, la voluntariedad introduce en el campo de aplicación protegido a personas que, conforme a la lógica profesional del nivel de protección, no debería tener derecho a la tutela ya que no hay, en relación con ellos, ninguna deuda o compromiso de solidaridad, al no haberlo generado ni por su trabajo ni por la carencia real de recursos.

Sin embargo, a pesar de la afirmación previa, lo cierto es que la obligatoriedad de la realización de contribuciones al sistema de Seguridad Social puede matizarse e incluso esfumarse para algunos colectivos concretos en los que concurren determinadas especialidades que podrían justificar el relajamiento de la obligación de cotizar. Así ocurre, por ejemplo, con las personas de la nacionalidad del país pero residentes, sean trabajadores o no en el extranjero; o con los trabajadores que han dejado de serlo, temporal o definitivamente, y que desea mantener activa su vinculación con el sistema de Seguridad Social acumulando derechos para la obtención de otras prestaciones como las pensiones en concreto.

En estos casos, esta posibilidad excepcional de permitir que quien no es trabajador activo esté protegido por el nivel contributivo del sistema se basa en motivos especiales vinculados, en un caso, al compromiso de tutelar a los nacionales más allá de las fronteras del país, un compromiso especialmente relevante si esos nacionales se encuentran en países carentes de sistemas adecuados de Seguridad Social, o de menor calidad que el del país del que son nacionales, o si lo hacen en condiciones de irregularidad que les impiden oficializar su trabajo ante los sistemas de Seguridad Social de los países en los que trabajan. En el segundo caso, se trata sencillamente de permitir a quien ya ha sido trabajador y cotizante durante algún tiempo mínimo, mantener su situación de activo a los efectos de la Seguridad Social para obtener futuras prestaciones; lo que permitirá defender la carrera de seguro del sujeto frente a situaciones de desocupación que pueden provocar espacios intermitentes de ausencia de cotización y, por tanto, un deterioro de las expectativas últimas de obtener la pensión de que se trate.



También cabe la posibilidad, en función de sus peculiaridades, de establecer sistemas de financiación separados, con sus propios y diferenciados estudios de sostenibilidad, de prestaciones como las derivadas de riesgos profesionales y de desempleo. Las particularidades antes expresadas acerca de ellas justifican esa financiación separada, así como una gestión diferenciada, aunque en el contexto de la unidad financiera del sistema de Seguridad Social. Sin que queden excluidas posibilidades de financiación adicional de estas prestaciones, sea derivada de los impuestos generales, sea del resto de las cotizaciones. Si bien ha de ser decisiones que deben estar basadas en fundamentos sólidos que justifiquen el esfuerzo solidario, común, interprofesional o empresarial, según los casos. Una hipótesis de lo que se ha llamado antes cruce de lógicas de financiación.

5.3. Sujetos activos de la financiación del sistema

Según las opciones de financiación elegidas, determinadas básicamente por la naturaleza y la función de las prestaciones, los sujetos encargados de la financiación son diferentes. Así, en el nivel no contributivo es claro que debe ser soportado esencialmente por el conjunto de la población a través de los impuestos e ingresos públicos por la propia función social que estas prestaciones cumplen.

Por el contrario, el nivel contributivo puede ser financiado por las cotizaciones o impuestos profesionales como por dotaciones procedentes de la financiación pública general. Esta ductilidad deriva sobre todo de la importancia social de estas prestaciones, del hecho de que son beneficiarios de las mismas un gran número de personas así como del compromiso de garantizar el Estado una protección mínima y suficiente, lo que es además una exigencia constitucional.

En cuanto a las prestaciones derivadas de los riesgos profesionales es indudable que los sujetos obligados a la financiación deben ser en exclusiva los empleadores o directamente los sujetos protegidos, si se trata de trabajadores independientes o por cuenta propia, quienes deban soportar el coste de las prestaciones.

En este sentido, hay que hacer referencia a un colectivo con especiales características con repercusión en su obligación de cotizar, como es el de los trabajadores por cuenta propia con escasos recursos. Es de sobra conocida la elevada informalidad que existe en algunas economías y la alta evasión de cotizaciones, manifestándose especialmente pro-



blemática dicha situación para el colectivo de trabajadores por cuenta propia, muchos de los cuales se encuentran al margen del sistema de Seguridad Social. Una situación, con repercusiones evidentes en el cumplimiento correcto de la obligación de cotizar, que está propiciada por la coincidencia en la misma persona de la condición de sujeto obligado y sujeto protegido, lo que propicia maniobras especulativas en el ámbito de la Seguridad Social, buscando aportar el mínimo necesario para obtener una prestación que no dependen estrictamente de su aportación sino del compromiso público de un cierto nivel de calidad.

Por ello, es imprescindible el desarrollo de una serie de acciones de diversa índole; tanto de sensibilización, como de formación y concienciación de los trabajadores autónomos, e incluso del pequeño empresario, para que asuman y valoren la importancia de su inclusión en el sistema de Seguridad Social y, en consecuencia, de su necesaria contribución al mismo así como de control y sanción de los incumplimientos.

Todo ello con independencia de que se pueda establecer un cierto margen de voluntariedad en la cobertura de algunas prestaciones del trabajador autónomo como una manera de permitirle ajustar sus cálculos de la relación entre coste y prestaciones, y que, aun a riesgo de generar un ámbito de desprotección, permita cuando menos atender las situaciones de necesidad de mayor envergadura.

5.4. Cuantificación de la cotización

Las reglas para determinar las cotizaciones de trabajadores y empresarios y, en concreto, la cuantificación de la cotización adquiere especial relevancia pues esta ha de constituir la principal fuente de financiación de un sistema de Seguridad Social, particularmente de su sistema o nivel contributivo de prestaciones. A este efecto es importante dejar constancia de la conveniencia de que las contribuciones de los sujetos obligados permitan en el medio plazo estabilizar financieramente el sistema de Seguridad Social, lo que exigirá la adopción de las reformas en cuanto al cálculo de las cotizaciones y de los esfuerzos por establecer un sistema homogéneo de cotización para el conjunto del sistema.

Estas reformas y esfuerzos son imprescindibles para evitar que los incrementos en las cuantías de las pensiones sigan requiriendo importantes esfuerzos de financiación por parte de los Presupuestos Generales del Estado, siendo necesario, siguiendo la lógica contributiva que ha de inspirar el modelo de financiación, que dichos incrementos aca-



reen correlativos aumentos en las aportaciones de los beneficiarios. De esta forma, las cotizaciones de trabajadores y empresarios han de ser de tal magnitud que permitan, al menos, asegurar el gasto que suponen las prestaciones contributivas y, con ello, garantizar la estabilidad financiera del sistema.

Ahora bien, ello no significa que no existan manifestaciones del principio de solidaridad, que también ha de inspirar el sistema de financiación de la parte contributiva y que actúa como límite relativo del principio de contributividad. En este sentido, las formas en que se pueden articular estas manifestaciones del principio de solidaridad son varias, desde la fijación de bases de cotización máximas y mínimas, hasta el establecimiento de reducciones o bonificaciones en las cotizaciones o incluso hasta el establecimiento de sistemas especiales en materia de cotización para determinados colectivos cuyas circunstancias lo requieran. Aquí, una vez más, emergen los trabajadores por cuenta propia con muy escasos ingresos o las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado y tareas de cuidado, pudiendo justificarse para ambos colectivos estas manifestaciones del principio de solidaridad que matice o relativice el juego del principio contributivo.

5.5. El caso específico de las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado y tareas de cuidado

Se trae a colación la cuestión de la financiación específica de las prestaciones de este colectivo en razón de lo establecido en el artículo 333 de la Constitución el cual dispone que la protección de la Seguridad Social “se extenderá de manera progresiva a las personas que tengan a su cargo el trabajo familiar no remunerado en el hogar”. Una extensión que solo puede justificarse por dos razones: el afloramiento y la revalorización de este tipo de tareas y su consideración de trabajo socialmente útil lo que lleva a su asimilación, a los efectos de la Seguridad Social, al trabajo remunerado como lo es cuando esas prestaciones se realizan en el marco de la relación contractual laboral del servicio del hogar familiar. Consideradas como trabajadoras las personas que desarrollan sin retribución las tareas de cuidado, y con independencia del margen de decisión que conserva el Estado tanto en lo relativo a la naturaleza, extensión y calidad de las prestaciones, no obstante, dichas prestaciones deberán guardar una cierta homogeneidad con las previstas en el nivel contributivo.

Pues bien, respecto de estas prestaciones, el artículo 369 de la Consti-



tución establece que se financiarán con “aportaciones y contribuciones del Estado”, es decir, a diferencia de otros preceptos referentes también a la financiación de prestaciones, ni dice que tenga que ser solo y exclusivamente el Estado el que tenga que financiar las prestaciones de este colectivo, ni tampoco menciona de forma expresa la obligación de cotizar. En todo caso, puede entenderse que el artículo 369 de la Constitución establece una regla que no ha de interpretarse rígidamente como que el Estado asumirá, con cargo a los presupuestos generales, la cobertura económica de esas prestaciones, ya que también es posible que sean los propios interesados los que contribuyan con cotizaciones a la financiación de esta forma de protección.

Naturalmente que la exigencia de esa cotización a cargo de los interesados puede tener consecuencias no deseables como, por ejemplo, la frecuencia de la falta de afiliación ; o el hecho de que quienes pueden financiar estas cotizaciones por un trabajo no productivo aunque útil socialmente, serán los hogares que puedan permitirse económicamente esa cotización, con lo que se podría producir una marginación de los trabajos de cuidado desarrollados en unidades familiares que cuenten con recursos mínimos o que, incluso, carezcan de ellos. De no asumir estas consecuencias, la aportación del Estado inevitablemente deberá ser mucho mayor.

Vinculada a lo anterior está la cuestión de la voluntariedad u obligatoriedad de la afiliación, pudiendo aceptarse una fórmula que, en aras de la progresividad a la que alude el texto constitucional al regular la extensión de la protección de la Seguridad Social a este colectivo, permitiese, al menos durante un determinado tiempo, la posibilidad de optar o no por la inclusión en el sistema.

La voluntariedad inmediata frente a la progresividad de la obligatoriedad debe relacionarse con la financiación de sus prestaciones. Si es así, serán los propios interesados los que contribuirán en alguna medida a la financiación del sistema de prestaciones complementando el Estado la financiación mediante sus aportaciones como una expresión del valor social, útil para la colectividad en su conjunto, de este tipo de trabajos. De manera que la cotización del Estado podrá determinar, según su entidad, la parte de la financiación dejada a los propios interesados que, si es impuesta de forma obligatoria (lo que podría discutirse), lo deberá ser en una cuantía que no excluya a las unidades familiares menos favorecidas económicamente ya que no se justificaría el esfuerzo financiero del Estado en relación con una prestación que solo beneficia a sectores muy específicos de la sociedad.



En todo caso, la obligatoria inclusión en el sistema de Seguridad Social y la financiación de las prestaciones de este colectivo vía aportaciones del Estado, no se presenta problemática, al menos jurídicamente, sin perjuicio de que ello suponga una carga económica adicional. Por el contrario, la inclusión, también obligatoria, y el establecimiento de la obligación de cotizar por parte de las personas que realicen un trabajo no remunerado en los hogares, presenta una gran dificultad en la cuantificación de la cotización de un colectivo que carece de dicha remuneración. Se trataría de una cotización realizada sobre ingresos presuntos o bases mínimas, lo suficientemente importantes como para generar prestaciones asimilables a las del nivel profesional general. Siempre vigilando que esta cotización no se convierta en una traba o un obstáculo insalvable para aquellas personas con muy bajos recursos, ni tampoco actúe como una vía para comprar futuras prestaciones a bajo coste para las personas con mayor nivel de vida.

5.6. La imprescindible eficacia de los mecanismos instrumentales

Ningún sistema de financiación puede funcionar si no está dotado de los instrumentos necesarios. Dejando al margen todo lo relacionado con la eficacia de la recaudación fiscal que nutre las aportaciones del Estado a la Seguridad Social, el cumplimiento de la obligación de cotizar requiere, en primer lugar, un sistema de control eficaz, en procedimientos y efectivos, que permitan controlar las situaciones de incumplimiento, atacando el extendido fenómeno de la economía informal.

Asimismo, el sistema debe estar dotado de un procedimiento de recaudación de cuotas que permita, sin grandes dilaciones, cuantificar la deuda y proceder a la recaudación de la misma, ya sea en forma voluntaria o coactiva. Y, por último, una correcta actuación de los instrumentos internos de control de ingresos y gastos a través de tareas de planificación y análisis de la evolución económica del sistema y una estructura general de gestión controlada evitando con ello gastos excesivos de funcionamiento que, a veces, alcanzan niveles superiores al siete y ocho por ciento del total del presupuesto de la Seguridad Social.

5.7. La aportación del Estado

La otra gran fuente de financiación del sistema de Seguridad Social se



compone de los aportes y contribuciones del Estado, que son la expresión más amplia de la solidaridad por cuanto participan en ella el conjunto de los ciudadanos. Por ello, su orientación natural es el financiamiento de las prestaciones en las que esa solidaridad tienen sentido, como son particularmente, las de garantía de ingresos de subsistencia que forman parte del nivel no contributivo.

Sin embargo, ello no excluye que esa solidaridad también se proyecte sobre prestaciones del nivel contributivo, complementando los ingresos procedentes de las cotizaciones en razón de motivos de especial relevancia como la utilidad social general de esa tutela, la gravedad de la situación en relación con esa contingencia, o, simplemente, la conveniencia social de mantener las prestaciones contributivas en un determinado nivel de calidad.

En cualquier caso, la apuesta por el mantenimiento de un sistema mixto de financiación conlleva necesariamente la modificación, si no de la cantidad de recursos públicos aportados por el Estado, sí de la afectación y destino de dichos recursos, que contribuya a reducir el posible efecto regresivo de la financiación estatal de las prestaciones contributivas que se produciría si ese esfuerzo impositivo general se tradujera en mejores prestaciones para los colectivos que están mejor situados en la escala social. Algo que puede presumirse que ocurre cuando, como en el caso del Ecuador, los fondos destinados por el Estado a la financiación del seguro universal obligatorio alcanzaban casi el cuarenta por ciento del coste de las pensiones (en el caso del IESS), e incluso el sesenta por ciento 100 (en los supuestos del ISSFA e ISSPOL).

5.8. Los principios de solidaridad financiera y de separación de las fuentes de financiación

En la vertiente del gasto no existe una natural correlación entre la forma de obtención de los recursos económicos y la financiación de los distintos niveles de protección. Sin embargo, en la medida en que se apuesta por un modelo que se caracterice y defina por una necesaria, aunque no absoluta, separación de las fuentes de financiación, que permita superar la opacidad y la falta de transparencia, este carácter mixto de la financiación y de los principios en que se fundamenta permite diferenciar varios grados de solidaridad que pueden actuar en función del riesgo y de la extensión de la protección.

A este efecto, se pueden distinguir dos niveles: una solidaridad general



o nacional, que permite la atención de los sujetos que carecen de rentas; y una solidaridad entre el conjunto de trabajadores que les garantice la obtención de las rentas de sustitución de sus ingresos de activo.

Estos dos niveles o grados de solidaridad, en conexión con el principio de separación de las fuentes de financiación, aconsejan que sean las aportaciones del Estado las que financien el primer nivel de solidaridad, en el que quedarían incluidas, al menos, las siguientes prestaciones y colectivos: las prestaciones de carácter no contributivo, para atender a los sujetos que no han desempeñado actividad profesional o no han cotizado lo suficiente para acceder a una prestación contributiva, siempre que carezcan de rentas; las cantidades que complementen a las prestaciones más bajas para que estas alcancen un mínimo; las prestaciones de las personas que tengan a su cargo el trabajo familiar no remunerado en el hogar y tareas de cuidado, aunque estas no se financien exclusivamente con recursos públicos. También las contribuciones del Estado podrían servir para financiar, al menos en parte, las prestaciones de los trabajadores, sean en general, sean los de más bajos recursos.

Por su parte, serán las cotizaciones de los trabajadores y empresarios las que se destinen a financiar las prestaciones contributivas, de manera que las cotizaciones servirán para financiar el otro nivel de solidaridad, en una clara apuesta por la separación de las fuentes de financiación.

Las contribuciones del Estado no han de servir para atender el gasto que suponen las prestaciones contributivas, dejando a salvo, como se ha dicho, las prestaciones que puedan complementar prestaciones contributivas muy reducidas así como la protección que vía impuestos se pueda dar a determinados colectivos con escasos ingresos, lo que pone de manifiesto que la separación de las fuentes de financiación no ha de ser plena o absoluta, sino que puede relativizarse para determinados colectivos y para concretas prestaciones.

Esta limitación es la expresión, aunque matizada, del principio de separación de fuentes de financiación que atribuye esencialmente a las cotizaciones la tarea de financiar las prestaciones contributivas, mientras que asigna a los impuestos generales la de financiar las del nivel no contributivo, lo que permitirá asegurar el equilibrio financiero de las prestaciones y, por ende, del conjunto del sistema.



5.9. Un sistema mixto de organización del gasto en Seguridad Social

En cuanto a los dos grandes sistemas de organización del gasto en Seguridad Social, el basado en el principio de reparto y el basado en el principio de capitalización, la situación actual y el desarrollo de los sistemas de Seguridad Social aboga por un sistema mixto que partiendo del principio general de reparto, de mucha más natural aplicación en el caso de las prestaciones no contributivas, para todos los regímenes y para todas las contingencias protegidas por el sistema de Seguridad Social, permitan, no obstante, alguna excepción, al menos virtual, como es la aportación de la aplicación del principio de contributividad del sistema.

5.10. Mecanismos de equilibrio entre ingresos y gastos

El principio de reparto que, como regla general, ha de fundamentar e inspirar el sistema de organización financiera de un sistema de Seguridad Social, requiere el establecimiento de mecanismos de equilibrio entre ingresos y gastos, puesto que, como se indicó con anterioridad, en un sistema de reparto coinciden los flujos de entrada y los de salida, pudiéndose producirse situaciones de déficit o de superávit.

Con el propósito de evitar dichos desajustes entre los ingresos y gastos, en sistemas de Seguridad Social avanzados se han creado fondos de estabilización con la finalidad de atender las necesidades que surjan debido a desviaciones entre ingresos y gastos, así como fondos de reservas que persiguen la atención de necesidades futuras del sistema en materia de prestaciones contributivas, que se constituyen con los excedentes de ingresos que financian dichas prestaciones, el cual adquiere sentido en un sistema financiero de Seguridad Social que se caracterice por la separación de sus fuentes de financiación.

De esta forma, el principio de reparto, que ha de ir acompañado por un necesario equilibrio financiero, sea cual sea la fórmula empleada para conseguirlo, no es sino una manifestación del principio de solidaridad que ha de sustentar y regir todo sistema de Seguridad Social. Este principio de solidaridad se concreta, a su vez, en dos principios que informan la dimensión económica de dicho sistema de Seguridad Social: los principios de solidaridad financiera y unidad financiera. Esta concreción se traduce en la aglutinación de la gestión centralizada de los recursos financieros del sistema mediante la aplicación de reglas



de solidaridad interterritorial y entre regímenes, si bien se plantea la posibilidad de que las cotizaciones provenientes de los riesgos profesionales se sustraigan de la aplicación de dicho principio, de manera que tengan su propia financiación y pervivan como un seguro específico, cuya justificación se hallaría en la responsabilidad objetiva del empleador que, a su vez, permite justificar que sea él el único obligado a cotizar por los riesgos profesionales.

Por su parte, la unidad financiera debe ser entendida en el marco de un Estado descentralizado territorialmente y que se base en el principio de autonomía territorial. Partiendo de la premisa de que el Estado tenga la competencia exclusiva en el régimen económico de la Seguridad Social (que implica que su gestión quede reservada al Estado en garantía de la unidad y solidaridad del sistema público de Seguridad Social), el principio de unidad financiera permite superar las dificultades que se podrían presentar por razones económicas y demográficas, para afrontar el pago de las prestaciones.

En virtud de la unidad financiera, todos los bienes, derechos, cuotas y recursos de la Seguridad Social conforman un patrimonio único afecto a sus fines, de manera que el Estado es titular de todos los recursos, obligaciones y prestaciones, y racionaliza la distribución de los fondos de la Seguridad Social para hacer frente al pago de las prestaciones, poniéndose de manifiesto cómo el principio de unidad financiera está en estrecha vinculación con el principio de solidaridad y de no discriminación.

La titularidad de dicho patrimonio corresponde al Estado y, en concreto, en el marco de un modelo descentralizado funcionalmente, a la entidad gestora de la Seguridad Social de carácter básicamente financiero que se cree, precisamente, para la realización de dicho principio de unidad financiera. En el Estado y, en su caso, en dicha entidad gestora se unifican todos los recursos financieros del sistema de la Seguridad Social, siendo esta entidad quien asume la gestión de tales recursos y quien distribuye en el tiempo y en el territorio las disponibilidades financieras para la puntual satisfacción de las obligaciones de la Seguridad Social.

5.11. El principio de sostenibilidad económica y el de transparencia y control público

La búsqueda de un equilibrio económico redunda en la materialización



de otros dos principios, cuales son el principio de sostenibilidad y el principio de transparencia en base a los cuales ha de funcionar todo sistema de Seguridad Social.

El mantenimiento de un sistema mixto de financiación se ha de producir siempre que se adopten las cautelas y los mecanismos de control necesarios que garanticen el tratamiento del sistema de Seguridad Social como un todo conjunto y global desde el punto de vista financiero. De esta forma, se ha de permitir la intervención de una solidaridad general y reprimir la generación de compartimentos independientes y separados que sirvan para permitir un mejor tratamiento comparativo de determinados colectivos respecto de otros grupos sociales, puesto que ello genera una regresividad inaceptable a tenor de los principios de solidaridad y equidad y, en concreto, al tenor de los principios y criterios constitucionales que han de regir cualquier sistema de Seguridad Social.







La acción protectora de los Sistemas de Seguridad Social: Niveles de tutela y cuadro prestacional

1. Introducción

La opción por uno de los posibles modelos de sistema de Seguridad Social condiciona evidentemente su posterior articulación prestacional. De esta forma, la alternativa por un modelo que responda al tradicional esquema contributivo que continúa en cierta medida la lógica de los Seguros Sociales, ofrece prestaciones que cumplen la función básica de ser sustitutivas de las rentas dejadas de percibir por el sujeto como consecuencia de su actividad productiva anterior, respondiendo a la relación que se establece entre aportaciones realizadas y el alcance, la cuantía y la duración de las prestaciones; de forma que, a mayor esfuerzo contributivo, mayor calidad de la tutela otorgada.

Por su parte, la opción por un modelo de vocación universal que tiende a proteger a todos los ciudadanos siempre que se encuentren en una situación de necesidad real, al margen pues de cualquier connotación laboral o profesional, supone que la protección ofrecida consistirá en la garantía de un mínimo de subsistencia que permita al sujeto protegido satisfacer sus necesidades vitales más esenciales.

Pero también es posible, e incluso más común, la existencia de sistemas de Seguridad Social mixtos que, combinando los rasgos de los dos modelos puros señalados, se articulan como estructuras más complejas dentro de las cuales se diferencian dos niveles o subsistemas de protección, cada uno de los cuales reproduce, a veces con matices, las características de los dos modelos de referencia. De manera que, en



estos sistemas mixtos, coexisten un nivel contributivo dirigido a tutelar a la población económicamente activa frente a riesgos relacionados con esa misma actividad, y un nivel no contributivo que protege al ciudadano, mediante prestaciones básicas o de subsistencia, frente a las situaciones de necesidad económica real, también calificadas como situaciones de pobreza.

El referente, pues, de las prestaciones no contributivas es la situación actual de necesidad real del ciudadano, mientras que las prestaciones contributivas miran no solo a la contingencia actual sino también y sobre todo a la historia laboral del sujeto protegido, que es como referirse a su actividad y a las cotizaciones anteriores versadas como consecuencia, precisamente, del trabajo productivo.

El rasgo distintivo de las prestaciones contributivas es la conexión entre actividad productiva y protección. De aquí que este nivel de prestaciones se califique de “profesional” ya que, en primer lugar, solo están protegidos quienes desarrollen o hayan desarrollado un trabajo o actividad económica. Y ello tanto por el hecho en sí de la propia profesionalidad como título generador de un derecho a la tutela, cuanto porque el trabajo implica ingresos que constituyen la base de cálculo de las aportaciones obligatorias en calidad de cotizaciones; de aquí la calificación de estas prestaciones como contributivas.

Este nivel es por esencia no universal ya que selecciona mediante el rasgo profesional a los sujetos protegidos, de manera que lo importante es la historia laboral del sujeto (que, a veces, se llama “carrera de seguro”, por evidente contaminación terminológica procedente de los seguros privados) y no tanto su situación actual de necesidad la cual, entendiéndose producida cuando se cumplen los requisitos legales se considera presuntamente existente.

La elección de un modelo de sistema de Seguridad Social, puro o mixto, condiciona obviamente, como también lo hace en los aspectos referidos a la gestión y a la financiación, el ámbito de protección, ya sea en su dimensión subjetiva (sujetos protegidos), como objetiva (contingencias a tutelar).

Si la opción es netamente contributiva, quedará limitado a quienes estén o hayan estado desarrollando una actividad profesional por la que hayan tenido que realizar aportaciones o cotizaciones. Si es no contributiva los sujetos protegidos habrán de ser, por principio, todos los ciudadanos sin importar la actividad que realicen.



Algo semejante sucede cuando se trata de delimitar el objeto a proteger, o ámbito de aplicación objetivo o material. Tratándose del nivel no contributivo, las prestaciones habrán de ser suficientes para afrontar la situación real de necesidad mediante la garantía de un mínimo de subsistencia y que dependen en gran medida del contexto socio-económico.

Por el contrario, tratándose de prestaciones contributivas, la selección de las situaciones a proteger está determinada por el criterio laboral y la determinación del derecho a la prestación es más compleja ya que depende de la propia existencia de esa situación laboral y, a la vez, de que se hayan realizado aportes previos. Es por este motivo que la situación real de necesidad (pobreza por ejemplo) no se requiere pues se vincula más con la carrera laboral y de aportaciones que con la realidad de la situación de necesidad y, por lo tanto, adquiere mayor relevancia el ser sujeto activo de la seguridad social y el haber contribuido económicamente reuniendo un determinado período de carencia.

En el caso de optar por un modelo mixto de Seguridad Social, las características separadas, y en alguna medida contradictorias de los dos modelos puros de prestaciones, se proyectarán, diferenciadamente, sobre cada uno de los niveles contributivo y no contributivo. Lo que sucede es que, debido a su integración en un sistema único es inevitable que se produzca una migración de rasgos característicos, sobre todo de lo no contributivo a lo contributivo. De manera que, finalmente, algunas de las prestaciones contributivas acaban funcionando con una mezcla de criterios.

Así sucede por ejemplo, cuando, dejando al margen los riesgos del trabajo, no se exigen períodos de cotización previa para determinadas contingencias (circunstancia en la prevalece el fin de la tutela como es característico del nivel no contributivo); o cuando se garantizan valores mínimos para las pensiones contributivas que, en virtud, de la carrera de aseguramiento del sujeto (breve, irregular, con cotizaciones de escasa cuantía) no se habrían obtenido, primando la garantía de un mínimo de recursos como es propio de las prestaciones no contributivas; o, en fin, poniendo un tope máximo a las prestaciones contributivas lo que hace que, conforme a un mecanismo de solidaridad interlaboral y de redistribución de rentas, los posibles perceptores de pensiones más elevadas soporten un tope máximo de la cuantía de las mismas que expresa lo que el sistema considera que es una cuantía prestacional más que suficiente, permitiendo derivar el exceso hacia otras prestaciones de cuantía muy reducida.



Sean prestaciones contributivas o no contributivas, la calidad y la cantidad de la acción protectora depende directamente de la facultad de configuración legal del legislador. Una facultad que será más o menos amplia en función del grado de concreción de los rasgos del sistema de Seguridad Social, y en concreto de lo relativo a las contingencias y prestaciones, fijado por la Constitución de cada Estado. Así, cuando el Texto Constitucional delimita con exactitud el ámbito de actuación del sistema de Seguridad Social, concretando el alcance y el contenido de la protección mediante la definición de las contingencias a tutelar así como de las prestaciones, el papel del legislador, y su capacidad de configurar legalmente el sistema de Seguridad Social, se verá fuertemente constreñida. Lo que no significa obviamente que el legislador, incluso en estos casos más extremos, carezca de toda posibilidad de intervención.

En realidad, lo que las normas fundamentales hacen al respecto, en el mejor de los casos, es establecer, en materia de prestaciones, cuáles son las situaciones de necesidad a proteger (o contingencias) sin ir más allá de la descripción o enumeración de las mismas (situación real de necesidad, para el nivel o subsistema no contributivo; incapacidad, maternidad, invalidez, desempleo, cargas familiares, o jubilación, en el nivel contributivo).

Por otra parte, y en cuanto a la forma de afrontar esas situaciones, normalmente también las normas constitucionales se limitan a requerir que esas prestaciones sean adecuadas y suficientes para hacer frente a las situaciones de necesidad seleccionadas como dignas de tutela. En consecuencia, el legislador, con el solo límite de las contingencias protegidas y suficiencia de la protección, a su vez enormemente indeterminada, tiene la posibilidad de articular, con enormes facultades de concreción, todo el conjunto del sistema y, en concreto, las características de todas las prestaciones. De manera que, el régimen jurídico de las prestaciones es esencialmente de naturaleza legal.

Junto a las limitaciones impuestas por una Constitución en el diseño de la acción protectora es evidente que el legislador habrá de tener en cuenta igualmente una serie de factores que, sin duda, condicionan las opciones normativas, dando con ello justificación a la concreta regulación legal. Esos factores son, en primer lugar, de índole económica (la situación del mercado de trabajo y las tasas de empleo, la evolución y perspectivas de la economía, el volumen de gasto público comprometido y la garantía de la financiación); en segundo lugar, factores demográficos tales como la prolongación de la vida laboral, el envejecimiento de la población y el incremento de la esperanza de vida, la



baja fecundidad, o las tasas de mortalidad. Y, en tercer lugar también factores de índole política como el compromiso público con una orientación de la tutela que dé relevancia a objetivos como la eliminación de la pobreza y la prevención de la exclusión social y la marginación, la lucha contra la discriminación, en cualquiera de sus manifestaciones y por cualquiera de los motivos posibles, y a favor de la realización del principio de igualdad, o la protección de la mujer trabajadora, haciendo compatible las dimensiones de la vida personal y laboral.

2. La configuración de la acción protectora

Más concretamente, la estructura de protección de cualquier sistema de Seguridad Social se basa en los siguientes ejes: a) la delimitación de las situaciones de necesidad que el legislador ha resuelto proteger y que, en terminología de Seguridad Social, constituyen las contingencias protegidas; b) el establecimiento de los mecanismos de tutela, esto es las prestaciones, de índole económica, pensadas para cubrir la situación de carencia real de recursos (caso del nivel de protección no contributivo) o de sustitución de ingresos (caso de que se trate del nivel contributivo de protección); y c) la fijación de los requisitos de acceso a las prestaciones, que constituye la conexión o el puente entre la situación protegida o contingencia y las prestaciones.

2.1. Delimitación de las contingencias a proteger: concepto y alcance

2.1.1. Noción de contingencia y clases

La función esencial de un sistema de Seguridad Social es la de proteger a los ciudadanos frente a situaciones de necesidad; sin embargo, no toda situación de necesidad puede ser atendida por la Seguridad Social. Razones de diversa índole determinan que el legislador haga una selección de esas situaciones de necesidad. El resultado final es la fijación legal de las que, en el ámbito de la Seguridad Social, se denominan situaciones protegidas, esto es, situaciones de necesidad que la ley reconoce como merecedoras de protección social y frente a las cuales prevé formas de tutela, normalmente de tipo económico. Estas situaciones protegidas son las que, en terminología de Seguridad Social, se denominan "contingencias".



En la medida en que la contingencia es la situación protegida en los términos legamente previstos, es imprescindible concretar respecto de cada una de las distintas contingencias, cuáles son los rasgos que definen la situación de necesidad protegida.

A estos efectos, hay que diferenciar, respecto de cada contingencia, los elementos que la delimitan conceptualmente de aquellos otros que, aun siendo específicos de la contingencia, no forman parte de su definición sino que actúan, una vez realizada, como condiciones o requisitos cuya concurrencia hará surgir el derecho subjetivo a la prestación.

En definitiva, es necesario distinguir entre los rasgos esenciales que integran el propio concepto de contingencia protegida y lo que son requisitos accidentales o externos al concepto, que marcan las exigencias que el sujeto debe cumplir, aun encontrándose en la contingencia protegida, para causar o alcanzar el derecho a la tutela. Entendiendo por externo aquello que puede ser eliminado de la descripción normativa de la contingencia sin que, por ello, quede afectado el núcleo de la tutela; mientras que, habrá de ser tomado como elemento esencial, y en consecuencia insoslayable, todo lo que es imprescindible para la definición misma de la contingencia.

La delimitación de qué sea núcleo esencial o elemento accidental de la contingencia es nuevamente competencia del legislador, que es quién la define. Hay contingencias que, en principio, no muestran especial dificultad cuando se pretende concretar sus elementos esenciales o definitorios. Así, por ejemplo, la contingencia de incapacidad temporal para el trabajo se suele definir en función de la conjunción de dos elementos: alteración de la salud que inhabilita temporalmente para el trabajo y el hecho de que se precise atención médica que da la medida de la intensidad de la incapacidad pero también es un instrumento de control de la misma. Solo cuando los factores mencionados sucedan cabe decir que la contingencia se ha actualizado. Lo anterior supone que la alteración de la salud, en sí misma, si no lleva aparejada la inhabilitación temporal para el trabajo, no determinará que la contingencia de incapacidad temporal se haya producido o se haya materializado. En conclusión, los anteriores son los elementos específicos de la contingencia de la incapacidad temporal porque son los que la definen como tal.

No obstante, existen otros elementos, factores o circunstancias que plantean mayor dificultad cuando se trata de determinar si los mismos forman parte del núcleo conceptual de la contingencia, o si, por el contrario, pertenecen al entorno de los requisitos de acceso a la tu-



tela. Así, por ejemplo, en la contingencia de muerte y supervivencia la contingencia se define en función del impacto del fallecimiento de una persona en el nivel de rentas preexistentes en la economía familiar de la que forma parte. De modo que, la definición de la contingencia se encuentra en el fundamento de la protección y no en los requisitos que deba reunir el sujeto que causa la prestación (el que fallece) y/o el sujeto beneficiario (el que recibe la prestación), que son considerados requisitos externos o accidentales al margen pues, de la definición misma de la contingencia.

Ejemplo de lo anterior es que, en la prestación económica de orfandad, se exija que el hijo mayor de edad no desempeñe una actividad lucrativa; o que, para causar derecho a la pensión de viudedad, se exija que el cónyuge o pareja de hecho carezca de recursos. son elementos externos a la noción de contingencia, aunque el legislador puede incorporarlos al núcleo esencial de la misma. En todo caso, pese a no constituir elementos esenciales de la definición de contingencia, en tanto que previstos legalmente, habrán de ser cumplidos por el sujeto para poder causar derecho a las prestaciones ya que se trata, pues, de elementos que pueden o no condicionar el acceso prestacional pero que son indiferentes para la delimitación de los contornos de la contingencia.

En función de la finalidad de la tutela las contingencias se identifican bien por la sustitución de los ingresos perdidos por el trabajador, bien por la compensación de rentas en caso de carencia de recursos. A este respecto, se puede decir que los sistemas de Seguridad Social, en su nivel no contributivo, pueden reconocer como contingencias protegidas todas las situaciones de carencia efectiva de recursos, lo que expresaría su máximo nivel de universalidad. Pero a veces esos mismos sistemas mixtos pueden reproducir, con carácter general y considerándolas contingencias a proteger, algunos rasgos de las situaciones de necesidad establecidas en el nivel contributivo, ofreciendo así cobertura a situaciones de necesidad ya existentes en dicho nivel pero que, ahora, lógicamente, abandonan cualquier exigencia de contributividad previa vinculada a la condición de trabajador.

De este modo, pueden convertirse en situaciones protegidas en el nivel no contributivo las contingencias de invalidez, de vejez o de desempleo. Todas ellas referidas a quienes, además de carecer de recursos para subsistir, presentan un determinado grado de discapacidad física, psíquica o sensorial (caso de la contingencia de invalidez), han alcanzado una determinada edad (supuesto de la jubilación), o una excesiva duración (desempleo de larga duración).



Se trata simplemente de proteger la discapacidad (no la incapacidad para el trabajo), la vejez (no el abandono del trabajo por razón del cumplimiento de una edad), o el desempleo generador de la situación de pobreza (y no la pérdida de un empleo previo como sucede con el tutela contributiva del desempleo). Por supuesto que esas contingencias del nivel no contributivo puede ampliarse, por decisión del legislador, de manera que es posible encontrar sistemas de Seguridad Social que atienden situaciones que afectan a unidades familiares con escasos recursos económicos ante eventualidades tales como el nacimiento de un nuevo hijo, o porque el hijo presente una discapacidad o, simplemente, porque tengan una edad que se entiende que requiere cuidado familiar.

En todo caso, la amplitud del ámbito de aplicación objetivo del nivel no contributivo depende, en gran parte, de la suficiencia económica del Estado de que se trate ya que su financiación es exclusivamente a través de impuestos; lo que explica la mayor amplitud que en este nivel de tutela presentan los sistemas de Seguridad Sociales de países con un elevado grado de imposición fiscal.

Lo que sí es claro es que, en el nivel no contributivo, no tienen cabida contingencias relacionadas con la actividad laboral tales como la de maternidad (y por extensión la de paternidad) siempre que la misma se proyecte respecto de la mujer trabajadora que necesariamente sufre la paralización de su actividad laboral por razón del nacimiento del hijo. Y lo mismo puede decirse de la contingencia de muerte y supervivencia (básicamente, viudedad y orfandad) en donde su acceso queda condicionado a la exigencia de que el sujeto causante (el fallecido) fuese trabajador en el momento del fallecimiento (o lo hubiese sido, caso, por ejemplo, de tratarse de un pensionista de jubilación o de incapacidad permanente); una exigencia que generalmente se explica por la necesidad de suplir la pérdida de ingresos que la muerte del causante ocasiona en la economía familiar a la que pertenecía.

Tampoco tienen cabida, por razones semejantes, contingencias como la jubilación, ya que la situación a proteger en este caso es la pérdida de ingresos del trabajador a consecuencia del abandono de su trabajo al alcanzar una edad; algo semejante a lo que sucede con la contingencia de incapacidad ya que solo se entiende que la misma se ha actualizado cuando origine la inhabilitación del trabajador para desempeñar su trabajo, sea esa inhabilitación de carácter temporal o provisional o de carácter permanente, y lógicamente suponga para este la pérdida de ingresos. Esto es así en la medida en que se trata de contingencias siempre referidas al trabajador y a las posibles situaciones de necesidad



que este puede experimentar en relación con la conservación de su trabajo, o el mantenimiento de los ingresos derivados de tal actividad; por lo que estas contingencias se identifican siempre con la pérdida de ingresos provocada, eso sí, por múltiples causas y son por ello mismo calificadas como contributivas.

2.1.2. Las contingencias profesionales o del trabajo en sentido estricto

Definida la contingencia como la situación a proteger seleccionada por el legislador entre las posibles situaciones de necesidad en las que puede encontrarse el ciudadano, en dicha selección es también importante decidir, ahora solo respecto de las contingencias contributivas, si la tutela se concede sin establecer diferencias en función de la causa que las origine; o dicho de otro modo, si la connotación directamente laboral del motivo por el que la contingencia se hace realidad es relevante para la prestación o no. Si no es así, es decir, si lo relevante es la situación de necesidad (la incapacidad o la muerte) siendo indiferente el motivo que las ha causado, la tutela se proporciona atendiendo solo a la situación de necesidad (pérdida de los recursos previos de activo), siendo indiferente cuál es la naturaleza del acontecimiento que la ha provocado. Es lo que se denomina como principio de consideración conjunta de las contingencias.

Sin embargo, es frecuente que los sistemas de Seguridad Social, solo respecto de las prestaciones en que sí tiene sentido esta diferenciación (incapacidad y muerte), den relevancia a la causa de la contingencia, llamándolas contingencias del trabajo en contraposición a las otras contingencias, también del nivel contributivo, respecto de las cuales la naturaleza de la causa es irrelevante (jubilación, desempleo, maternidad/paternidad).

Calificar de riesgos o contingencias del trabajo solo a algunas del conjunto de las que integran el nivel contributivo o profesional puede resultar confuso ya que existirían contingencias no laborales en el nivel contributivo, lo que, así formulado es, obviamente, un contrasentido. No obstante, ha de matizarse que, el nivel contributivo se denomina también como profesional porque se tutela a ciudadanos activos (trabajadores) frente a riesgos relacionados con su trabajo (básicamente la pérdida, temporal o definitiva del mismo, o la merma de la capacidad laboral); lo que sucede es que algunas de esas contingencias (incapacidad y muerte) pueden tener una dimensión genéricamente profesional (afectan al trabajo y se relacionan con el mismo), y/o más directamente profesional, en el sentido de que son las concretas condiciones del me-



dio de trabajo en materia de seguridad y salud las que provocan esas dos contingencias.

La diferencia entre riesgos del trabajo y riesgos comunes tiene habitualmente una consecuencia prestacional que consiste en el tratamiento privilegiado que reciben los riesgos derivados del trabajo; de forma que, o bien se elimina un requisito típico de las prestaciones contributivas como es un período de cotización previo (o período de carencia), o bien se mejora, frente a los riesgos comunes, la calidad, en número, extensión o cuantía de esas prestaciones.

Se trata de una diferencia que está determinada por una serie de razones, que pueden o no ser asumidas por el legislador: en primer lugar, porque se trata de la tutela profesional que primero ha existido en la mayoría de los sistemas de Seguridad Social, funcionando como referente para ampliaciones posteriores; en segundo lugar, porque este tipo de tutela cubre, en realidad, una responsabilidad por propios actos (es verdad que objetiva, pero por lo mismo tasada) que el empleador desplaza hacia el sistema público mediante el aseguramiento, por lo que la medida de la tutela debe estar determinada también por la entidad del daño; en tercer lugar, porque la tutela no sería adecuada si se exigiera al trabajador, por ejemplo, un tiempo de carencia, haciendo que quedara desprotegido si no lo reúne, cuando ha sido otro el causante del daño, de manera que el comportamiento de este quedara impune. Obviamente, este último punto puede ser discutible cuando se trata de un trabajador autónomo, que es, a la vez, causa y sujeto pasivo del incumplimiento en relación con las medidas de seguridad en el trabajo.

Admitido que los sistemas de Seguridad Social tienden a establecer diferencias por razón de la causa que origina la contingencia, la delimitación del concepto de riesgos del trabajo obliga a diferenciar dos tipos de causas: el accidente de trabajo y la enfermedad profesional.

Por lo que hace al concepto de accidente de trabajo ha de identificarse con el acontecimiento, súbito, violento e inesperado provocada por una circunstancia ajena al trabajador, que tiene lugar en el medio de trabajo, o relacionado con el mismo, y que provoca secuelas en los trabajadores que lo sufren, como una enfermedad, una incapacidad o la muerte, que ya constituyen situaciones de necesidad tuteladas genéricamente por el sistema de Seguridad Social en su nivel contributivo.

Naturalmente que la amplitud del concepto dependerá de la forma cómo el ordenamiento defina el accidente de trabajo, de si recurre a la



idea del trabajo como ocasión del accidente o si, más restrictivamente, requiere una regla de causalidad directa. Un concepto que, puede, además, ser matizado en relación con los trabajadores autónomos, respecto de los cuales es habitual exigir este tipo de conexión directa de causalidad debido al rasgo de la participación del autónomo tanto en la causa de la contingencia (es el responsable de la seguridad de su propio medio de trabajo) como en las consecuencias (sufre un accidente mientras trabaja).

No siendo posible un mecanismo de responsabilidad objetiva, el autónomo queda protegido, en este tipo de enfoque legal, solo si las contingencias provocadas lo han sido por circunstancias directa e indubitadamente conectadas con el trabajo, primando la tutela frente al posible argumento de que nadie debe ser protegido, y menos de forma privilegiada, frente a contingencias de las que es a su vez el causante. En consecuencia, depende del legislador establecer la relación entre los hechos o acontecimientos generadores de la contingencia y el trabajo.

En esta línea suele ser habitual, aunque se trate de ampliaciones hoy discutibles -porque al diluir la conexión con el trabajo también se debilita la línea de responsabilidad del empleador sobre la que se sustenta la propia especialidad de la tutela- que algunos ordenamientos consideren accidentes de trabajo a los hechos cuya relación con el mismo es muy débil o inexistente, o se establece en virtud de hechos circunstanciales solo relacionados con el trabajo de forma muy atenuada. Este es el caso de los llamados accidentes *in itinere*, es decir aquellos que sufre el trabajador al ir o al volver del trabajo; o de los denominados accidentes en misión, es decir, aquellos que tienen lugar fuera del trabajo pero que se hacen en ejecución del mismo; o los accidentes sufridos con ocasión del desempeño de actividades no laborales pero indirectamente relacionadas con el trabajo como la actividad de representación sindical.

Obviamente la configuración de estos hechos dependerá del criterio del legislador que puede generalizarlos o modalizarlos en relación con determinados colectivos como es el caso de los trabajadores autónomos o de las personas que, sin ser trabajadores, están incluidos por la vía de la asimilación como por ejemplo los altos cargos políticos, las personas que desarrollan un trabajo no remunerado en el hogar, entre otros.

También depende del legislador la importancia que quiera concederse a la concurrencia del propio trabajador en la producción del acciden-



te, determinando el impacto de su imprudencia en el accidente o en la agravación de sus secuelas. Se abre así la opción de definir la propia imprudencia, de clasificarla en simple, profesional o temeraria; y de establecer consecuencias según esta clasificación. De forma que puede aceptarse que la imprudencia profesional, esto es, la debida a la confianza que supone el ejercicio habitual del trabajo, no altera la consideración privilegiada, a efectos de la protección de las contingencias producidas por un accidente de trabajo que retiene, pese a ello, la responsabilidad en el empresario; o puede declararse irrelevante, a los mismos efectos, la imprudencia de menor nivel; pero, también y en cambio, puede entenderse que la imprudencia temeraria, al ser la principal causa del accidente mismo o de sus secuelas, excluye la consideración de la contingencia como profesional y, por tanto, expulsa al trabajador de la tutela especial anudada a estas contingencias por eliminar cualquier atisbo de responsabilidad del empleador. Lo que no significa necesariamente, en este último caso, que el trabajador quede desprotegido ya que, entonces, podrá ser protegido por un hecho de carácter común recibiendo la protección establecida para las mismas secuelas aun cuando la causa del accidente no tiene nada que ver con el trabajo.

Como hecho generador de las contingencias profesionales (se insiste, solo incapacidad para el trabajo y muerte), y además del accidente en sentido propio, los ordenamientos aceptan que las contingencias protegidas puedan estar provocadas por agentes relacionados con el trabajo, cuyo impacto es lento y progresivo y cuyas secuelas sobre la capacidad o la vida del trabajador también pueden producirse de esa misma manera paulatina, estas son las enfermedades del trabajo en el sentido de provocadas o generadas por este, y que pueden ser tanto físicas como psíquicas.

Se trata, en fin, de procesos que van provocando el deterioro lento y progresivo de la salud del trabajador, o incluso su muerte, y que están generados por el trabajo. A estos efectos, el elemento clave es la conexión que debe existir entre trabajo y lesión, mucho más evidente en el caso del accidente de trabajo.

Los términos de esta conexión corresponde establecerlos al legislador, pudiendo optar por conexiones directas, exigiendo por ejemplo que el trabajo sea el causante único y exclusivo, o cuando menos prevalente, de la enfermedad o de la muerte del trabajador; o debilitar esa relación introduciendo elementos definitorios que, finalmente, aceptan un tipo de conexión atenuada o indirecta.



En todo caso, hay que aceptar que enfermedades causadas por el trabajo pueden ser cualesquiera, incluso aquellas que pueden sufrir, con la misma gravedad e intensidad, las personas que no han tenido relación alguna con el trabajo, es decir, las enfermedades comunes; y desde luego, debe asumirse que son típicamente enfermedades de trabajo aquellas que solo, o mayoritariamente, tienen lugar a consecuencia de ciertas actividades, y que son las que, dentro de las enfermedades del trabajo, se califican, es cierto que de forma algo confusa, como enfermedades profesionales.

Así, una consideración expansiva del concepto de enfermedades del trabajo permite tratar como tales, entre otras, no solo aquellas enfermedades de etiología común contraídas por el trabajador con motivo de la realización de su trabajo siempre que quede probado que la enfermedad tuvo por causa la ejecución del mismo; circunstancia que suele entenderse producida respecto de las enfermedades comunes que se manifiestan en tiempo y lugar de trabajo jugando a favor del trabajador la presunción de que están causadas por el trabajo.

También podrán gozar de esta presunción las enfermedades comunes padecidas con anterioridad por el trabajador pero que se agravan como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente; o las enfermedades que son complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por un accidente, ocasionando modificaciones en su naturaleza, en su duración, en su gravedad o en su terminación.

Por último, hay que insistir en el hecho de que muchos ordenamientos, dentro de las enfermedades del trabajo, destacan algunas que, por su incidencia estadísticas y la prueba científica de la conexión entre trabajo y enfermedad, el ordenamiento presume producidas por el trabajo, evitando la necesidad de la prueba de esa conexión que se estima ya existente.

Lo importante en relación con estas enfermedades, que han asumido en exclusiva la denominación de enfermedad profesional, es su inclusión en el listado, legal o jurisprudencial aunque el legal otorga más seguridad jurídica, de tales enfermedades que se benefician de la presunción de su laboralidad y, en consecuencia, se colocan en una situación de privilegio respecto de las otras enfermedades del trabajo, no profesionales, ya que en estas hay que probar la conexión con el trabajo, las cuales, una vez probada, recibirán prácticamente el mismo tratamiento que los accidentes de trabajo; y respecto de las enfermedades comunes, que, excluidas de la profesionalidad en sentido estricto, se tratarán como contingencias comunes, aunque todas ellas estén en el



nivel profesional o no contributivo de prestaciones.

A este respecto, el sistema habitual es el de lista que clasifica las enfermedades estrictamente profesionales, en el sentido antes dicho, en la que se sistematizan las enfermedades que con mayor frecuencia o habitualidad se suceden por áreas de actividad productiva. El resultado final de este proceso es que, únicamente, podrán ser consideradas enfermedades profesionales en sentido estricto las que aparezcan listadas o clasificadas.

2.2. Prestaciones: concepto y tipología

Como se ha afirmado, la contingencia es la situación de necesidad que el legislador ha resuelto proteger; y la solución o respuesta a dicha situación viene de la mano de las prestaciones que son el mecanismo de índole económica pensado para cubrir las situación de carencia de recursos (caso del nivel de protección no contributivo), o de sustitución de ingresos (caso de que se trate del nivel contributivo de protección).

Cuando la contingencia o situación protegida se materializa o actualiza se puede decir que la situación de necesidad ha surgido, es real; lo que obliga a poner en marcha el mecanismo de protección diseñado al efecto por los sistemas de Seguridad Social que son las prestaciones. Así, en el caso de la contingencia de incapacidad temporal para el trabajo, se puede decir que la misma, cuando se actualiza, genera dos situaciones de necesidad: de una parte, la que representa la alteración de la salud del trabajador, para la que se prevé la prestación técnica de asistencia sanitaria; y, de otra, la de pérdida de ingresos por la imposibilidad de desarrollar el trabajo, para la que se otorga una prestación económica sustitutiva de estos. Respecto de la jubilación, en cambio, la materialización de esta contingencia da origen a una única situación de necesidad asociada a la pérdida de los recursos derivados del desempeño del trabajo como consecuencia del abandono por alcanzar el sujeto una determinada edad.

Las prestaciones que ofrecen los sistemas de Seguridad Social pueden clasificarse de muchas maneras. La más habitual es la que establece la diferencia entre prestaciones económicas y prestaciones en especie. Las prestaciones económicas o en dinero no solo son las más numerosas sino que constituyen la respuesta más natural frente a una situación de necesidad de tipo económico directo. La falta absoluta de ingresos, se atiende con prestaciones económicas de garantía mínima,



como corresponde al nivel no contributivo. Mientras que la carencia de ingresos por la pérdida del empleo se combate con la prestación económica de desempleo; la suspensión del contrato por el nacimiento de hijos se tutela a través de la prestación económica de maternidad; la disminución, o en según qué casos, la pérdida absoluta de ingresos de la unidad familiar por el fallecimiento del cónyuge/padre se protege a través de las pensiones económicas de viudedad/orfandad.

Junto a las anteriores existen, igualmente, un conjunto de prestaciones técnicas, en especie o en servicios de carácter personal, como la atención sanitaria y farmacéutica, la rehabilitación, la ayuda domiciliaria o los servicios a la tercera edad, generalmente excluidas del concepto de Seguridad Social e integradas en otras redes de protección social (Servicios Sociales, Sistema Nacional de Salud); pero que también podrían formar parte del elenco de prestaciones ofrecidas desde la propia Seguridad Social si ésta fuese la opción político-normativa.

Centrando el análisis en las prestaciones económicas que son las que, por regla general, comprenden los sistemas de Seguridad Social, es posible, a su vez, establecer diferencias entre las mismas. Según cómo se abonen existen prestaciones de carácter periódico que se pagan cada mes, mientras subsista la situación de necesidad protegida, como es el caso de la carencia de recursos, respecto de la que la prestación de garantía puede durar todo el tiempo que persista la situación real de necesidad; o de la incapacidad temporal o del desempleo o de la pensión de jubilación, contingencias respecto de las cuales la prestación puede durar todo, o parte, del tiempo que subsiste la situación de necesidad.

Frente a estas prestaciones se pueden mencionar aquellas que consisten en una cantidad única que se paga de una sola vez, siendo el supuesto más habitual de este tipo de prestación económica la indemnización que recibe el trabajador cuando se le declara incapaz para el trabajo, si, por ejemplo, esta tiene su origen en un accidente laboral o si la incapacidad resultante, por reducida, no justifica una protección económica estable, compensándose económicamente y de una sola vez, esa reducción de la capacidad laboral.

Respecto de las prestaciones económicas periódicas, igualmente cabe distinguir, a su vez, y en razón de su duración, entre las que se llaman subsidios, que tienen una naturaleza temporal o provisional ya que se pagan solo durante un cierto período de tiempo (es el caso de las prestaciones por desempleo, por incapacidad temporal o por maternidad), y las pensiones que son de naturaleza permanente o vitalicia (el supuesto de las pensiones por jubilación, y como regla general, las de



incapacidad permanente y viudedad). La opción legal por un determinado tipo de prestación económica, temporal o permanente, depende de la función protectora de la prestación y del alcance que a la misma quiera darse.

De esta forma, cabe, aunque es en alguna medida contradictorio, que las prestaciones no contributivas de garantía de mínimos sean temporales, pudiendo o no renovarse; seguramente como una forma de evitar la instalación permanente del sujeto protegido en la situación de subsidiado, desincentivando pues la búsqueda de fuentes de subsistencia, normalmente por el trabajo, y favoreciendo el tránsito desde la carencia de recursos hacia su obtención de forma regular mediante el desarrollo de alguna actividad profesional.

Cuestión distinta es la protección por desempleo, habitualmente temporal aunque esa situación se consolide en permanente o de larga duración. Sin duda por razones derivadas del control del gasto y su carácter contributivo, este tipo de prestaciones están limitadas en el tiempo; quedando al desempleado permanente o bien tuteladas especiales si se trata de un desempleo de larga duración, o una protección asistencial de continuación del desempleo contributivo o finalmente y donde así esté establecido, la obtención de prestaciones no contributivas de garantías de recursos.

2.3. Elementos esenciales para la obtención de la prestación: los requisitos de acceso a las prestaciones

La contingencia se define por la confluencia de una serie de elementos que constituyen el núcleo esencial de su definición; y solo cuando dichos elementos se cumplen se considera actualizada la contingencia. Una vez actualizada la contingencia se pone en marcha el esquema de protección tradicional cuya obtención suele depender del cumplimiento de una serie de requisitos, sin los cuales, aun actualizada la contingencia, la protección no se otorgará por no haber surgido el derecho a la misma. Los requisitos que pueden establecerse dependen del tipo de prestación, contributiva o no y de la contingencia concreta de que se trate.

Cuando se trata de prestaciones no contributivas, debido a su propia naturaleza y a la función que cumplen las prestaciones de garantía de mínimos de subsistencia, su reconocimiento no se hace depender de cuál haya sido la situación laboral del posible beneficiario, previa al



momento en que la contingencia se actualiza. Por el contrario, es irrelevante para la obtención de la prestación que el sujeto esté en situación de activo o que, incluso, haya contribuido o cotizado al Sistema de Seguridad Social con anterioridad. En realidad, para este tipo de prestaciones lo único relevante es la existencia real de una situación de necesidad económica que es la que constituye la situación a proteger o contingencia; lo que no impide que puedan exigirse requisitos añadidos, relacionados con el sujeto que demanda la protección.

Sin embargo, mientras que en el nivel contributivo existe una delimitación clara entre los rasgos que configuran la contingencia y los requisitos de acceso a la prestación, no cabe decir lo mismo cuando se trata del nivel no contributivo. En primer lugar, el especial protagonismo que cobra la ausencia de recursos económicos provoca un mayor grado de confusión acerca de su condición; si la misma constituye el elemento desencadenante de la situación de necesidad a proteger por el Sistema, es decir, la contingencia; o si la misma debe interpretarse como un requisito más de los que condicionan su acceso a las prestaciones.

En este extremo, se puede afirmar que la carencia de recursos, siempre que sea real y efectiva, se configura como uno de los elementos esenciales de la contingencia, ya que, solo a partir de su constatación o actualización, es cuando el Sistema diseña los mecanismos de protección que son las prestaciones. Cuestión distinta es si es suficiente para entender actualizada la contingencia la carencia de recursos en los términos establecidos por el legislador; o si es preciso que entren en juego otros factores que, igualmente, habrán de ser considerados parte esencial de la contingencia.

Sin embargo, y sin negar este papel protagonista de la exigencia de carencia de recursos en la definición de la contingencia de nivel no contributivo, no se puede negar su estrecha vinculación con la función que desempeñan las prestaciones de este nivel; que no es otra que la de compensar esa carencia o la escasez de los ingresos o rentas necesarias para subsistir (frente a la de sustitución de ingresos que caracteriza la del nivel contributivo). Esta insuficiente situación económica ha de darse efectivamente, lo que coloca en primer plano, en cuanto a estas prestaciones, la necesidad de justificarla; lo que se suele denominar como prueba de recursos o prueba de necesidad. Esto explica la confusión acerca del papel que cumple la exigencia de carencia de recursos, si como elemento de la contingencia (que es lo que finalmente es), o como requisito de acceso a la prestación.

Otra cosa son los posibles requisitos que puedan exigirse, más allá de



la realización de la contingencia, en relación con las prestaciones no contributivas. Suelen establecerse así las exigencias, bien de la nacionalidad, bien de una cierta residencia como condiciones para generar el derecho a la prestación. Es la idea de solidaridad, que está en la base de las prestaciones no contributivas, la que exige, para el ejercicio de esa solidaridad, la pertenencia del sujeto a la comunidad que ejercita esa solidaridad en relación con uno de sus miembros; esto es, lo que sirve para poner de manifiesto la pertenencia del sujeto protegido a la comunidad de la que reclama la solidaridad y la tutela.

Se trata de un requisito general que actúa, incluso, con carácter prioritario respecto de la nacionalidad; lo que significa que puede haber nacionales que no tengan derecho a la prestación no contributiva y extranjeros residentes que por esta condición de residencia sí que la tengan. Cómo organizar esta exigencia dependerá de cómo se conceptúe o se valore, pues puede que solo se exija en el momento inicial de reconocimiento de la prestación económica o que esa exigencia persista simultáneamente mientras se disfruta la prestación, siendo de ambas opciones esta segunda la que se ajusta más a la finalidad perseguida pues no se justifica proyectar la solidaridad con quien ha dejado de formar parte de una concreta comunidad.

En cuanto a las prestaciones del nivel contributivo, lo que se persigue es dar cobertura a la situación de necesidad que experimenta el sujeto cuando sufre la pérdida de los ingresos que venía percibiendo (bien sea por causa de un despido, por abandono del trabajo por cumplir una edad, por incapacidad para seguir trabajando, entre otras razones).

Es precisamente esta función de sustitución de rentas dejadas de percibir lo que determina que el futuro destinatario de estas prestaciones sea, básicamente, quien estaba desempeñando una actividad laboral antes de materializarse alguna de las contingencias (situaciones protegidas). De este modo, cuando se trata del nivel contributivo de protección, y dado que lo que impera es el elemento laboral, los requisitos de cumplimiento necesarios estarán vinculados a la condición de trabajador. A partir de estos elementos conceptuales, el criterio de actividad, propio del nivel contributivo, se instrumenta en aquellos requisitos que evidencian la condición de trabajador del sujeto: de una parte, que el sujeto se encuentre en situación de activo en el momento de actualizarse la contingencia; y, de otra, que reúna un determinado número de aportaciones al sistema de Seguridad Social.

Por lo que hace al primero de los requisitos mencionados, manifestación inequívoca de la condición laboral del sujeto que pretende la



tutela, encuentra su razón de ser en la función que cumplen estas prestaciones. Sin embargo, y pese a ser la condición de activo una exigencia clave para el reconocimiento de este tipo de prestaciones, lo cierto es que suelen contemplar otras situaciones que igualmente permiten ese acceso aunque no sean, en sentido propio, de activo. Es el caso de quien accede a la pensión de jubilación desde la condición de desempleado; o el supuesto de, quien estando en situación de maternidad, le es reconocida una pensión de incapacidad para el trabajo. Se trata de supuestos en los que la exigencia de activo se flexibiliza en aras a conseguir el reconocimiento de la protección solicitada; flexibilidad que generalmente se contrarresta con el debido cumplimiento del otro requisito que es la cotización.

Este segundo requisito, esencial en la lógica del nivel contributivo de cualquier sistema de Seguridad Social, es consecuencia directa de su antecesor: los Seguros Sociales. Presupone que el sujeto que pretende la protección ha estado o está activo, y por tanto, cotizando al Sistema un cierto período de tiempo antes de que la contingencia se actualice. Constituye una de las manifestaciones del principio contributivo, según el cual, la respuesta protectora del sistema de Seguridad Social será proporcional al esfuerzo de cotización previo efectuado por el sujeto.

Lo anterior explica que los períodos (o carreras de seguro) exigidos sean diversos para cada una de las prestaciones; normalmente más amplios cuanto más importante y duradera es la prestación. Lo que justifica que la pensión de jubilación, generalmente de carácter vitalicio, sea la prestación económica de los sistemas de Seguridad Social que exija carreras de seguro más amplias (entre 15 y 30 años de cotización); y que, sin embargo, no suceda lo mismo cuando se trata de prestaciones económicas sujetas a término, entre otras, las que protegen las contingencias de maternidad, el desempleo o la situación de incapacidad de carácter provisional ya que, cuando la misma adquiere la calificación de permanente, la exigencia de cotización igualmente se incrementa. Se trata de un requisito que va ligado a la dimensión contributiva que define una dimensión del sistema de Seguridad Social y que responde, aparte de a la caracterización profesional señalada, a la necesidad de contribuir al sostenimiento financiero del mismo.

Desde esta doble dimensión, actividad laboral y necesidad de participación en el gasto, es desde la que se puede entender que la exigencia de períodos de cotización previos se predique, con carácter general, para todas las prestaciones de este nivel de protección. Esta contributividad justifica que, en ocasiones, resulte innecesario que el sujeto se encuentre en situación de activo con carácter inmediato previo a la



actualización de la contingencia ya que, el hecho de tener cubierto un determinado período de carencia (cotización), se considera suficiente para constatar la existencia de una vida laboral y, en consecuencia, el derecho a la percepción de la prestación de naturaleza contributiva.

Esta perspectiva de análisis determina que la exigencia de carencia (de cotización) y la necesidad de que el sujeto se encuentre en situación de activo constituyan ambos, requisitos externos, condicionantes del derecho a la tutela pero no del núcleo mismo de la situación protegida o contingencia por mucho que ambos puedan reflejar la actividad laboral general del sujeto. Los dos constituyen elementos esenciales o requisitos para el acceso prestacional.

En el caso de la contingencia de incapacidad temporal, una vez que la contingencia se ha materializado por encontrarse el sujeto inhabilitado temporalmente para su trabajo con la consiguiente pérdida de ingresos, es cuando este podrá solicitar el correspondiente subsidio de incapacidad temporal previsto en el sistema de Seguridad Social cuyo reconocimiento exige que el trabajador reúna un determinado número de aportaciones o cotizaciones. Por tanto, si pese a tratarse de un sujeto incapacitado temporalmente para su trabajo que precisa de asistencia sanitaria no cumple con la exigencia de cotización establecida legalmente, este no podrá acceder a la prestación económica por incapacidad temporal.

En todo caso, los sistemas de Seguridad Social, como regla general, suelen proyectar una mayor dosis de flexibilidad en el cumplimiento de ambas exigencias (o al menos por lo que hace a la de cotización) cuando se trata de situaciones que devienen de riesgos profesionales. Así, cuando la causa que origina la contingencia de incapacidad temporal (de invalidez permanente o las prestaciones por muerte y supervivencia, caso de la viudedad y la orfandad) es un accidente de trabajo o la declaración de una enfermedad profesional, es frecuente que el acceso a la tutela del Sistema no quede condicionado por el cumplimiento del requisito de cotización, e incluso, tampoco del de alta. Un tratamiento privilegiado para el trabajador que no es sino reminiscencia del carácter laboral de los Seguros Sociales antecesores de los sistemas de Seguridad Social y de su tratamiento diferenciado en razón de su conexión con la responsabilidad del empleador. De forma que el sujeto puede pasar así a ser titular del derecho a la tutela pública, aunque no reúna las exigencias propias de la prestación que se solicita.

Como se viene insistiendo, los dos niveles prestacionales del Sistema de Seguridad Social se caracterizan por la oposición de tres rasgos. Por



lo que se refiere al nivel no contributivo, está caracterizado por la ausencia de todo rasgo o exigencia de carrera laboral en el sujeto ya que sus prestaciones cumplen la función de compensar la carencia de ingresos; de ahí que, a diferencia de lo que sucede cuando se trata del nivel contributivo, su financiación no se corresponda con aportaciones previas del sujeto sino que la misma se desplaza al conjunto de la sociedad en la que aquel vive convirtiéndose así en la única obligada a soportar esa carga financiera. Aquí lo esencial es la existencia de una situación de necesidad real económica, adquiriendo el derecho a la tutela en este nivel la característica de ser un derecho universal de ciudadanía como título de pertenencia a una determinada comunidad de convivencia de la que se reclama un ejercicio de solidaridad. La pobreza y la pertenencia a la comunidad de la que se forma parte, en virtud de la nacionalidad/residencia, se convierten en títulos suficientes para obtener la protección.

Por lo que hace al nivel contributivo es imprescindible la carrera laboral del sujeto, puesto que sus prestaciones cumplen la función de ser sustitutivas de las rentas previas de activo, con todo lo que ello significa de exigencia de encontrarse el sujeto en situación de prestación de servicios, de reunir un determinado período de aportaciones anteriores al sistema y, consecuentemente, de cálculo de las prestaciones en razón de las cotizaciones o contribuciones económicas hechas por el sujeto protegido al sistema de Seguridad Social. Esto determina que, en realidad, para este nivel de protección, la situación de necesidad económica del sujeto a proteger resulte ser irrelevante o simplemente se presuma; lo verdaderamente esencial será el cumplimiento de las exigencias que evidencian su carrera laboral (situación de activo y aportaciones en la cuantía establecida legalmente).

3. El cuadro prestacional: las prestaciones del nivel no contributivo de protección

Frente a las prestaciones de nivel contributivo las del nivel no contributivo cumplen la función de atender situaciones reales de necesidad económica proporcionando recursos mínimos de subsistencia al sujeto que carece efectivamente de ellos.

El nivel no contributivo no protege a los sujetos como consecuencia, mediata o inmediata, de su condición de trabajador, actual o no; por lo que el carácter no contributivo de sus prestaciones se expresa en el hecho de que no es necesario ser o haber sido trabajador activo para



obtenerlas, ni haber realizado aportaciones (contribuciones) previas al sistema de Seguridad Social. El elemento característico en este nivel de tutela es, pues, la existencia de una situación de necesidad real y efectiva; o lo que es lo mismo, la carencia de los recursos económicos que se consideran mínimos para que el sujeto pueda cubrir las necesidades esenciales para subsistir. En ello consiste la contingencia a proteger.

La objetivación de esa carencia de recursos generalmente se obtiene a partir del establecimiento por el legislador de un concreto nivel de ingresos (también denominado “umbral de pobreza”) que habrá de actuar como límite cuantitativo, teniendo como referencia, aunque no como condicionante expreso salvo que así lo establezca, el coste de la vida en relación con la cobertura de las necesidades básicas o el nivel mínimo salarial a nivel nacional. De este modo, en función de si los ingresos son inferiores o superiores a dicho umbral, el ciudadano que pretenda la tutela dispensada por este nivel, quedará incluido o excluido de la protección.

En consecuencia, la contingencia o situación protegida en este nivel de tutela viene definida por esa carencia de recursos económicos que se entiende real y efectiva en función de ese referente (o parámetro) legalmente establecido; y no por la pérdida de ingresos previos que es la característica que define las situaciones protegidas cuando se trata de las prestaciones de nivel contributivo respecto de las cuales sí que resulta relevante el hecho de que el sujeto esté o haya estado trabajando en algún momento a lo largo de la vida activa.

No obstante lo anterior, es importante decidir cuándo y cómo debe entenderse cumplida la exigencia de carecer de recursos ante lo que se abren diferentes opciones para el legislador. Una primera opción centra toda su atención en la ausencia de recursos por parte del sujeto que solicita la tutela, sin tener en consideración otras posibles variables, como es el hecho de que conviva con otros sujetos que sí cuentan con recursos suficientes formando una unidad familiar; lo que supone tener como finalidad la de cubrir la necesidad económica del individuo singularmente considerado esa situación en sí misma como atentatoria a la dignidad.

Pero también es posible dar relevancia a la unidad de convivencia, reteniendo en la unidad familiar, que es una unidad de ingresos y gastos, la carga de sostener económicamente a uno de sus miembros que carece por sí mismo de ingresos. Para lo que la medida de la carencia de recursos se establece teniendo en primer lugar el nivel de ingresos o rentas del sujeto que solicita la prestación (esfera individual); requisito que



se entiende cumplido cuando las rentas o ingresos de que disponga, en cómputo anual, sean inferiores a la cuantía establecida legalmente. Una vez constatado que aquel no supera este límite de recursos, y para el caso de que el sujeto que solicita la prestación pertenezca a una unidad familiar, habrá de ser tomado en consideración el nivel de recursos de la familia (esfera familiar).

De la combinación de ambas esferas o centros de imputación resulta que, si el sujeto que pretende la protección no cumple individualmente la exigencia de carecer de recursos, no podrá tener acceso a la prestación, aunque conviva en una unidad familiar cuyos recursos queden por debajo de lo establecido legalmente. Por el contrario, si este requisito se cumple a nivel individual, su acceso vendrá condicionado a que la esfera familiar no supere tampoco el límite legal de recursos.

3.1. Las contingencias del nivel no contributivo

El nivel no contributivo de prestaciones cumple la función general de atender con suficiencia y dignidad las situaciones de necesidad económica real compensado así la carencia de recursos del sujeto. Definida la contingencia en función de esa carencia de recursos el paso siguiente es concretar el alcance de su ámbito de aplicación objetivo ofreciéndose así dos posibilidades.

La primera supone decantarse por la alternativa que proporcione a los sujetos una cobertura integral, lo que significa dar tutela ante cualquier situación de necesidad económica del ciudadano, siempre que la misma sea real y efectiva, incluida la más esencial que representa la ausencia absoluta de ingresos por parte de aquel. La no contributividad se expresa aquí como una manifestación más del principio de universalidad que tan naturalmente se asocia a las prestaciones que participan de esta naturaleza.

La segunda de las opciones consiste, en cambio, en configurar un nivel de protección no contributivo más restrictivo respecto de su ámbito material; seleccionando las situaciones, todas ellas de necesidad económica real pero diversas, que merecen ser tuteladas por el sistema. No cabe entonces hablar de una generalización objetiva vinculada a ese principio de solidaridad presentándose, por el contrario, este nivel más como dispensador de prestaciones de garantía solo a concretos grupos de ciudadanos.



De ambas opciones legislativas (la integral o la restrictiva) suele ser común a los sistemas de Seguridad Social la que tiende a limitar su ámbito de actuación a determinadas situaciones de necesidad real siempre que concurren sobre determinados sujetos caracterizados por una especial vulnerabilidad social derivada de ciertas condiciones personales.

El esfuerzo de solidaridad para su financiación, generalmente vía impuestos, puede justificar este déficit de su campo de aplicación en razón de las limitadas disponibilidades financieras del Estado; aunque no se descarte, lo que suele ser un propósito habitual de estos sistemas restrictivos, su ampliación a lo largo del tiempo y siempre que tales prestaciones sean financiables, de forma sostenible, por el Presupuesto General del Estado. Desde esta concepción más restrictiva del ámbito material, se advierte una protección generalizada de situaciones de necesidad económica real siempre que las mismas aparezcan ligadas, además, a factores, por ejemplo, de edad, de discapacidad, o de desempleo de larga duración, con independencia de la carga familiar que puede funcionar tanto como requisito de la prestación como criterio para modular su cuantía.

De este modo, los sistemas de Seguridad Social ofrecen tutela a la situación de carencia de recursos en la que se encuentra quien ha alcanzado una determinada edad elevada, coincidente, como regla general, con la edad estándar de jubilación. En este caso, la contingencia o situación tutelada no es otra que la vejez de quien, además, carece de ese mínimo de ingresos y la idea es proporcionar una prestación que facilite un ingreso mínimo a quien carece de él y ha cumplido una edad que permite diagnosticar la imposibilidad total de obtenerlo por sí mismo en el futuro. No cabe aquí hablar de abandono definitivo de la actividad profesional característico de la prestación de jubilación contributiva ya que la vinculación con el trabajo en este nivel de protección es innecesaria. El objetivo es dar cobertura a la situación de insuficiencia de ingresos de quien ha cumplido la edad mínima legal pensionable y no puede acceder a la pensión de jubilación del nivel contributivo, bien porque no ha trabajado nunca antes o bien, porque lo ha hecho de forma insuficiente (sin llegar a reunir el mínimo de aportaciones necesarias para alcanzar la pensión de jubilación).

En esta misma línea y junto a la anterior, también se suele exigir que, para tener derecho a la prestación de garantía de recursos, se requiera, alternativamente, que el sujeto, además de carecer efectivamente de recursos, se vea afectado por una discapacidad o por una enfermedad crónica de un alto nivel incapacitante. Esta segunda de las situaciones protegidas se vincula ahora no a la edad sino a una condición o cir-



cunstancia personal como es la incapacidad personal en un grado tan importante como para presumir que el sujeto no podrá, por su propio esfuerzo, obtener los recursos mínimos necesarios para subsistir debido precisamente a su discapacidad; razón por la cual el sistema de Seguridad Social le reconoce una pensión no contributiva de invalidez.

En este caso lo determinante no es la falta de capacidad para el desempeño de una actividad laboral, tal y como sucede cuando de lo que se trata es de tutelar la incapacidad en el nivel contributivo; por el contrario, aquí lo que se protege es la mera discapacidad (física, psíquica o sensorial) que el sujeto padece y que le inhabilita para el desarrollo normal de su vida diaria y, en consecuencia y presumiblemente, para conseguir los ingresos mínimos para la subsistencia.

Otra posible connotación personal añadida a la carencia de recursos, integrándose con ella como elemento de la contingencia, puede ser otra situación de necesidad de larga duración como consecuencia del fracaso permanente del trabajador en el objetivo de recuperar su actividad laboral. Es el caso del desempleo de larga duración que podría justificar, a partir de una mínima duración relevante de esa situación de desempleo involuntario, una protección de garantía de mínimos a quien se encuentra en esa situación de necesidad absoluta sin aparente salida. La peculiaridad del grupo protegido, desempleados de larga duración con evidente repercusión negativa en su empleabilidad, su formación profesional, su experiencia y sus posibilidades de encontrar otro empleo, puede consistir en su mayor fragilidad social y el riesgo evidente de exclusión social y de marginación. Para atender estas necesidades puede articularse una prestación no contributiva que podría añadirse al repertorio de las ya reconocidas, aunque con carácter restrictivo como las vinculadas a la vejez o a la incapacidad.

Pese a ser las anteriores las situaciones protegidas más generalizadas a nivel no contributivo entre los sistemas de Seguridad Social, también es frecuente encontrar sistemas que ofrecen tutela dentro de este mismo nivel no contributivo a situaciones de carencia de recursos vinculadas a la familia, sea por el nacimiento de un nuevo hijo o sea por el cuidado de un familiar; especialmente, cuando se trata de hijos con discapacidades de cierta relevancia.

Se trata de prestaciones que tienen como objetivo contribuir a soportar la carga económica que significan los hijos dependientes económicamente o a cargo de los padres (o de familiares también dependientes) cuando se trata de economías familiares que igualmente no alcanzan el umbral de pobreza marcado por el legislador. Este tipo de presta-



ción toma como referencia, y como requisito para el surgimiento del derecho, una circunstancia familiar absolutamente independiente de la carrera laboral y a la cotización previa; conectando al tiempo con el interés general y el valor social del nacimiento y cuidado de los hijos y afrontando, con carácter de igualdad, una situación de necesidad económica en la que pueden encontrarse todas las familias.

En todos los casos citados la actualización de la contingencia tiene lugar cuando se constata y prueba la insuficiencia de recursos, pero a la vez, cuando esa insuficiencia va unida a otras circunstancias personales, sea definitivas (vejez, incapacidad permanente) o temporales (desempleo, cargas familiares), factores que también, en los ordenamientos que así lo establecen, forman parte de la contingencia protegida que, en este escenario, sería varias. Es decir, todas ellas con un elemento común como la carencia de recursos, y cada una de ellas con elementos adicionales de la definición (edad, incapacidad, desempleo, cargas familiares).

Dicho de otro modo, la contingencia de vejez se materializa cuando el sujeto no alcance el umbral de pobreza legalmente establecido y haya cumplido la edad exigida al respecto; para el caso de la contingencia por razón de discapacidad, habrá de ser igualmente la suma de ambas condiciones, carencia de recursos y discapacidad, las que hayan de confluir para que aquella se entienda actualizada; en cuanto al desempleo es la carencia de recursos más la duración prolongada del desempleo involuntario; respecto de la carga familiar, nuevamente la carencia de recursos pero además ciertas circunstancias familiares reveladoras de la existencia o del incremento de cargas por esta razón (nacimiento de hijos o adopción, cuidado de hijos, número e hijos a cargo, discapacidad de alguno de ellos, etc.).

3.2. Los requisitos de acceso a las prestaciones del nivel no contributivo

La situación protegida en el nivel no contributivo de protección se concreta en la carencia de recursos de quien, bien ha alcanzado la edad mínima legal pensionable, bien le ha sido declarada una discapacidad para el desempeño normal de su vida diaria, bien está en desempleo de larga duración, o tiene cargas familiares. Por tanto, las prestaciones de este nivel de cobertura compensan la carencia de recursos de quienes no alcanzan los umbrales de pobreza marcados por el legislador.



Es precisamente esta acción de solidaridad general que las prestaciones no contributivas suponen la que exige que la misma deba fundarse en un tipo de vínculo entre la comunidad y el sujeto beneficiario. Y este no parece que pueda ser otro que el arraigo que genera la residencia de aquel en la comunidad de la que espera recibir la tutela necesaria para subsistir; lo que se justifica porque la acción protectora de cualquier Estado se sustenta en un principio de territorialidad. De este modo, para las pensiones no contributivas, la residencia efectiva, real y legal, se convierte en la exigencia principal para poder acceder a las prestaciones.

A partir de aquí, vuelven a abrirse posibilidades a la hora de configurar esta exigencia, bien la residencia entendida como una circunstancia de carácter estático y puntual, esto es, el acceso a las prestaciones simplemente se condiciona a una mera exigencia de residencia. O, si por el contrario, se considera que se trata de un elemento dinámico y de duración, condicionando el acceso a la tutela al cumplimiento de un mínimo período de residencia en el Estado, dentro de un determinado arco temporal, próximo al momento en que se solicita la prestación no contributiva.

La lógica de este importante requisito de residencia descansa, como se ha repetido, sobre el principio de solidaridad que subyace al sistema de protección social en general, pero al nivel no contributivo en particular, y tiene que ver con la financiación de estas prestaciones, puesto que es el sistema impositivo general el que financia las prestaciones no contributivas, al margen de la nacionalidad, debido entre otras cosas a que la discriminación por nacionalidad en el ámbito de la protección social suele estar prohibida, sea por mandato constitucional, sea por derivación de la aplicación de normas internacionales. De forma que, dándose el arraigo, la nacionalidad debe ser indiferente.

Otra cosa es la duración y la forma de cumplir el requisito de residencia frente a lo cual se abren innumerables alternativas normativas, por ejemplo: exigir la residencia por períodos muy amplios como evidente manifestación del arraigo, o limitar ese tiempo solo a una duración mínima, o exigir que esa residencia sea legal, algo particularmente relevante para los extranjeros, certificada y legitimada mediante los oportunos permisos; o basta la prueba del hecho en sí de la residencia, por cualquier medio, al margen de su legalidad o irregularidad; o requerir una certificación de la residencia solo a partir de determinados documentos o registros; o permitirla por cualquier medio de prueba. O establecer que la residencia acreditada sea siempre inmediatamente antes de la actualización de la contingencia; o permitir una certificación de



residencia que se refiera a períodos anteriores siempre que la suma de ello supere un cierto nivel; o ambas cosas a la vez.

En cuanto al lugar donde debe producirse la residencia, frente a la regla lógica de que en el Estado en el que se solicita la prestación, existen instrumentos internacionales (tratados y convenios) que obligan a computar a estos efectos la residencia en el otro u otros países. Es lo que sucede en la esfera del Derecho Comunitario Europeo en el que se considera cumplida tal exigencia cuando el sujeto acredite tiempos de residencia en otros países del espacio comunitario, totalizándose a tal fin los períodos de residencia en cualquier Estado miembro de la Unión Europea como si fueran de residencia en el Estado en el cual se solicita la prestación y procediendo a lo que se denomina cómputo recíproco de períodos de residencia (o totalización de períodos de residencia). En realidad, la exigencia de residencia se ha cumplido, aunque no sea en el estado miembro en el que se solicita la protección, si bien ha de ser mantenida, ahora ya sí, en el estado de concesión; de lo contrario, el sujeto perderá la prestación económica no contributiva.

4. El cuadro prestacional: las prestaciones del nivel no contributivo

Con carácter general, los sistemas de Seguridad Social prevén la protección de la situación de incapacidad para el trabajo a partir de dos contingencias estrechamente relacionadas entre sí como son las de incapacidad temporal y de incapacidad permanente. En ambas concurre un mismo supuesto de hecho o situación de necesidad: una alteración de la salud que incide en la capacidad para el trabajo del sujeto que la padece, inhabilitándole para su ejercicio y colocándole en una situación de pérdida de ingresos. Pero junto a ese elemento común existe otro que marca el punto de inflexión entre ambas prestaciones y que no es otro que el carácter provisional o permanente de la enfermedad o de las lesiones que el trabajador padece; provisionalidad que se presume en la incapacidad temporal, y que determina el sometimiento a un proceso de curación, en contraposición con el carácter definitivo que, previsiblemente, alcanzan dichas lesiones en la incapacidad permanente, normalmente tras haber estado sometido el trabajador al proceso de curación.

De manera que la incapacidad para el trabajo pone en marcha un proceso dinámico, del que no es posible establecer a priori las fases de su devenir natural. El proceso de curación de esas lesiones, que supone



la finalización de la situación de incapacidad, resulta así incierto, imprevisible e indeterminable. Esto explica que cuando el sujeto sufre un accidente o enfermedad, con independencia de su naturaleza, se inicie normalmente el tratamiento de esta situación desde la lógica de la provisionalidad de las lesiones. Pero, en la medida en que la duración de las mismas no solo depende de cuál sea su evolución sino que dicha duración queda también condicionada por un factor de tiempo o límite temporal máximo de la provisionalidad, una vez alcanzado dicho límite, se debe considerar que aquellas lesiones o enfermedades que empezaron siendo provisionales han pasado a convertirse en definitivas.

Todo lo anterior parece llevar a la conclusión de que la situación de incapacidad temporal se entiende agotada al alcanzar dicho referente de tiempo fijado por el legislador. Y que, concluido tal período, si la incapacidad para el trabajo persiste, sea necesario que el trabajador pase a una nueva situación de necesidad que, lógicamente, estará caracterizada por el talante previsiblemente definitivo de las lesiones.

En todo caso, no todos los ordenamientos jurídicos en la materia prevén ese tránsito de lo provisional a la permanencia en los términos indicados. Por el contrario, es frecuente que ese paso o tránsito se produzca hacia una situación, igualmente de carácter definitivo, pero que sin embargo no se identifica con la contingencia de incapacidad permanente sino con la de jubilación. La lógica que subyace es semejante, la idea es que ante la certeza, más que razonable, de que el sujeto no va a recuperar la capacidad perdida para desempeñar ningún trabajo, el sistema diseña una prestación de las calificadas como permanentes que proteja la situación de necesidad y sustituya, en consecuencia, las rentas que, por razón de esa incapacidad laboral, el sujeto va a dejar de percibir de manera definitiva. Desde esta perspectiva, la contingencia de jubilación queda vinculada tanto a la ausencia de capacidad laboral como, alternativamente al factor edad.

Esta dualidad de contingencias que comparten la misma situación de necesidad está prevista en el Convenio 102 de la OIT cuando diferencia entre la contingencia que comprende “la incapacidad para trabajar, resultante de un estado mórbido, que entrañe la suspensión de ganancias según la defina la legislación nacional” (refiriéndose a ella los arts. 13 a 18 en términos de “Prestaciones monetarias por enfermedad”). Y la que supone la incapacidad para ejercer una actividad profesional, en un grado prescrito, cuando sea probable que esta incapacidad sea permanente o cuando la misma subsista después de cesar las prestaciones monetarias de enfermedad (se habla, entonces, de “Prestaciones de invalidez”, arts. 54 a 58 del Convenio 102).



La regulación de la incapacidad para el trabajo establecida en el Convenio 102 no solo se limita a diferenciar dos posibles situaciones protegidas en función de cuál sea el alcance de las lesiones (si provisionales o permanentes) sino que distingue, a su vez, dos categorías de sujetos protegidos: la población asalariada o en situación de empleo y la de residente sin recursos; diferenciación de sujetos protegidos que se contempla tanto respecto de las denominadas prestaciones monetarias por enfermedad como respecto de la prestación de invalidez. Lo que solo puede ser entendido como una referencia conjunta a las posibles prestaciones vinculadas a esta contingencia que, además de ser temporales o permanentes, pueden ser contributivas y no contributivas.

La posibilidad del reconocimiento de estas prestaciones monetarias por enfermedad a los residentes sin recursos no es contemplada, con carácter general, por los sistemas de Seguridad Social que tienden a restringir su acceso a la condición de sujeto activo. La cobertura económica que representa el reconocimiento de estas prestaciones tanto a quien desempeña un trabajo como a quien es residente sin recursos suficientes se suele proyectar restrictivamente solo respecto de la situación de invalidez (o incapacidad) permanente.

Debido al carácter previsiblemente definitivo de la incapacidad permanente, la prestación contributiva prevista suele imponer al sujeto el cumplimiento de amplios períodos de cotización previos a la actualización de la contingencia; lo que puede originar que, finalmente, este resulte expulsado de su protección por no reunir el período de carencia exigido pese, y eso es lo importante, a que la contingencia se haya actualizado. Precisamente para atender estas situaciones, desprotegidas desde el punto de vista contributivo, es que se establece una protección frente a la misma situación pero ahora del nivel no contributivo.

La situación descrita anteriormente no suele suceder cuando la incapacidad es de carácter temporal o provisional ya que, condicionada la tutela contributiva a un esfuerzo de cotización sensiblemente inferior por razón, precisamente, de su duración limitada en el tiempo, ello puede justificar que, cuando el sujeto no reúne los requisitos exigidos no se prevea, ni siquiera en el nivel no contributivo, ninguna tutela.

En todo caso, y con independencia de su carácter provisional o definitivo, cuando se trata de la incapacidad para el trabajo es importante destacar que es común a los sistemas de Seguridad Social que la protección sea diferente según el origen de la causa, es decir si es profesional (accidente de trabajo o enfermedad laboral) o si es común (accidente no laboral o enfermedad común). Es decir, la contingencia



se actualiza en idénticos términos si bien, y es aquí donde reside la principal divergencia, lo que sí puede quedar condicionado es el acceso a la prestación económica; pues, como ya se ha señalado, cuando se trata de riesgos profesionales es bastante común que los sistemas de Seguridad Social articulen su tutela prescindiendo del cumplimiento de las exigencias propias de las prestaciones contributivas.

Estas exigencias del nivel contributivo consisten en: reunir un determinado período de cotización previo a la actualización de la contingencia y que el sujeto, igualmente con carácter previo, se encuentre en situación de activo. De modo que, en función de la naturaleza del riesgo, lo que sí puede suceder es que el sujeto, cuando es una contingencia derivada de riesgos comunes, no se convierta en beneficiario del Sistema por no reunir alguna (o ambas) exigencias, aunque la contingencia se haya materializado.

4.1. La contingencia de incapacidad de carácter temporal o provisional

4.1.1. La delimitación de la situación protegida (o contingencia). Los elementos esenciales o nucleares de su definición

La contingencia de incapacidad de naturaleza temporal se define por la imposibilidad de capacidad de trabajar (y en consecuencia de ganancia), de duración limitada, debida a causas de índole patológica, y que determina la suspensión de la relación laboral o de la actividad económica, si se trata de autónomos. De manera que la situación protegida se actualiza cuando existe una alteración de la salud de carácter temporal que incide de forma determinante en la capacidad de trabajo y de obtención de recursos del sujeto protegido.

Cabe hablar pues de dos elementos esenciales o nucleares definidores de la contingencia: a) la necesidad de que exista una alteración de la salud que imposibilite al sujeto para trabajar y, consecuentemente, de obtener ingresos; b) el carácter temporal de esa imposibilidad de trabajo. A los dos anteriores puede sumarse el que exige que dicha situación sea sometida a un control médico.

El primero de los elementos esenciales puede plantear el problema acerca de su alcance; esto es, si la imposibilidad para el trabajo debe quedar limitada a la profesión que el sujeto viniera desempeñando hasta el momento en que la contingencia se actualiza; o si, por el con-



trario, resulta igualmente aplicable a cualquier otra actividad. Parece razonable entender que esa imposibilidad debe quedar referida a la actividad que hasta ese momento viniera siendo desempeñada por el sujeto toda vez que, en la determinación de la incapacidad para el trabajo, no se puede hablar de una simple objetivización de las dolencias sino que resulta igualmente fundamental el criterio médico que examine al sujeto sobre la base de cuales sean sus características personales, las del trabajo y las relativas a la enfermedad o dolencia que padece.

Por este motivo, al hablar de la incapacidad temporal desde el punto de vista laboral, se hace referencia a un trabajo específico; y se entiende que quien está incapacitado temporalmente para un trabajo lo está para el desempeño de cualquier otro ya que, como regla general, la relación laboral o la actividad económica están suspendidas (tal y como expresamente señala el Convenio 102). Aunque, en todo caso, depende de la razón de la incapacidad, del alcance de esta y del trabajo a desarrollar, pudiendo darse situaciones de pluriempleo o pluriactividad en las que la imposibilidad temporal de trabajar solo afecta a una de las varias tareas.

Por lo que hace al segundo de los elementos que definen la contingencia, se ha dicho que esta imposibilidad para el desempeño de un trabajo debe ser temporal; de forma que, aunque la duración de esta situación protegida es una circunstancia que sobreviene una vez reconocida la incapacidad temporal, esa temporalidad constituye un elemento esencial del concepto mismo porque es precisamente el que permite o no la presunción de curación y, por tanto, desde el punto de vista de la relación laboral o de la actividad económica, la suspensión del contrato o del trabajo frente al cese de toda actividad como determina, en la generalidad de ocasiones, la incapacidad permanente.

La situación incapacitante viene por otra parte determinada por un proceso patológico que, como tal, es dinámico; por eso se ha indicado que la temporalidad como elemento de la definición de la contingencia precisa de una matización ya que es difícil delimitar cuándo las lesiones han dejado de ser temporales para convertirse en permanentes.

Es función del legislador establecer al respecto unas concretas fronteras temporales, objetivando lo que considera como elemento temporal de la contingencia; algo que se suele hacer fijando una duración limitada para el mantenimiento de la situación. Sobre este particular se puede decir que no existe entre los sistemas de Seguridad Social un único marcador o referente temporal; en concreto, el Convenio 102 de la OIT establece que la prestación monetaria por enfermedad deberá



concederse durante todo el transcurso de la contingencia, a reserva de que su duración podrá limitarse a veintiséis semanas en cada caso de enfermedad, con la posibilidad de no pagarse la prestación por los tres primeros días de suspensión de ganancias.

Se puede decir que ese tiempo máximo de provisionalidad tiende a situarse en una horquilla que oscila, como regla general, entre doce y dieciocho meses; asimismo, y sin ser un criterio estándar, ese tiempo suele distribuirse, a su vez, por tramos que pueden o no concluir en una declaración definitiva de invalidez permanente. De este modo, transcurrido un período de tiempo que se estima razonable por el legislador, el sujeto incapacitado es sometido a una evaluación de sus lesiones para determinar si las mismas pueden ser constitutivas de una situación de incapacidad permanente; o si, por el contrario, tales lesiones no justifican ya la baja en el trabajo. En todo caso, y al margen de esta disparidad en la configuración del elemento temporal de la situación protegida, razones de seguridad jurídica justifican el establecimiento de un referente temporal que marque la línea divisoria entre ambas contingencias.

Finalmente, la dimensión sanitaria de esta contingencia convierte en imprescindible su control y seguimiento médico que garantice el proceso de recuperación de la capacidad de trabajo perdida; no se puede obviar que la relación laboral o la actividad económica están suspendidas mientras el sujeto permanezca en la situación incapacitante y que por este mismo motivo recibe una prestación contributiva del sistema de Seguridad Social. En consecuencia, el control de la situación, no siendo un elemento conceptual se revela como absolutamente crucial en la dinámica de la prestación.

4.1.2. Requisitos de acceso a la prestación económica

La situación protegida de incapacidad laboral temporal está marcada por la pérdida de ingresos resultado de la incapacidad de trabajar del sujeto. Su evidente dimensión laboral determina por eso que se trate de una contingencia de naturaleza contributiva ya que no se protege, sin más, la alteración de la salud del trabajador sino que es preciso que dicha alteración le inhabilite para el desempeño de su trabajo con la consecuente pérdida de sus ingresos. Desde esta perspectiva, la prestación económica, netamente contributiva, cumple la función de sustituir las rentas dejadas de percibir por razón de la situación incapacitante.

En tanto que se trata de una prestación del sistema de Seguridad Social, a este corresponde la responsabilidad de su abono; sin embargo, cabe



establecer fórmulas de corresponsabilidad con el empleador. Lo más habitual es que sea la Seguridad Social la que afronte la situación de necesidad de pérdida de ingresos del sujeto por razón de la enfermedad estableciendo un tiempo de carencia inicial, generalmente de tres días (coincidiendo con lo que establece el Convenio 102), en los que, caso de percibir algún tipo de ingreso lo que no es obligado, son de cuenta del empleador.

También se puede organizar la tutela de forma que una parte del coste del subsidio económico se traslade al empleador, bien únicamente por unos días o bien manteniendo el salario del trabajador durante las primeras semanas; lo que obviamente representa una ventaja para el trabajador y para la Seguridad Social que se ahorra el coste de la prestación económica durante todo ese tiempo.

La opción por una u otra fórmula dependerá del mayor o menor grado de implicación que se quiera asumir el empleador en orden a evitar posibles situaciones de fraude por parte del trabajador. Parece claro que si el empleador se corresponsabiliza temporalmente del abono de la prestación económica su interés porque exista un control real y efectivo de estas situaciones será mayor que si la asunción del coste es exclusivamente del sistema público.

El carácter contributivo de la prestación determina que para causar derecho a la misma sea preciso que el sujeto causante cumpla los requisitos propios de estas prestaciones: que haya cotizado (contribuido) un período de tiempo previo al momento de actualizarse la contingencia (cuando haya tenido lugar una alteración de la salud que le inhabilite para el desempeño del trabajo por un período de tiempo); y que, dicho sujeto se encuentre en situación de activo, o semejante, que justifique la necesidad de que sus ingresos perdidos por razón de esa alteración de la salud incapacitante laboralmente se vean compensados por el sistema de Seguridad Social mediante la concesión de un subsidio económico (en tanto que prestación económica de carácter temporal).

Cuál sea el alcance de la carrera de cotización es, nuevamente, una cuestión variable que no tiene una única respuesta ya que, si se opta por establecer una exigencia de contributividad muy elevada, puede suponer que los trabajadores encuentren dificultades para llegar a convertirse en beneficiarios del subsidio económico; mientras que, si es muy reducida, se comprometen recursos del sistema en relación con trabajadores que apenas han llegado a contribuir al mismo.

No obstante, la mayoría de los sistemas de Seguridad Social fijan exi-



gencias de carencia relativamente reducidas, pudiendo apreciarse un abanico que va desde el mes y medio de cotización previa, a seis mensualidades, o, incluso, que el derecho se haga depender de que la relación de trabajo haya durado al menos cuatro semanas ininterrumpidas. En todo caso, y al margen de la incapacidad temporal derivada de riesgos del trabajo, en la que no se suele exigir carencia alguna, la exigencia del tiempo previo de cotización nunca es tan amplio como para impedir sustancialmente el acceso a la prestación, como en cambio sí suele suceder con las prestaciones de largo recorrido, es decir, aquellas permanentes, de amplia duración o vitalicias.

En cuanto a la exigencia de estar en situación de activo, se justifica por la función que cumple esta prestación pensada para ser sustitutiva de las rentas dejadas de percibir por razón de la suspensión de la relación de trabajo, o de la actividad profesional, a consecuencia de la situación incapacitante. No se trata de proteger en general la enfermedad o las lesiones que devengan de cualquier accidente sino solo, cuando consecuencia de ambos riesgos, el sujeto no pueda seguir trabajando; lo que necesariamente implica que aquel se encuentre prestando servicios en el momento de materializarse la contingencia.

4.1.3. Compatibilidad entre la prestación de incapacidad y el desempeño del trabajo.-

La determinación de la incapacidad del sujeto para el desempeño de un trabajo es esencial en la configuración de esta contingencia; y que, por este motivo, parece razonable situar la imposibilidad para el trabajo respecto de la actividad que en el momento de actualizarse la contingencia aquel estuviese desempeñando. Asimismo, y a efectos de la constatación de la incapacidad para el trabajo, se ha subrayado el papel que cumple el criterio médico elaborado a partir del examen del sujeto; lo que permite valorar las características y condiciones personales de aquel, del trabajo desempeñado y cómo le afecta la enfermedad o dolencia que padece.

Cada enfermedad actúa y se manifiesta sobre el paciente de manera diferente ya que no hay dos enfermos iguales ni enfermedades que se manifiesten por igual; lo que explica la necesidad de una atención personalizada y controlada de cada uno de los procesos médicos. Esto abre la posibilidad de que, en la configuración de la situación protegida, se admita, cuando médicamente se estime posible, que el sujeto pueda compatibilizar su situación incapacitante con el desempeño de su actividad laboral en la proporción que resulte aconsejable para la recuperación total de la capacidad laboral perdida. La situación de in-



capacidad temporal así pues no necesariamente es siempre, aunque es lo habitual, una situación absoluta sino que admite variaciones en función del tipo de incapacidad y de su grado de afectación del sujeto.

La posible compatibilidad entre prestación de servicios y prestación económica del sistema de Seguridad Social que se deriva de lo anterior, favorece de una parte, la reincorporación del trabajador incapacitado a la vida laboral de una manera menos traumática. Especialmente interesante puede resultar este tipo de compatibilidad respecto de patologías mentales, tales como el estrés, en las que resulta difícil calibrar el grado de curación alcanzado según las fases del proceso patológico; de ahí que una reincorporación gradual del trabajador a su puesto de trabajo puede ser la solución que evite el efecto negativo que representan las posteriores recaídas, tanto para el propio trabajador como para el adecuado funcionamiento del proceso productivo. De otra parte, la tasa de sustitución de los ingresos dejados de percibir por el trabajador cubiertos por la Seguridad Social a través del correspondiente subsidio económico se ve reducida considerablemente, contribuyendo con ello a hacer menos costosa la prestación, aunque más compleja de administrar.

La determinación de la compatibilidad entre trabajo y subsidio debe ser resultado de un estricto criterio médico ajeno, por tanto, a la relación laboral; que, sopesando todos los diversos factores que inciden en la situación incapacitante del sujeto, calibre el alcance de la compatibilidad. La idea es que el facultativo expida un certificado de aptitud en el que señale el grado de capacidad residual que posee el trabajador, sea porque no posee ninguna, sea porque tiene alguna pero con condiciones que pueden aconsejar un retorno progresivo al trabajo, o la modificación de horarios o la adaptación del puesto de trabajo Y, para realizar esa valoración, parece necesario que la situación incapacitante haya tenido que superar un período de tiempo más o menos amplio, según cada legislador decida, en tanto que no parece factible, con carácter general, que se pueda concretar esa compatibilidad en el momento de iniciarse dicha situación. En los ordenamientos jurídicos que han introducido esta fórmula flexible se ha optado por fijarla en los primeros compases de la incapacidad, o bien, transcurrido el primer año.

La compatibilidad, pues y finalmente, puede articularse como una solución intermedia que actúe de puente o tránsito entre la situación protegida por el sistema (la de incapacidad) y la de retorno a la vida activa. Lo que permite ensayar diversas fórmulas, entre otras: se puede optar por diseñar una prestación de incapacidad temporal parcial que cuente con las garantías legales necesarias, más allá de la que repre-



senta la fijación del momento para su valoración y que habrá de concretarse en el establecimiento de los porcentajes de reducción tanto de la prestación económica de Seguridad Social como de la prestación de servicios (por ejemplo, que la prestación económica se reduzca al 50 por 100 y la relativa a la prestación de servicios al empleador se sitúe entre un 40 o un 60 por 100 de la jornada que realizaba anteriormente).

Otra opción podría ser articular un supuesto de empleo subsidiado para quienes mantengan una capacidad residual en un determinado porcentaje (no parece que sea adecuado que este sea inferior al 50 por 100) pudiéndose graduar, entonces, el reingreso del trabajador en su puesto de trabajo. En todo caso, parece aconsejable que, aparte del valor del criterio médico, la decisión final corresponda al trabajador; de forma que si este no desea efectuarla no se vea compelido a tener que hacerlo.

4.2. La contingencia de incapacidad permanente

4.2.1. Delimitación de la situación protegida. Elementos esenciales de la contingencia. Los posibles grados de la incapacidad permanente

La opción normativa consistente en configurar la tutela de las situaciones de incapacidad para el trabajo bajo la perspectiva de dos contingencias distintas permite diferenciar entre la incapacidad de carácter temporal y la marcada por el previsible y razonable carácter definitivo de las lesiones. Por esta razón, la contingencia de incapacidad (o invalidez) permanente se define como la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. Lo determinante en la definición de esta contingencia es el déficit funcional u orgánico que la situación de incapacidad permanente provoca, más allá de otros condicionantes del sujeto, tales como su cualificación profesional y la edad.

Como se ha indicado antes, sin embargo, no siempre se opta por este tratamiento dual de la incapacidad para el trabajo, sino que el paso de la provisionalidad de las lesiones a su permanencia no se sucede entre las contingencias señaladas sino que se vincula con la contingencia de jubilación. Esto determina que, en algunos ordenamientos, la situación protegida de jubilación no solo incluya el abandono del trabajo por razón del cumplimiento de una edad sino, también, los supuestos de



abandono que son resultado de un accidente o una enfermedad que haya dado origen a una incapacidad de carácter definitiva en la medida en que se presupone que la lesión o proceso patológico, somático o psíquico, es irreversible o de incierta e improbable reversibilidad, imposibilitando al trabajador para el desempeño de cualquier trabajo y, consecuentemente, para obtener salario, retribución o ganancia alguna.

Para esta segunda opción, el carácter irreversible de las lesiones pasa a convertirse en el elemento clave pues, dependiendo de cuál sea el alcance que se le dé, será más o menos factible para el trabajador acceder a la condición de jubilación por razón de incapacidad. Si el criterio de interpretación es restrictivo, la irreversibilidad habrá de ser absoluta; por el contrario, si se maneja un criterio algo más flexible, será suficiente la situación del sujeto impedido cuyo grado de incidencia en la continuidad temporal de la prestación y en su nivel de funcionalidad posible estén afectando de forma sustancial a la posibilidad de desempeño de su actividad. En todo caso, la consecuencia que provoca este tratamiento indiferenciado entre ambas contingencias (incapacidad permanente y jubilación) es que no resulta posible diferenciar grados de afectación de la situación incapacitante ya que lo único determinante para estos sistemas de Seguridad Social es que el trabajador deba o no abandonar la vida activa.

Partiendo, pese a todo, de la configuración de la incapacidad permanente como una contingencia distinta de la de jubilación, la misma se define en función de los siguientes rasgos. En primer lugar, que el sujeto haya estado sometido al tratamiento médico prescrito. El carácter dinámico que reviste cualquier proceso de incapacidad exige que su protección se diseñe desde la perspectiva de la provisionalidad de las lesiones; o, dicho de otro modo, desde la consideración de que el trabajador mejorará previsiblemente tras recibir el tratamiento prescrito por el facultativo, recuperando así su capacidad perdida para el trabajo y reanudando su actividad laboral o económica. Pero no siempre el fin de esa provisionalidad se produce por una alta médica por curación; por el contrario, es bastante probable que, lo que empezó siendo temporal, pase a ser considerado, dentro de unos parámetros razonables, como definitivo.

Se produce, entonces, el tránsito o paso de la temporalidad de las lesiones a la permanencia de las mismas; tránsito lógico en el desarrollo de las lesiones, aunque no el único posible. En este supuesto, y a diferencia de lo que sucede cuando se trata de una incapacidad temporal, ante la previsible permanencia de las lesiones, la regla general es que el contrato de trabajo se extinga, o la actividad económica cese, con-



figurando una situación de necesidad permanente de rentas que será afrontada mediante la concesión de una prestación económica de tipo contributivo por parte del sistema de Seguridad Social.

Junto al rasgo anterior es igualmente imprescindible que las secuelas consistan en reducciones anatómicas y funcionales graves, lo que significa que ha de tratarse de lesiones de relevancia que, en principio, no tienen por qué estar necesariamente relacionadas con el deterioro propio derivado de la edad del trabajador. A tal efecto, se suele utilizar para valorar la disminución de la capacidad laboral la profesión ejercida por el sujeto antes de producirse la situación protegida sin que esto signifique excluir una calificación que diagnostique que la incapacidad laboral lo es en relación con cualquier tipo de actividad, profesión u oficio.

Otro de los elementos de la definición de la contingencia es el que está relacionado con la duración de las secuelas que deben ser previsiblemente definitivas; siendo precisamente este matiz de permanencia lo que marca el tránsito o paso de la situación previa de temporalidad a la de permanencia. No obstante, el carácter dinámico de la situación protegida introduce un factor de incertidumbre acerca de las lesiones y su posterior evolución; que determina que la permanencia de las lesiones no sea incompatible con su posterior evolución, bien para experimentar mejoría, bien para sufrir un empeoramiento.

Como regla general, esto significa que cualquier situación de incapacidad permanente declarada debe ser sometida a revisión que confirme el grado de afectación previamente reconocido o que resuelva su modificación según haya habido mejoría o empeoramiento del estado invalidante en el plano laboral. El límite a esta capacidad de revisión suele estar fijado por el cumplimiento de la edad de acceso a la contingencia jubilación ya que no parece necesario declarar incapacitado para el trabajo a quien, por razón de edad, puede convertirse en jubilado.

El último de los rasgos esenciales de la definición es, por tanto, la disminución o la anulación de la capacidad laboral que es la consecuencia necesaria para que se materialice la situación de necesidad y se justifique la protección económica del sistema de Seguridad Social. Un elemento que se convierte en factor clave, ya que la prestación de incapacidad permanente de tipo contributivo cumple la función de ser sustitutiva de las rentas dejadas de percibir como consecuencia, precisamente, de la pérdida de capacidad para el trabajo. Esto explica que cuando se configura la incapacidad permanente se haga diferenciando grados de la misma en función de la incidencia de la patología sobre la capacidad laboral.



De este modo, la disminución de la capacidad de trabajar, aunque permanente en todo caso, puede ser calificada en los siguientes grados: una incapacidad parcial, si ocasiona al trabajador una reducción de su capacidad laboral incidiendo en su rendimiento normal para el desempeño de su profesión o actividad habitual, pero que no le impide la realización de las tareas fundamentales de la misma. En realidad, la calificación de la incapacidad en este grado lo que hace es cuantificar la pérdida, no de las facultades físicas o psíquicas generales, sino de las capacidades precisas para obtener el rendimiento normal en la profesión o actividad habitual sin que para ello el trabajador deba desarrollar un esfuerzo físico superior.

Pero cuando esa reducción de la capacidad le imposibilita al trabajador, ahora sí, para el desempeño de las tareas fundamentales de su actividad u oficio, se considera que la incapacidad ha dejado de ser parcial para convertirse en total; lo que no significa que no pueda desarrollar otros trabajos distintos a su actividad habitual. Por este motivo, resulta posible que el trabajador incapacitado pueda compatibilizar la prestación económica por razón de esa incapacidad con el desarrollo de cualquier otra actividad laboral distinta de aquella para la que se encuentra incapacitado, siempre que la misma sea compatible con su estado de salud.

Esta compatibilidad, de manera semejante a lo que sucede en el caso de lo que se ha denominado incapacidad temporal de carácter parcial, puede ser más o menos restrictiva en función de cuál sea el alcance que se le dé al concepto de actividad habitual. De forma que, si este se valora en sentido restrictivo, el sujeto incapacitado podrá compatibilizar la pensión con el desempeño de otra actividad distinta; mientras que, si se opta por un concepto amplio de actividad habitual, es más difícil que puedan seguir desempeñando la actividad u otra semejante por estar declarado incapacitado para cualquiera de ellas. Aunque lo más razonable es establecer la incapacidad en relación estrictamente a la tarea o actividad habitual, dejando abierta la posibilidad de desarrollar cualquier otro tipo de trabajo no incompatible con la situación de incapacidad.

Por último, la incapacidad permanente habrá de calificarse de absoluta cuando inhabilite para desarrollar cualquier tipo de trabajo; incluso, en este caso, se puede pensar en la posibilidad de que el sujeto pueda compatibilizar pensión y trabajo siempre que los mismos sean de carácter marginal o residual ya que es difícil prever una prestación de servicios de otro tipo compatible con lo absoluto de la incapacidad, aunque para el caso de que pudiera darse esa situación, se puede plan-



tear si la pensión debe mantenerse o no.

Es posible que, en todo caso, los sistemas de Seguridad Social diseñen un tipo de tutela frente a las situaciones de mera discapacidad, sea física, psíquica o sensorial, sin ninguna connotación laboral. Se protege, entonces, al sujeto por su condición de discapacidad y no porque su capacidad de trabajo se haya visto disminuida o anulada; convirtiéndole en sujeto de este derecho, más allá de la necesaria atención médica. Esta diferencia entre las situaciones de necesidad protegidas determina igualmente que la tutela se articule en dos niveles de protección distintos, con requisitos de acceso diferentes, y consecuentemente, con prestaciones económicas igualmente diferentes.

Cabe entonces considerar que existe una incapacidad permanente de naturaleza contributiva, marcada por la disminución o desaparición de la capacidad laboral del sujeto; y una de naturaleza no contributiva, donde la situación de discapacidad se valora globalmente como imposibilidad de desempeñar de las tareas esenciales y cotidianas de la vida.

4.2.2. Requisitos de acceso a la prestación económica

La dimensión contributiva de la incapacidad permanente impone que la prestación económica del Sistema cumpla la función de ser sustitutiva de las rentas dejadas de percibir por el sujeto a consecuencia de su incapacidad para el desempeño de una actividad laboral o económica.

Desde esta consideración, vuelven a ser exigibles los requisitos de acceso a este tipo de prestaciones vinculados a su naturaleza contributiva. En primer lugar, que el trabajador responda a la exigencia de estar en situación de activo o semejante en el momento de actualizarse la contingencia que justifique la necesidad de sustituir los ingresos que no puede obtener por razón de la incapacidad; en segundo lugar que, salvo si se trata de una incapacidad generada por contingencias o riesgos del trabajo, el trabajador pueda acreditar un concreto período de carencia, lógicamente más amplio que para el caso de la incapacidad temporal, dado que la permanente es una prestación económica vitalicia, con la excepción, bastante improbable si el diagnóstico es correcto, de los supuestos en los que por mejoría el sujeto sea revisado y deba reintegrarse a la vida activa.

Se entiende que quien pasa a convertirse en pensionista de un sistema de Seguridad Social, sea por causa de incapacidad sea por la de jubilación, debe acreditar un mayor esfuerzo de cotización coherente con la naturaleza contributiva de las prestaciones y su función.



Esto explica que, en orden a satisfacer el cumplimiento de esta exigencia, se pueda optar por establecer, de manera uniforme, que se reúna siempre un número mínimo de aportaciones, tal y como sucede con la prestación económica de jubilación; o bien que se establezcan exigencias de carencia diferenciadas por tramos de edad con el fin de evitar las consecuencias negativas que el cumplimiento de este requisito pudiera ocasionar a un determinado colectivo de trabajadores como aquellos que, por razón de edad o de incorporación tardía al mercado de trabajo, tengan cortas carreras de seguro; de modo que, a edades tempranas, el período de carencia será menor que cuando se trate de trabajadores de edades superiores respecto de los que se espera que hayan contribuido en mayor medida al sostenimiento financiero del Sistema.

En todo caso, el reforzamiento del principio contributivo puede acarrear que, en ambos casos, el cumplimiento de este requisito finalmente expulse al sujeto incapacitado del nivel contributivo de protección; siendo una opción residual que aquel pueda, entonces, buscar la tutela en el nivel no contributivo en la medida que reúna las exigencias a las que está condicionado su acceso a este otro tipo de prestaciones.

5. El cuadro prestacional: las prestaciones del nivel contributivo de protección vinculadas a la mujer trabajadora en situación de embarazo: maternidad y paternidad

La incorporación de las mujeres al trabajo no es un producto de las políticas públicas sino algo previo que hay que tomar como un hecho irreversible. De este modo, es frecuente, y cada vez más, que los sistemas de Seguridad Social contemplen entre sus situaciones protegidas no solo la tradicional contingencia de maternidad sino también y más novedosamente, la de paternidad; aunque hay que indicar, respecto del grado de implantación de la paternidad, que no se puede hablar en términos generales ya que existen ordenamientos jurídicos que siguen contemplando, únicamente, la tutela respecto de la mujer en situación de embarazo.

En consecuencia, en los modelos sociales que apuestan por la corresponsabilidad entre los progenitores respecto de la labor de cuidado de los hijos favoreciendo así la incorporación de la mujer al mercado de trabajo en idénticas condiciones que las del hombre, se hace imprescindible articular una tutela por parte del sistema público de Seguri-



dad Social que, por una parte, proteja a la madre que, por razón de su embarazo y posterior nacimiento del hijo, debe abandonar su puesto de trabajo, con la consiguiente pérdida de ingresos, para dedicarse a su cuidado personal y al del recién nacido; y, por otra, que facilite que el padre pueda igualmente participar de esa labor de cuidado del hijo otorgándole la correspondiente protección económica cuando decide abandonar temporalmente su puesto de trabajo para cumplir tal fin.

5.1. Las contingencias de maternidad y de paternidad

En la generalidad de los sistemas de Seguridad Social, la maternidad y la paternidad se configuran como dos contingencias distintas, con sujetos causantes y sujetos beneficiarios debidamente diferenciados en la persona de la madre y del padre, respectivamente; aunque compartan, eso sí, la causa desencadenante de la situación a proteger, que es el nacimiento del hijo o la adopción, cuando el ordenamiento introduce esta asimilación con todas sus consecuencias.

Esta identidad en la causa que no debe confundirse con lo que sucede, por ejemplo, en las prestaciones por muerte y supervivencia para las que la identidad está en el propio sujeto causante que será el mismo siempre, sea para la viudedad, sea para la orfandad; es decir, que el sujeto que fallece (causante) puede llegar a convertir en beneficiarios de dichas prestaciones a una multiplicidad de individuos (cónyuge, pareja de hecho, hijos, otros familiares). Por eso, en el caso de las contingencias de maternidad y paternidad, se habla de derechos propios e intransferibles (cada progenitor tiene derecho a ser protegido por el sistema de Seguridad Social), mientras que en el caso de las contingencias de viudedad y orfandad el derecho a la tutela depende de que otro sujeto, el fallecido, lo genere, no siendo un derecho propio de los beneficiarios sino derivado.

La contingencia de maternidad tiene como objetivo último garantizar, desde el ámbito de la Seguridad Social, las situaciones de necesidad vinculadas al embarazo, parto y postparto cuando originan la suspensión de la prestación de servicios y la consecuente pérdida temporal por parte de la mujer trabajadora de los salarios o ingresos. De este modo, y en tanto que prestaciones del nivel contributivo, la función de las mismas será la de ser sustitutivas de las rentas dejadas de percibir durante este tiempo suspensivo.

Definida en estos términos, la maternidad que se tutela es la que se



concreta en la realidad biológica del nacimiento del hijo y, desde esta concepción, la contingencia de maternidad se configura con una doble dimensión: por una parte, la que responde a la estrictamente biológica de la maternidad, una dimensión en la que la situación protegida no es otra que la necesidad de atención y cuidado de la madre después del hecho natural del parto, concediéndole un tiempo de descanso que le sirva para su recuperación y rehabilitación; y, por otra parte, la dimensión que responde a la obligación de cuidado del hijo en los primeros momentos fomentando, al tiempo, los lazos o vínculos de afecto entre madre e hijo durante los primeros meses de vida del recién nacido.

Esta doble dimensión justifica que la situación de maternidad se haya vinculado, dependiendo del ordenamiento jurídico, a la asistencia sanitaria y, en consecuencia, haya sido configurada como un supuesto más de las situaciones protegidas por enfermedad. Mientras que, por el contrario, la concepción de la maternidad como una contingencia con autonomía propia, distinta de la de enfermedad, se explica por la dimensión de cuidado y atención del hijo y, por lo tanto en este caso no cabe hablar de una identificación entre maternidad y enfermedad.

Fijar el alcance y contenido de esta contingencia es una opción del legislador en la que, sin duda, habrán de influir aspectos de diversa índole entre los que serán relevantes las disponibilidades financieras. De este modo, es posible que la contingencia quede reducida al hecho biológico del nacimiento en los términos antes expresados; o que la misma se amplíe a aquellos otros supuestos en los que igualmente tiene lugar la entrada de un hijo en el seno de la familia pero a través de fórmulas tales como la adopción o similares.

En el caso de la adopción, la contingencia o situación protegida elimina una de sus dimensiones, la que está vinculada al hecho biológico del nacimiento y los necesarios cuidados que precisa la mujer para conseguir su completa recuperación tras el parto. Pero la dimensión de cuidado del recién nacido y el fortalecimiento de los vínculos afectivos permanece intacta pues, a todos los efectos, el menor adoptado que se incorpora a un hogar precisa la misma dedicación de un recién nacido. Por eso resulta habitual que la definición de la contingencia, cuando se trata de los supuestos de adopción, se limite a niños de una determinada edad variable en función del criterio de protección que se pretenda, normalmente no superior a 6 años, salvo que presente necesidades especiales de adaptación al nuevo medio, y en ningún caso, superior a 18 años, excepto que se trate de una persona con discapacidad.

Así pues, cuando un niño se integra al hogar de una familia, y siendo



ambos progenitores (los adoptantes) trabajadores, es natural que uno de ellos se vea obligado a suspender su trabajo temporalmente si desea dedicar tiempo al cuidado del nuevo miembro de la unidad familiar. En este punto la similitud con la situación de necesidad que derivada de la maternidad biológica es absoluta ya que, en uno y otro caso, la suspensión del contrato conlleva una pérdida de ingresos que justifica la tutela contributiva del sistema de Seguridad Social. Una concepción más amplia de la maternidad, más allá del hecho biológico, que se ajusta con mayor rigor a la realidad social actual en la que fenómenos como la adopción y el acogimiento son cada vez más frecuentes en las nuevas estructuras familiares.

Al margen de que sea la concepción más restrictiva de la contingencia de maternidad la limitada a la realidad biológica, o sea la más amplia comprensiva también de los supuestos de adopción y acogimiento, por la que se opte, finalmente ambas participan de la misma naturaleza contributiva, lo que explica que la tutela únicamente se prevea respecto de mujeres en situación de activo (o de adoptantes que trabajen); ya que, en el caso de la maternidad biológica, si la madre no presta servicios fuera del hogar que determinen su inclusión dentro del sistema de Seguridad Social no podrá convertirse en sujeto beneficiario de esta prestación económica.

Al igual que otras prestaciones contributivas, la razón que justifica el disfrute de este subsidio económico es precisamente la de sustituir los ingresos que la mujer deja de percibir tras la suspensión de su contrato laboral o de su actividad profesional, por razón del parto; por el contrario, si no realiza ninguna actividad de la que se deriven ingresos que ahora se pierden, la prestación pierde virtualidad y sentido.

En definitiva, lo que se protege no es la maternidad, en sentido estricto, es decir, el hecho de tener hijos ya que, entonces, todas las mujeres embarazadas, sean o no activas, podrían ser eventuales sujetos beneficiarios; lo que se tutela, en cambio, es la maternidad de la mujer trabajadora cuando provoca la pérdida de los ingresos derivados de su actividad laboral o económica. El supuesto de la adopción y similares plantea una problemática algo distinta ya que, al no existir maternidad biológica, el derecho a este subsidio económico lo puede solicitar cualquiera de los dos adoptantes, sin otro condicionante que el que lo solicite trabaje, aunque el otro no lo haga; de nuevo la sustitución de ingresos de activo justifica esta exigencia.

Muchas de las consideraciones que se han hecho acerca de la maternidad resultan igualmente aplicables respecto de la contingencia de



paternidad, sobre todo en relación con la segunda de las dimensiones que definen la contingencia de maternidad, esto es, la que supone el cuidado y atención del niño en los primeros años de su vida. Concedida con esta finalidad, la situación protegida por la prestación de paternidad no es otra que sustituir las rentas que el padre deja de percibir durante el tiempo que, por razón de ese cuidado, queda suspendido su contrato de trabajo o paraliza su actividad laboral o económica. Por eso, la tutela ofrecida por el sistema de Seguridad Social quedará condicionada a que el padre decida abandonar temporalmente su trabajo generando, entonces, el derecho a percibir la prestación económica (subsidio) correspondiente. El nacimiento del hijo no genera, sin más, el derecho a la protección, únicamente constituye el elemento fáctico que permite que la contingencia pueda llegar a actualizarse; que lo haga o no dependerá, exclusivamente, de cuál sea la decisión final del padre.

5.2. Configuración del tiempo de suspensión de la relación laboral: el descanso por maternidad y paternidad

En las situaciones de maternidad y paternidad la suspensión del contrato de trabajo de los progenitores o la paralización de su actividad laboral o económica, es determinante para que la contingencia se actualice. Ya que, consecuencia de dicha suspensión o paralización, es cuando surge la situación de necesidad consistente en la pérdida de ingresos de activo y la necesaria sustitución de esos ingresos que ambos progenitores dejan de percibir, cada uno en relación con su respectiva contingencia. De este modo, la duración de ese tiempo de suspensión se convierte en esencial a efectos de concretar la intensidad temporal de la prestación económica prevista por el sistema de Seguridad Social ya que la duración temporal del subsidio económico estará en función de la mayor o menor extensión de la suspensión del contrato.

En este extremo, se puede decir que, respecto de la contingencia de maternidad, no existe un criterio fijo en cuanto a la duración de la suspensión del contrato, o el tiempo equivalente de suspensión de la actividad laboral o económica, dependiendo del grado de tutela que se pretenda proyectar respecto de la madre que trabaja y favorecer el mantenimiento de su empleo; de forma que la decisión de tener hijos no represente para ella una segregación del mercado de trabajo, relegándola, finalmente, al cuidado del hogar.

Generalmente el tiempo de suspensión o de descanso por maternidad



se sitúa entre 16 y 24 semanas, teniendo como referente el artículo 52 del Convenio 102 de la OIT que establece un tiempo de 12 semanas a menos que la legislación nacional imponga o autorice un período más largo de abstención del trabajo, en cuyo caso los pagos no podrán limitarse a un período de menor duración pudiendo la mujer, en tanto que titular del derecho, disfrutar una parte de este tiempo de descanso antes de que tenga lugar el parto.

Esta distribución del período de descanso por maternidad en dos momentos temporales distintos se puede organizar simétricamente, esto es, el mismo número de semanas antes y después del parto; o, estableciendo un mínimo de semanas disponibles antes del parto (que será variable según los ordenamientos jurídicos hayan dispuesto un tiempo de suspensión por razón del embarazo más o menos amplio situándose así, entre seis y once semanas); o, restringiendo el descanso antes del parto a la obligación de que sea respetado, en todo caso, un tiempo mínimo inmediatamente posterior al parto.

No obstante, y pese a tratarse de un derecho personal e intransferible de la mujer, es posible que en algunos ordenamientos se establezca que aquella pueda optar por ceder en favor del padre un parte de ese tiempo de descanso, siempre que se respete el mínimo relativo a la propia recuperación física de la madre. Lo que debe interpretarse como un paso más en el reparto de responsabilidades entre los progenitores respecto de los hijos, al permitir a ambos padres (y no solo a la madre casi en exclusiva) una vinculación mayor y más directa en los primeros momentos del cuidado de estos.

Lo señalado anteriormente no significa que el derecho a ese tiempo de suspensión de la relación laboral o de paralización de la actividad económica y del correspondiente subsidio económico (que es lo que constituye el contenido de la prestación que otorga a estos efectos el sistema de Seguridad Social) haya cambiado de titularidad ya que sigue siendo, exclusivamente, de la madre; de forma que, si esta no lo ejercita a su favor, el padre no podrá acceder al mismo. Todo esto, claro está, al margen de la prestación autónoma de paternidad.

De este modo, ambos progenitores podrán disfrutar del tiempo de suspensión de la relación laboral o de la paralización de la actividad económica, correspondiente a la madre, si bien, lo habitual es que las semanas inmediatamente posteriores al momento del parto se conviertan en un derecho intransferible de esta puesto que se entiende que ese espacio temporal, además de para el cuidado y atención del hijo que acaba de nacer, es el tiempo que se estima necesario para que



la madre se recupere después del parto. Por eso, en principio, no suele transigirse con él ni para disfrutar el tiempo de descanso ni para recibir por ello la prestación de la Seguridad Social. Por las mismas razones, tampoco parece posible que el disfrute, previo al parto, del tiempo de descanso por maternidad pueda comprender la totalidad del tiempo previsto, teniendo que respetar el estimado necesario por cada legislación para la recuperación de la madre.

Se puede decir, en consecuencia, que el descanso por maternidad tiene una dimensión obligatoria que corresponde a la inmediatamente posterior al parto (se suele situar entre las seis y las ocho semanas); y otra voluntaria, que abarca el resto del período, y que a diferencia del anterior, permite a la madre mayor disponibilidad (que, incluso, puede llegar a renunciar a su disfrute).

Cuál sea el alcance del llamado descanso obligatorio es una opción normativa en la que entran en juego, entre otros, factores sociológicos, de favorecimiento de la natalidad, de protección de los intereses de la mujer trabajadora y madre, y sin duda, factores relativos a la sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social.

Por otra parte, y con la finalidad de favorecer las políticas conciliadoras de la vida familiar y laboral, son numerosos los ordenamientos jurídicos que articulan el disfrute del descanso por maternidad a tiempo parcial; respetando el tiempo que se ha calificado de obligatorio sobre el que no cabe ninguna transacción. Esta parcialidad permite que la madre, o el padre para el caso de que esta le haya cedido parte (o todo) el tiempo del calificado descanso voluntario, puedan conciliar trabajo y tiempo de descanso para prestar cuidado y atención al hijo nacido.

Por el contrario, cuando se trata de establecer la duración que afecta a la suspensión de la relación laboral o de la actividad económica del padre, el criterio general es más uniforme situándose como promedio en dos semanas. Esta evidente diferencia de tratamiento que ambas contingencias presentan ponen de manifiesto que, todavía, el tiempo que el padre dedica al cuidado y atención del hijo y que es protegido por el sistema de Seguridad Social se concibe como un tiempo de ayuda a la madre para que esta logre su recuperación física después del parto, de ahí que no exceda de 15 días.

La escasa implicación del padre en las labores de cuidado del hijo justifica que, como regla general, el derecho se configure como intransferible impidiendo que, en ningún caso, pueda optar por ceder una parte a la madre, ya que de hacerlo se estaría logrando el efecto perverso



contrario que es ampliar el tiempo de cuidado de la madre dos semanas más en detrimento de la corresponsabilidad familiar. Se produce así un tratamiento distinto de los dos derechos, propios ambos, de carácter individual e intransferible siempre (caso del padre) y pudiendo ser transferible (caso de la madre) cuando ella decida hacerlo.

La razón para la transferibilidad de la maternidad y de la intransferibilidad de la paternidad se debe a la necesidad de fomentar la conciliación de la vida familiar, fomentando una distribución igualitaria del trabajo dentro del hogar entre hombres y mujeres, con las responsabilidades que proceden del trabajo.

5.3. Requisitos de acceso a la prestación económica

Siendo de naturaleza contributiva las contingencias de maternidad y de paternidad, las prestaciones económicas previstas por el sistema de Seguridad Social también tienen ese carácter. Lo que implica que, para causar derecho a las mismas, sea preciso que el sujeto causante haya cotizado un cierto período de tiempo previo al momento del parto; y que dicho sujeto se encuentre en situación de activo o situación semejante que justifique la necesidad de que sus ingresos perdidos por razón del nacimiento o cuidado del hijo se vean sustituidos por el sistema de Seguridad Social mediante la concesión de un subsidio económico.

Cuál sea el alcance de esa carrera de cotización es, nuevamente, una cuestión variable que no tiene una única respuesta ya que, si la exigencia de contributividad o de períodos de carencia es alta puede determinar que las mujeres más jóvenes tengan dificultades para convertirse en beneficiarias del subsidio económico. Por este motivo, la práctica demuestra que tal exigencia es generalmente escasa (normalmente, seis mensualidades), pudiéndose establecer escalones de cotización por tramos de edad; de forma que, a más edad, mayor esfuerzo contributivo. Pero, en todo caso, se configura con los niveles de exigencia propios de las prestaciones de carácter temporal y nunca tan amplios o significativos como sucede en el caso de las prestaciones de largo recorrido o de duración permanente.

En cuanto a la exigencia de estar la mujer (caso de la maternidad) y el hombre (caso de la paternidad) en situación de activo se justifica, como tantas veces se ha dicho, por la función misma que desempeñan estas prestaciones, pensadas para ser sustitutivas de las rentas dejadas



de percibir por razón de la suspensión de la relación de trabajo o de la actividad económica a consecuencia del parto (o del embarazo, para el caso de que la mujer hubiese decidido disfrutar de una parte del descanso por maternidad con carácter previo al momento del parto) o de la adopción.

6. El cuadro prestacional: las prestaciones del nivel contributivo de protección. La prestación por jubilación

La situación de necesidad que está en la base de la contingencia de jubilación está constituida por la pérdida de los ingresos derivados del trabajo de quien decide abandonar de forma definitiva su actividad económica al alcanzar una cierta edad, siendo la pensión de jubilación la que tiene la función, típica de las prestaciones contributivas, de sustituir de forma permanente o vitalicia esos ingresos perdidos.

Normalmente, la pérdida de los ingresos de activo determinará una situación, más o menos grave, de necesidad económica, sobre todo cuando el sujeto dependa mayoritariamente de los ingresos de su actividad para hacer frente a los gastos ordinarios de subsistencia; pero, tratándose de una prestación contributiva, esa situación de necesidad no ha de probarse sino que el ordenamiento la presume o la da por existente. De forma que, al ser lo más relevante el tiempo de aseguramiento o el alcance de las aportaciones económicas previas del sujeto protegido, ni es importante si este se encuentra efectivamente o no en situación de necesidad económica real a causa de la jubilación, ni tampoco lo es excesivamente la edad en que ese abandono se produce.

Esta idea de la jubilación como recompensa conecta con la más antigua versión de la jubilación que la concebía como una compensación por los servicios y trabajos prestados, sobre todo en el ámbito público, o como un reconocimiento a una vida dedicada al trabajo y es todavía característica de sociedades que, en el momento actual y al menos en el mediano y largo plazo, no se enfrentan a importantes desafíos derivados de fenómenos demográficos, tales como las bajas tasas de natalidad y, en especial, el alargamiento de la esperanza de vida que exigen la adaptación de sus modelos de protección social para asegurar su viabilidad y mantener unas pensiones adecuadas para el bienestar de los ciudadanos de más edad.

Desde esta concepción de la jubilación como recompensa final de la



vida laboral, su posible compatibilidad con el trabajo remunerado ni se cuestiona, favoreciendo con ello el relevo generacional natural en que los más mayores, ya jubilados, dejan paso a los más jóvenes en el acceso al mercado de trabajo que aquellos abandonan; lo que, sin duda, puede contribuir, aunque no es un efecto automático, a evitar que las tasas de desempleo entre la población juvenil sean elevadas.

En los sistemas contributivos más perfeccionados, el principio de contributividad aplicado a la pensión de jubilación convierte, en alguna medida, esa recompensa en contraprestación, no tanto por el trabajo en sí, sino de las contribuciones o cotizaciones asociadas a su desempeño. De forma que, en el enfoque contributivo de la pensión de jubilación, el tiempo previo de cotización, siempre que alcance una cierta duración mínima que es lo más relevante, es el que esencialmente justifica el surgimiento del derecho. Lo que no quiere decir que la edad de jubilación sea irrelevante, pero es más una consecuencia que un presupuesto.

Al ser el esfuerzo contributivo requerido de duraciones mínimas, que suelen rondar los 30 años, resulta difícil que la jubilación pueda tener lugar respecto de sujetos con edades inferiores a los 60 años, mucho menos en presencia de fenómenos como el retraso de la edad de incorporación al trabajo debido a la prolongación de la escolarización obligatoria y de los procesos formativos, o el carácter parcial, irregular o intermitente de muchas carreras profesionales que requieren más duración global para cubrir el mínimo de cotización requerido.

Es verdad que en algunos países, con exigencias contributivas mínimas, han podido generarse jubilaciones a edades muy tempranas; pero se trata de fenómenos cada vez menos frecuentes en razón del envejecimiento de la población y del aumento de la esperanza de vida que está alterando la pirámide de población (cada vez más un pilar por la igualdad de efectivos menores de 18 años y mayores de 65 años), teniendo el riesgo de convertirse, de cumplirse los pronósticos, en una pirámide invertida en la que el porcentaje de población de edad avanzada supere al de los jóvenes. Todo ello con un coste que compromete la propia estabilidad financiera de los sistemas de Seguridad Social.

Con motivo de lo anteriormente dicho, la edad mínima de jubilación o edad estándar está empezando a adquirir cada vez más relevancia al constituir un referente doble para dos tipos de maniobras legislativas concurrentes y con una finalidad similar de control del gasto. De una parte, para limitar de forma cada vez más intensa y rígida, las posibilidades de jubilaciones anteriores a esa edad, solo justificadas en hipótesis



muy concretas de trabajos particularmente penosos o en sectores de actividades necesitados de reconversión, y aun así al coste de períodos de cotización muy amplios; de otra parte, para introducir factores de incentivo a la permanencia en activo de las personas que alcancen esa edad estándar de jubilación, promocionando la prolongación de la vida activa, sea esta en términos plenos o parciales.

Este tipo de medidas con las propias de la situación en las que se encuentran gran parte de los sistemas de Seguridad Social para los que el alargamiento de la esperanza de vida y las bajas tasas de natalidad están representando un importante problema en relación con su viabilidad financiera y su consiguiente sostenibilidad. En este escenario, la contingencia de jubilación adquiere una dimensión totalmente distinta, convirtiéndose en un factor clave en la reordenación de las políticas activas y pasivas de empleo.

Su especial protagonismo en el mercado de trabajo la sensibiliza frente a la coyuntura económica de un país y la hace receptiva a las situaciones de déficit/superávit de las cuentas públicas. Así se observa una tensión de cierta relevancia entre el objetivo de propiciar la permanencia en activo de los trabajadores de una determinada edad y el objetivo de la reordenación del mercado laboral y de las reestructuraciones empresariales.

Desde esta perspectiva, la jubilación se configura respondiendo a un modelo que necesariamente debe vincular la edad de jubilación a los aumentos de la esperanza de vida. Lo que impone que los sistemas de pensiones ensayen fórmulas que, por un lado, promocionen el incremento de la edad de jubilación y la prolongación de la vida activa, así como el incremento de la participación en el mercado de trabajo de los trabajadores de más edad, facilitando el acceso al aprendizaje a lo largo de la vida, desarrollando oportunidades de empleo para los trabajadores de más edad y fomentando el envejecimiento activo; y, por otro, que igualmente prevean nuevas formas de anticipación de la edad pensionable en la que el sujeto puede abandonar el mercado con anterioridad a la edad estándar.

Todo lo precedente debe estar acompañado, en aras a conseguir la contención del gasto social y de la sostenibilidad financiera del Sistema, de un reforzamiento del elemento contributivo que se traduce en la exigencia de mínimos más altos para acceder a la pensión, o, al menos, de carreras de cotización más largas para obtener el máximo de la pensión, así como en la utilización de fórmulas para el cálculo de la misma que tienden a tener en consideración toda la vida activa del tra-



bajador que es lo mismo que decir que la totalidad, en número y cuantía, de sus aportaciones económicas al sistema de Seguridad Social.

Así, las indicaciones anteriores deben servir para poner en evidencia las distintas opciones normativas que el legislador puede adoptar según, en primer lugar, la función que la pensión de jubilación debe cumplir y su impacto en el nivel de ocupación y en el mercado de trabajo; fijar la edad estándar de jubilación, necesariamente relacionada con la esperanza de vida, establecer los mecanismos de anticipación de esa edad y sus motivaciones, tomando o no un enfoque restrictivo o ampliatorio; decidir si se acepta la voluntariedad general de la jubilación o se prevén posibilidades de jubilación forzosa; introducir o no mecanismos de favorecimiento de la prolongación de la vida activa mediante exoneración de cotizaciones o mejora de las prestaciones.

También se podría pensar en establecer la duración mínima del período de carencia para acceder a la pensión de jubilación o permitir la jubilación con cualquier tiempo de activo si bien condicionando la cuantía a ese tiempo que siendo muy reducido generará una pensión también muy reducida; fijar la relación entre tiempo de cotización y cuantía de la pensión, con un tope máximo que daría origen al máximo de pensión; regular la compatibilidad o incompatibilidad de la jubilación con el trabajo; permitir o no, y en qué condiciones, el retorno del jubilado a la vida activa, etc.

Como se puede apreciar, estas opciones normativas deben ser coherentes entre sí y con el objetivo general, tanto en el campo de la Seguridad Social como del empleo o del gasto público.

6.1. La delimitación de la contingencia de jubilación

Desde la perspectiva estrictamente contributiva, la contingencia de jubilación se define como la situación de necesidad provocada por la pérdida de ingresos que experimenta el trabajador que, consecuencia del cumplimiento de una determinada edad, decide abandonar el mercado de trabajo o su actividad económica.

El objeto de la tutela no es el cese de activo por sí mismo sino solo cuando está propiciado por el cumplimiento de una edad. De forma que la edad, mucho más actualmente, se convierte en un factor o elemento relevante de la definición de la contingencia de jubilación y junto a este el que representa el abandono de la vida activa que es lo que



origina la pérdida de ingresos. Ahora bien, la combinación de ambos elementos exige matizaciones según que la jubilación se identifique con la idea de recompensa o se vincule a políticas de empleo.

En el primer caso, como se ha dicho, se recompensa al sujeto que ha estado trabajando y contribuyendo a la Seguridad Social, generalmente, por periodos amplios de trabajo y cotización. En realidad, para esta concepción de la jubilación, el esfuerzo contributivo es el elemento clave de la situación protegida; de modo que, pese a tratarse de un requisito de acceso a la prestación económica (dado el carácter contributivo de la jubilación en los términos descritos), adquiere un especial protagonismo en la definición de la contingencia.

En cambio, los verdaderos elementos de su definición quedan algo más relegados, convirtiéndose la edad en su acompañante necesario e, igualmente, el abandono del mercado de trabajo que pasa a desempeñar un papel secundario. Lo más importante es, pues, que el sujeto haya cubierto el objetivo de cotización establecido, si bien este objetivo suele estar asociado al cumplimiento de la edad que se estima razonable para que la jubilación pueda ser decidida y suele estar ligado, además, a una cierta permisividad acerca de la compatibilidad entre pensión y trabajo.

Si, por el contrario, en la regulación de la jubilación priman los objetivos ligados a las políticas de empleo, la edad se convierte en el factor determinante de la contingencia de jubilación que, al combinarse con el abandono del trabajo, ofrece un amplio y variado abanico de posibilidades. Se parte así de la fijación de una edad mínima legal pensable que, en según qué ordenamientos, diferencia entre hombres o mujeres, o simplemente es única para ambos sexos; una edad que se sitúa en el abanico entre 60 y 65 años, existiendo actualmente ordenamientos que han elevado esa edad hasta alcanzar los 67 o 68 años, fijada en función de la concreta esperanza de vida.

Vinculado al cumplimiento de esa edad mínima que no máxima, en tanto que la misma no debe constituir un límite legal al desarrollo de la actividad laboral, la decisión del sujeto debe ser voluntaria y no obligatoria, total y definitiva. Ahora bien, dependiendo del contexto socio-económico, la regla general acerca de la edad asociada al cese voluntario, total y definitivo puede soportar múltiples excepciones que marcan esa conexión de la jubilación con las políticas de empleo.

De este modo, cabe que la jubilación no se deba a la discrecionalidad del trabajador sino que la misma esté condicionada por la adopción de



medidas dirigidas a favorecer el empleo a través de la renovación generacional que exigirán que el trabajador abandone el mercado de trabajo o la actividad económica al cumplir la edad mínima legal pensionable (jubilación forzosa); o que se le incentive a hacerlo articulando formas de jubilación anticipadas permisivas y no excesivamente penalizadoras.

En otras ocasiones, la jubilación se inserta en el marco de reestructuraciones empresariales que pueden obligar o inducir al trabajador de una determinada edad avanzada a anticipar su jubilación; aunque esta anticipación, con importantes repercusiones económicas a futuro para el trabajador no siempre positivas, requiera el cumplimiento mínimo de ciertas exigencias que, por razones financieras, limitan la posibilidad de la anticipación de la edad de jubilación a los trabajadores que tengan una edad mínima (obviamente cercana a la edad estándar de jubilación) y una también mínima carrera de seguro, normalmente bastante amplia.

Se trata de evitar que este tipo de fórmulas puedan provocar la expulsión del mercado de trabajo de quienes todavía distan mucho, por razón de edad, de poder convertirse en beneficiarios de la pensión de jubilación, o de quienes solo podrían conseguir, por su corta carrera de seguro, pensiones de una cuantía muy reducida; a la vez que impedir que se conviertan en una carga financiera insostenible para el sistema de Seguridad Social.

En todo caso, la anticipación no siempre es resultado de una imposición indirecta sino que, también, el trabajador puede decidir voluntariamente abandonar, antes de alcanzar la edad establecida, el mercado de trabajo, aunque este tipo de anticipación voluntaria tiene un acceso muy limitado con requisitos, si cabe, algo más exigentes tanto en relación con la edad en que es posible tomar esta decisión, en cuanto al período mínimo de cotización exigible, como respecto de la penalización proyectada sobre la cuantía final de la prestación.

Asimismo, se ha dicho que el cese debe ser total y sin embargo resulta más que factible que el mismo se configure parcialmente permitiéndose así al trabajador que no abandone totalmente el mercado de trabajo, sino que reduzca su jornada manteniendo, en régimen de compatibilidad, su actividad laboral, aunque sea a tiempo parcial. El objetivo es doble, por un lado, cuando el trabajador abandona el mercado laboral, sea antes de alcanzar la edad mínima legal pensionable o cumplida esta, que lo haga de forma progresiva, resultando así menos traumático el abandono definitivo de la actividad; y, por otro lado, se puede con-



seguir un efecto beneficioso en el marco de las políticas de empleo ya que este tipo de jubilación, sobre todo si es anticipada, puede ir acompañada de la suscripción de un contrato a tiempo parcial complementario de la jubilación que favorece la sustitución en el puesto de trabajo y el relevo generacional.

La necesidad de encontrar una zona de compatibilidad entre las exigencias del mercado de trabajo y el equilibrio del sistema de pensiones, exige igualmente que la edad de jubilación se vincule a los aumentos de la esperanza de vida. Consecuentemente, se articulan propuestas de jubilación promocionales de la prolongación de la vida laboral y la cohabitación de las generaciones maduras y experimentadas y las nuevas generaciones de trabajadores.

De este modo, en lugar de anticipar la edad mínima legal pensionable por razones de empleo, como se ha señalado antes, estas políticas favorecen el retraso de la jubilación permitiendo que el trabajador pueda mantenerse en su puesto de trabajo reduciendo parte de su jornada; una jubilación parcial no anticipada sino para quien ya cumple todos los requisitos de edad y carencia para jubilarse y que, no obstante opta por una salida progresiva del mercado de trabajo. O, simplemente, manteniendo su relación laboral a jornada completa; en este caso, la ventaja de este retraso es más que evidente ya que no solo el sujeto sigue percibiendo su salario mientras esté trabajando sino que cuando decida jubilarse su pensión previsiblemente será de cuantía mayor debido al incremento del tiempo de cotización.

En esta concepción de la situación protegida de jubilación, decididamente vinculada a las políticas de empleo y a las necesidades del mercado, la compatibilidad entre trabajo y pensión se convierte prácticamente en imprescindible.

6.2. Requisitos de acceso a la prestación

La prestación económica de jubilación se concreta en una pensión vitalicia de naturaleza contributiva que, como tal, cumple la función de ser sustitutiva de las rentas dejadas de percibir cuando la contingencia se actualiza en los términos y con los matices antes apuntados. Esto significa que, como sucede en las demás prestaciones contributivas, es preciso que el sujeto reúna dos exigencias que son expresión de la contributividad del mismo: encontrarse en situación de activo o asimilado, y reunir un determinado período previo de cotización.



Puesto que la pensión de jubilación contributiva es la prestación económica del sistema que más se prolonga en el tiempo al ser vitalicia, es lógico que la carencia requerida deba ser igualmente amplia y exigente. Esta carencia, dependiendo de los ordenamientos jurídicos, incluso, debe cumplir el doble papel de ser genérica (reunir un determinado número total de contribuciones medidas en años, trimestres, meses o días) y específica (lo que supone que una parte de los años que se exigen cotizados estén comprendidos dentro de un arco temporal determinado e inmediatamente anterior al momento de causar el derecho o de jubilarse).

De este modo, el hecho de que un concreto período carencial haya de estar próximo al momento de actualizarse la contingencia actúa como prueba de que la situación de necesidad de cubrir la pérdida de ingresos es reciente y, por tanto, real, reforzándose así el elemento de la contributividad. Lo anterior no impide, sin embargo, que, en ordenamientos en los que lo relevante es el tiempo de cotización más que el momento en que se han versado, sea posible acceder a la pensión de jubilación, cumplida una determinada edad, incluso desde la situación de no activo.

El cumplimiento del requisito de carencia necesario para poder causar derecho a las distintas prestaciones de nivel contributivo se hace particularmente intenso en aquellos modelos de protección que identifican la contingencia de jubilación con la idea de una recompensa; hasta el extremo que más que parecer un requisito de la prestación lo es de la propia situación protegida. Por eso el mismo se caracteriza, como criterio general, por amplias y exigentes carreras de seguro que sirvan para justificar la necesidad de premiar el esfuerzo realizado por el sujeto protegido durante su vida laboral; sin embargo, como la lógica de la recompensa no suele articularse plenamente, es posible que quienes no alcancen esas carreras, por ser tan amplias, puedan, también, acceder a la pensión de jubilación, aunque sea a edades más avanzadas.

Lo contrario determinaría la expulsión del sistema de un importante número de sujetos que, pese a haber trabajado y cotizado, incluso por un período prologando de tiempo, no logran alcanzar el mínimo legal de aportaciones establecido dada su amplitud. No sucede lo mismo en el caso de sistemas de Seguridad Social para los que la situación protegida responde, además, a otras finalidades, vinculadas en los últimos años, a las políticas de empleo y a las necesidades del mercado de trabajo. En este caso la edad del sujeto se combina con la exigencia de cotización permitiendo que se pueda acceder a la pensión de jubilación con carreras contributivas más cortas; si bien, y consecuencia de



las fórmulas promocionales que pretenden prolongar la vida activa del trabajador, también se están articulando formas de acceso a la pensión de jubilación que premian las largas carreras de seguro.

De todas formas, sea en un modelo o en otro, las carreras de seguro cortas irremediablemente conllevan pensiones de escasa cuantía que no alcanzan a cumplir, al menos no satisfactoriamente, la tarea de sustitución de los ingresos dejados de percibir que se espera de ellas; obligando al trabajador, en el mejor de los escenarios, a completarlas, bien mediante contribuciones que el trabajador realiza voluntariamente, bien a través de fórmulas externas, básicamente privadas, tales como planes de pensiones o seguros. Ya que la otra posibilidad, para el supuesto de que ni siquiera se alcance ese umbral de cotización exigible, es que se acceda al nivel no contributivo de protección en el que la situación protegida no es otra que la vejez del sujeto.

7. El cuadro prestacional: las prestaciones del nivel contributivo de protección. Las prestaciones por muerte y supervivencia.-

Los sistemas de Seguridad Social también suelen diseñar una protección frente a las consecuencias del fallecimiento del sujeto incluido en su campo de aplicación; un sujeto que causa ese derecho a la tutela en la medida en que es trabajador activo en el momento de la muerte y que provoca, con su desaparición, la pérdida de los ingresos que su trabajo proporcionaba al núcleo familiar, integrado por personas que dependían económicamente del trabajador fallecido; pero, también, de un sujeto que fue activo y que en el momento del fallecimiento era pensionista del sistema.

Sea de una forma u otra, las prestaciones económicas causadas por la muerte de un sujeto (trabajador/pensionista) y justificadas por la supervivencia de otros (los miembros de su unidad familiar dependientes económicamente), han sido caracterizadas, como regla general, como contributivas y sustitutivas de ingresos, ya que las mismas recompensan el esfuerzo de cotización previo del sujeto causante cumpliendo así la función de sustituir el salario o los ingresos que el fallecido aportaba al núcleo familiar antes de su muerte.

Este esquema de protección se cierra con la exigencia de que, quienes pretendan la protección de entre todos los posibles, han de estar unidos al causante por vínculos específicos (sea por razón de matrimonio,



en el caso del cónyuge, extensible al supuesto de las parejas de hecho; parentesco cercano, en el caso de hijos, hermanos o padres) y pertenecer de facto a la unidad de convivencia que ha visto sus ingresos mermados por la muerte del trabajador que aportaba el fruto económico de su trabajo.

Desde un punto de vista técnico, constituye una peculiaridad en el esquema del aseguramiento público, la disociación que presenta este tipo de prestaciones entre quien causa y quien disfruta la prestación correspondiente; peculiaridad que es propia de los seguros privados expresada a través de las figuras del tomador y del asegurado/beneficiario. Esta disociación entre sujeto causante y sujeto beneficiario determina que, cuando se hace referencia a este tipo de prestaciones, las mismas se califiquen como de derecho derivado en lugar de ser derechos personales o directos, que son los habituales en relación con las demás prestaciones de los sistemas de Seguridad Social.

En los sistemas públicos, el sujeto protegido natural lo es a título personal y directo; es él quien se encuentra en situación de necesidad y es él, también, el titular de un derecho que, si surge, es debido al cumplimiento personal de determinados requisitos que se refieren solo a él mismo; con independencia de cuál sea la naturaleza de la prestación, contributiva o no contributiva. Ya que, en el primer caso, es el esfuerzo personal de trabajo el que sitúa al sujeto protegido en la condición de beneficiario; y, en el segundo, es la condición de carencia de recursos personales la que otorgaría a ese mismo sujeto el derecho, propiamente de ciudadanía, a lograr la protección. Las prestaciones de muerte y supervivencia se mueven en un contexto y con unos fundamentos diferentes; lógicos si se tiene presente que el medio en el que estos derechos han tenido tradicionalmente acogida es el de las prestaciones contributivas, que son aquellas en las que más claramente se perciben las influencias de los principios derivados del seguro privado.

Este esquema de protección caracterizado por ser más patrimonial que personal, sitúa a los sujetos implicados de la siguiente manera. Por un lado, el sujeto causante generará una protección económica que no está dirigida a solventar su necesidad económica personal, sino la de otros; así, en el caso de la de viudedad, la pensión asume la función de garantizar el mantenimiento de recursos, muchas veces al margen de que la unidad familiar (o el propio viudo/a) los requiera para subsistir. Por otro, el sujeto beneficiario de la prestación solo se relaciona con el sistema de Seguridad Social a través del causante, sin cuya presencia el derecho no surge. De forma que la tutela recorre un camino semejante a la transmisión de un derecho causado por el fallecido pero en bene-



ficio de los supervivientes. Una lógica patrimonial que contrasta con la idea, típica de los sistemas de Seguridad Social, de la existencia de una relación directa entre sujeto protegido y entidad de tutela.

Contributividad, función sustitutoria de ingresos perdidos, parentesco y convivencia y/o dependencia económica son, pues, los rasgos que, como criterio general, caracterizan las prestaciones económicas por muerte y supervivencia. No obstante lo anterior y, sin eliminar el elemento contributivo y, consecuentemente, la función que estas prestaciones cumplen, también es factible organizar la tutela de esta situación de necesidad introduciendo exigencias propias respecto del sujeto beneficiario, más allá de las citadas de la convivencia y el parentesco, tales como la edad y la carencia de recursos económicos que establecen un puente entre la dimensión contributiva de estas prestaciones y la dimensión no contributiva al asistencializar las mismas.

7.1. La contingencia de viudedad

7.1.1. Delimitación de la situación protegida o contingencia

La protección que proporciona el sistema de Seguridad Social frente a la pérdida del cónyuge supérstite (cada vez más frecuentemente extensible también a las parejas de hecho al margen de las exigencias que puedan imponerse en cuanto a su definición, existencia, registro o prueba) ha venido respondiendo a un modelo familiar tradicional de reparto de roles entre el hombre, en quien recae la tarea de sostener económicamente el hogar familiar, y la mujer, productivamente inactiva pero responsable de las tareas de cuidado del hogar y de los miembros que lo integran.

Desde esta perspectiva, la contingencia de viudedad se define como la situación de necesidad económica que sufre la unidad familiar a consecuencia del fallecimiento de quien ingresaba los recursos en la misma; lo que justifica la función sustitutiva de los ingresos perdidos que desempeña la pensión económica que se reconoce al cónyuge viudo. Conforme al esquema tradicional, pues, la situación de necesidad económica o contingencia se entiende implícita en la propia relación personal al presumirse que la convivencia entre el supérstite y el sujeto causante expresa una dependencia económica que queda afectada por la muerte del único miembro de la unidad familiar que aportaba los ingresos.



Sin embargo, este esquema de protección está dejando de ser actual en muchos países al no encajar con los efectos de cambios sociales muy relevantes entre los que destaca, sin duda alguna, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo y a las actividades económicas, la generación de ingresos por la propia actividad que se suman ahora a los del otro cónyuge o pareja de hecho así como la articulación de una propia carrera de seguro, constitutiva de derechos directos personales y no derivados.

Desde esta perspectiva, la situación protegida o contingencia demanda posiblemente una reformulación ya que la misma deja de identificarse con la pérdida de recursos anteriormente descrita (en la práctica ausencia de ellos) provocada por el fallecimiento del cabeza de familia y responsable único de su sostén económico para configurarse estrictamente como una pérdida de ingresos o un empobrecimiento relativo que ya no tiene el significado anterior de ser equivalente a la ausencia total de recursos.

Ahora la muerte de uno de los cónyuges, si profesionalmente activo el otro, supondrá, desde luego, una pérdida de ingresos del hogar familiar, pero no necesariamente un empobrecimiento (entendido como dificultad para acceder a los bienes y servicios ordinarios) salvo que así se califique cualquier reducción de ingresos aunque los restantes puedan considerarse más que suficientes.

En todo caso, se trata obviamente de una opción del legislador quien podrá mantener la estructura tradicional de la contingencia de viudedad, identificándola con la mera pérdida de ingresos y vinculando la tutela a esa función tradicional de las prestaciones contributivas de sustituir ingresos previos de activo siempre que hayan existido las cotizaciones suficientes. Cuando es así, la pensión de viudedad cumple una función que se asemeja mucho al seguro de vida, ya que la prestación, al margen absolutamente de la situación de necesidad, se otorgará si se cumplen los requisitos exigidos en relación con la condición de activo del fallecido y su cotización mínima a la Seguridad Social durante un cierto período de tiempo.

La otra opción podría ser la de asistencializar esta contingencia, reenviándola al campo de lo no contributivo, si se exigiera para generar derecho a la misma que el cónyuge superviviente careciera de rentas suficientes para la subsistencia. Una función que, durante mucho tiempo y hasta el cambio de los modelos familiares, ha venido cumpliendo, pese a su naturaleza contributiva, la tradicional pensión de viudedad al convertirse funcionalmente en el único ingreso del hogar tras el falle-



cimiento del cónyuge que con su trabajo lo sostenía económicamente.

Muchos ordenamientos, entre una y otra y otra alternativa, y tomando razón de los cambios sociales, han retenido a esta contingencia en el terreno de lo contributivo (con sus requisitos ineludibles de actividad laboral y cotización y su presupuesto de situación de necesidad presunta) pero incluyendo en su regulación elementos asistenciales que, de una parte, se remiten a su función original, pero de otra, intentan reconducir la pensión de viudedad hacia una naturaleza más esencialmente no contributiva.

De esta forma se establecen cuantías estándar de la pensión de viudedad relativamente bajas pero que pueden mejorarse sensiblemente si el cónyuge supérstite carece de recursos o tiene una edad elevada; se garantizan cuantías mínimas de subsistencia en el supuesto de ausencia de recursos; se reforman las prestaciones que, en algún caso, justamente cuando esos recursos sí existen porque la parte supérstite desarrolla por sí misma alguna actividad económica y no hay cargas familiares, se convierten en prestaciones temporales o subsidios llamados de adaptación; o, en fin, se regulan incompatibilidades, que pueden ser más o menos rigurosas, entre el trabajo y el ingreso propio y la prestación de viudedad.

Cual sea la opción por una contingencia u otra marcará los rasgos esenciales de su definición. Si claramente se ajusta al modelo de protección tradicional, asentado en la lógica de la tutela a la mujer que no trabaja fuera del hogar, los requisitos de acceso a la prestación económica de viudedad no habrán de ser particularmente relevantes o exigentes respecto del beneficiario a quien se reconoce la pensión, básicamente, sobre la base de una convivencia previa.

La prestación económica se tiene porque se convivía con el sujeto fallecido en el momento del fallecimiento, y en consecuencia, sucedida la misma el supérstite tiene derecho a percibir una prestación económica que le reponga de los ingresos perdidos, constituyéndose esto, sin más, en prueba suficiente de la existencia de una situación de necesidad real. Sin embargo, la realidad puede ser distinta ya que, admitido que el fallecimiento provoca la necesaria disminución de ingresos, especialmente si el supérstite no desempeña una actividad profesional, puede suceder que el núcleo familiar, integrado por otros miembros, disponga de una solvencia económica suficiente que no justifique el reconocimiento de una pensión, al menos no vitalicia.

Por el contrario, y sin negar el carácter de derecho derivado de la pen-



sión de viudedad, en tanto que la misma es causada por un sujeto distinto de quien la disfruta, cabe optar por un esquema de protección distinto que proyecte respecto del sujeto beneficiario la obligación de probar que existe una situación de necesidad económica real. Se mantiene la consideración de derecho derivado para su reconocimiento, pero se convierte en un derecho personal y directo respecto de su posterior acceso y mantenimiento. En esta concepción la contingencia se dibuja con unos perfiles distintos convirtiendo en esencial la prueba de recursos por parte de la persona del supérstite que puede reflejarse, bien en un empobrecimiento transitorio, bien en un estado de dependencia económica permanente; jugando, en ambos casos, un papel relevante la edad del sujeto protegido y su nivel de ingresos.

La diferencia entre ambas concepciones es evidente: en la más clásica la dependencia económica va implícita; en la segunda, la prueba de la situación de necesidad económica ha de ser explícita. En cualquier caso, el rasgo de contributividad queda afectado ya que, aunque la pensión funcione como una renta sustitutiva de ingresos puede configurarse de manera diferente según la distinta función que se entienda debe cumplir: si garantía de rentas de subsistencia o garantía del nivel de ingresos previos; si tutela frente a la necesidad real y la pobreza o protección frente al empobrecimiento relativo, entendido como disminución del nivel de recursos del núcleo familiar; o si aportación pública de recursos para la subsistencia o mantenimiento del nivel de ingresos y de rentas previos.

7.1.2. Requisitos de acceso a la prestación

Los requisitos de acceso a la prestación económica de viudedad vendrán condicionados por la propia definición de la contingencia. Si es una contingencia asentada en la lógica de la contributividad plena respecto de la que la prestación es de derecho derivado, esos requisitos son esencialmente predicables del sujeto causante; por tanto, para generar el derecho a favor de otros (en este caso, cónyuge o pareja de hecho) es imprescindible que el sujeto causante haya contribuido un cierto tiempo al sistema de Seguridad Social con carácter previo al momento del fallecimiento. Carrera de seguro que podrá ser exigida con una duración más o menos amplia en función del grado de protección que se pretenda y teniendo en cuenta, obviamente, el propio coste de las prestaciones en razón de su cuantía, su duración y su relación con las cotizaciones previas.

Por lo que hace a los requisitos del sujeto beneficiario, los requisitos pueden variar según la opción normativa de configuración de la pres-



tación que se haga. En la concepción más clásica o tradicional, la condición de sujeto beneficiario exige o requiere la convivencia con el sujeto causante en el momento del fallecimiento; una exigencia que se explica desde la función que cumple la prestación de ser sustitutiva de rentas dejadas de percibir.

De este modo, la convivencia del beneficiario con el causante de la pensión de viudedad se convierte en el requisito por excelencia en orden a su acceso que solo se exceptúa a veces para el caso de que existan hijos comunes a cargo del beneficiario; ofreciéndose así, un abanico de posibilidades en función de cuál haya sido la situación de convivencia previa al momento del fallecimiento: si de matrimonio o pareja de hecho, o de supuestos de divorcio o de separación legal.

Esta exigencia de una convivencia previa con el causante se predica, con mayor o menor rigor, en la generalidad de ordenamientos jurídicos ya que el papel que desempeña la pensión de viudedad en orden a tutelar la situación de necesidad, aunque sea presunta, de los supérstites requiere esa convivencia; de ahí que, en los casos de divorcio o separación, la mayoría de los ordenamientos establezcan el condicionante de la existencia de alguna pensión compensatoria a favor del ex cónyuge que justifique la necesaria sustitución de la misma mediante la pensión de viudedad. Es decir, la idea de que el supérstite mantenía, pese a la ruptura del vínculo matrimonial (o el constituido por ser pareja de hecho) y la eliminación de la convivencia, algún tipo de dependencia económica.

En el caso de optar por una concepción para la que la contingencia requiera que la situación de necesidad no se presuma sino que exista, sea real y probada y según qué términos, los requisitos a cumplir por parte del sujeto beneficiario se amplían convirtiendo el derecho derivado en su origen (momento del reconocimiento) en un derecho propio o personal que requiere (como cualquier prestación del sistema de Seguridad Social) que quien se vaya a convertir en beneficiario cumpla una serie de exigencias. Requisitos estos que se concretan en tres: edad, convivencia con el sujeto causante y la posible incidencia de sus ingresos en orden a causar la pensión de viudedad.

El elemento de la edad puede convertirse en un factor que actúa bien condicionando la posibilidad de causar el derecho a disfrutar de la pensión de viudedad; o bien, afectando al tiempo de su disfrute y a la cuantía final de la prestación. En el primer caso, son supuestos de supérstites jóvenes con edades inferiores a los 40 años para los que la restricción del derecho se apoya en la menor incidencia económica



que para estos supone el fallecimiento del cónyuge o pareja de hecho, debido a su posibilidad de encontrar algún empleo u ocupación y los ingresos necesarios para la subsistencia. Límite de edad sin embargo, y por las razones expuestas, que deja de ser operativo cuando existan otros factores que sí justifiquen la necesidad de tutelar su situación: la propia incapacidad del supérstite unida a su dependencia económica del sujeto causante; o cuando exista un hijo menor a cargo o que necesite cuidados por discapacidad, incluso si mayor de edad, o cuando la viuda esté embarazada en el momento del fallecimiento.

Junto a la situación descrita antes puede darse la contraria, es decir, que la edad actúe como límite respecto de quienes son supérstites mayores, en cuyo caso, el derecho a causar su propia pensión de jubilación será la que determine que no accedan al disfrute de la pensión de viudedad causada por su cónyuge o pareja de hecho. Responde esta limitación a la consideración del derecho a la pensión de viudedad como derivado de otro, por cuanto lo causa un sujeto distinto del que se beneficia, pero de derecho propio en cuanto a su disfrute y posterior mantenimiento; lo que explica que si ya puede convertirse en beneficiario de su pensión de jubilación no pueda acceder a la de viudedad. Una incompatibilidad de pensiones que no suele existir cuando la de viudedad se configura estrictamente como un derecho derivado en sentido estricto permitiéndose, entonces, que el supérstite pueda ser titular de ambas.

Por lo que hace al segundo de los aspectos mencionados, el disfrute de esta prestación económica puede configurarse de forma temporal en lugar de permanente o vitalicia como suele ser habitual. La pensión de viudedad, con carácter general, nace con vocación de permanencia, salvo que interfieran situaciones que provoquen su pérdida como es, sin duda, el hecho de contraer nuevas nupcias; pero, excepto en el supuesto mencionado, la duración de la misma no se hace depender del transcurso de un tiempo, más o menos amplio.

Sin embargo, esta prestación también puede articularse temporalmente en función de la edad del supérstite en el momento del fallecimiento. No solo porque pueda acceder a su pensión de jubilación, con lo que el carácter restrictivo del elemento edad opera por arriba, respecto de quienes se convierten en viudos a edades avanzadas; sino, también, porque respecto de quienes ostentan edades tempranas o menos avanzadas, la temporalidad permite establecer una pensión a otorgar por un período de tiempo más o menos amplio (en cuyo caso ya no se trata de una pensión sino de un subsidio sujeto a término), o que incluso, se vaya ampliando progresivamente en función de la edad y de los



recursos económicos del superviviente (pensión prorrogada o continuada), con una evidente finalidad de adaptación; recursos personales del supérstite para lo que han de computarse tanto los procedentes del trabajo como de posibles prestaciones del mismo sistema de Seguridad Social.

La finalidad de una prestación así configurada es que en ese tiempo el supérstite pueda encauzar económicamente la situación de pérdida de ingresos ocasionada por el fallecimiento del cónyuge. Por eso, es imprescindible que, a efectos de esta temporalidad, se combinen dos elementos: edad del beneficiario en el momento del fallecimiento y su capacidad económica ya que, entre el viudo joven con suficiente capacidad para rehacer su situación económica ocasionada por la pérdida de ingresos del cónyuge fallecido y, el viudo que se convierte en pensionista de jubilación existe una multiplicidad de situaciones posibles que cualquier opción normativa puede contemplar.

El factor edad, en todo caso, no puede entenderse como un elemento aislado sin tener en cuenta otros requisitos que, también, deben estar presentes para adquirir la condición de sujeto beneficiario en el modelo de pensión que deriva hacia lo no contributivo, asumiendo ciertos elementos de este tipo de prestaciones. Tal es el caso de los ingresos personales del supérstite que pueden ser tenidos en consideración, por ejemplo, para modular la cuantía de la pensión a recibir. En todo caso, la existencia de cargas familiares debe actuar como factor de corrección de los ingresos del supérstite sin que, a tal efecto, deban entenderse comprendidos los hijos que, a su vez, sean beneficiarios de la pensión de orfandad, ni tampoco aquellos familiares que, igualmente, les haya sido reconocido el derecho a una pensión por razón de su dependencia con el sujeto fallecido.

Desde la concepción de la contingencia de viudedad que acentúa la existencia de una situación de necesidad real, la prueba de los recursos se convierte en esencial; lo que obliga a diferenciar entre lo que constituye una situación de desequilibrio o empobrecimiento económico de aquella otra en la que existe, propiamente, una dependencia económica.

El fallecimiento del cónyuge o pareja de hecho provoca, siempre, una lógica disminución de ingresos semejante a lo que sucede cuando tiene lugar cualquier ruptura matrimonial, sea de divorcio o de separación. Este normal empobrecimiento será de mayor o menor relevancia según sea la capacidad económica del supérstite llamado a convertirse en sujeto beneficiario de la pensión causada por el fallecido. Asimismo,



dicho empobrecimiento habrá de ser valorado en función del volumen de los ingresos dejados de percibir a consecuencia de la muerte del cónyuge; pues puede suceder que los recursos del superviviente en relación con los del fallecido sean inferiores pero, en todo caso, sigan siendo suficientes para su sustento y el de resto de los miembros de la familia, en caso de haberlos.

Se trata, entonces, de un empobrecimiento menor que habrá de precisar un tiempo de ajuste igualmente de menor duración y una prestación económica de cuantía inferior, ya que aquel cuenta con recursos propios en los términos indicados. En esta situación el factor edad juega un papel clave ya que se considera que a edades más avanzadas la capacidad para solventar cualquier disminución de ingresos es inferior. Una situación como la descrita, en la que se combinan distintos factores, abre la posibilidad de que la tutela se concrete en un subsidio temporal o que el mismo se convierta, finalmente, en una pensión prorrogada o continuada.

Por lo que hace a la situación de dependencia económica la misma se identifica con la ausencia de recursos por parte del supérstite; de modo que, efectivamente, el fallecimiento del cónyuge o de la pareja de hecho determina que aquel deje de percibir los ingresos imprescindibles para su sustento. En esta situación, el derecho a la prestación económica de viudedad, en esta lógica más claramente no contributiva, ha de concederse; si bien razones de edad justificarán de nuevo que la misma no se articule con carácter vitalicio, o cuando menos, que sea susceptible de revisión. A diferencia del supuesto anterior, en la que existe un empobrecimiento, en este caso no cabe hablar de una pensión de viudedad de cuantía modulada pues se trata de una situación de necesidad económica marcada, desde su origen, por la carencia de recursos del supérstite.

7.2. La contingencia de orfandad

7.2.1. Delimitación de la contingencia de orfandad

De manera semejante a lo indicado respecto de la viudedad, la situación protegida en este caso viene dada por la necesidad de sustituir la pérdida o disminución de ingresos que provoca, en este caso respecto de los hijos, el fallecimiento de uno de los progenitores. En este caso, parece estar más clara la situación de necesidad económica de los hijos ya que su dependencia con el causante va implícita, siendo



consustancial a la condición de ser hijo menor de una cierta edad la situación de dependencia económica respecto de los progenitores en quienes recae la obligación legal de cuidado, de proveer alimentos y de garantizar su educación.

En consecuencia, el fallecimiento de uno de los progenitores (o de ambos) exige de cualquier sistema de Seguridad Social la garantía de una tutela respecto de los hijos. Se trata, sin embargo, de una tutela que, precisamente por las razones expuestas, no cabe considerarla vitalicia, o al menos no en todos los supuestos; de forma que la misma deja de estar justificada cuando se considere que el hijo ya tiene autonomía económica o puede adquirirla. El elemento de la edad en el caso de la pensión de orfandad es esencial tanto en el momento de causar derecho a la prestación económica derivada de la muerte del progenitor, como para su prolongación en el tiempo.

7.2.2. Requisitos de acceso a la prestación económica

La finalidad de la pensión de orfandad es suplir los recursos que el fallecimiento aportaba a la unidad familiar, y en concreto, para el cuidado de los hijos, recursos que se ven disminuidos o, simplemente, desaparecen a consecuencia de la muerte

En tanto que la función desempeñada por la pensión de orfandad que es la de sustituir los ingresos del progenitor que fallece, es evidente que el derecho a esta pensión queda condicionado a que dicho progenitor sea trabajador (o cuando menos pensionista del sistema) en el momento del fallecimiento.

No se trata de una tutela que se reconozca por el mero hecho de la muerte del padre o de la madre (lo que quizás podría establecerse en el ámbito, por ejemplo, de las prestaciones no contributivas, siempre cumpliendo todos los requisitos asociados a las mismas, esencialmente, carencia de recursos) sino que la protección se condiciona a una situación previa de activo de quien fallece. Esto supone que el sujeto causante ha realizado aportaciones al sistema que habrán de ser más o menos amplias en número en función de cuál sea la opción normativa, bien por un diseño que tienda a proteger siempre a los huérfanos, al margen de la entidad y duración de las aportaciones realizadas; o que, por el contrario, sea más exigente con el esfuerzo contributivo requerido al causante.

Junto al requisito de haber cotizado previamente al sistema que debe cumplir el sujeto causante, en tanto que se trata de una prestación de



nivel contributivo, se proyecta igualmente respecto del beneficiario la obligación de que este reúna una serie de requisitos específicos que se concretan, por un lado, en la edad, y, por otro, en la existencia de un concreto vínculo familiar con el sujeto fallecido, independientemente de cuál sea la naturaleza legal de su filiación.

La existencia de un límite de edad, o de una edad máxima para acceder y disfrutar posteriormente de la prestación económica de orfandad encuentra su justificación en el carácter temporal que la situación de necesidad económica del huérfano representa para el sistema de Seguridad Social. Si la función de esta prestación es la de sustituir la pérdida o la disminución de ingresos que provoca el fallecimiento de uno de los progenitores respecto del hijo menor que, por definición depende económicamente del fallecido, el sistema de Seguridad Social diseña un tipo de tutela que, a diferencia de lo que se ha visto sucede con la pensión de viudedad (al menos, en su visión más clásica o tradicional), se estima innecesaria cuando el hijo se convierta (o pueda hacerlo) en independiente económicamente.

Una independencia que, con carácter general, está vinculada a la mayoría de edad legal que actuará, según el caso, limitando el acceso a esta pensión; de manera que, a partir de esa edad, suele reconocerse derecho a la prestación a un hijo que haya superado la edad establecida cuando fallezca el progenitor del que dependía económicamente, pues se entiende que, alcanzada la misma, aquel adquiere la capacidad legal para incorporarse al mercado de trabajo o para desarrollar una actividad productiva o profesional y ser, en consecuencia, autosuficiente.

Por otra parte, es lógico que el cumplimiento de la edad de autonomía personal que se establezca determine el cese del disfrute de la pensión de orfandad que pierde, por ese motivo, su justificación. Otra cosa es que esa edad límite, tanto para generar el derecho como para su disfrute, se fije teniendo como referente la mayoría de edad jurídica (que no necesariamente presupone independencia económica) o la mayoría de edad social y laboral (entendida como aquella en la que es razonable esperar del huérfano que sea capaz de proveer a su propio sustento).

En todo caso, los sistemas de Seguridad Social no hacen un tratamiento tan riguroso del factor edad cuando se trata de proteger a los hijos huérfanos. Por el contrario, en su fijación son tenidas en cuenta frecuentemente variables tales como que el hijo huérfano, pese a haber alcanzado la mayoría de edad, esté cursando estudios, sean o no de nivel superior, en cuyo caso la regla general es elevar dicha edad al número de años necesario estimado para completar dichos estudios.



Así, pueden encontrarse con frecuencia edades en torno a los 25 años como edad límite para generar y disfrutar la pensión de orfandad.

Otra variable es que el huérfano tenga una discapacidad, al menos de un cierto nivel, supuesto en el que el límite de edad no opera ya que entonces se considera que la dependencia económica con los padres nunca desaparece. Aunque se entiende que la situación de necesidad desaparece cuando, por razón de su discapacidad, el propio huérfano pueda generar el derecho a una pensión del sistema.

La tercera y última variable, tiene que ver con la posibilidad de que el hijo huérfano obtenga ingresos procedentes del desempeño de su trabajo provocando la pérdida o suspensión del derecho a la pensión por el hecho de que esos ingresos existan o sean de una determinada cuantía mínima. De este modo, si el hijo huérfano desempeña una actividad por la que percibe unos ingresos suficientes, la pensión de orfandad deja de cumplir su función; de manera semejante a lo que se ha dicho sucede respecto de la persona con discapacidad con derecho a una pensión por tal condición.

7.3. Otros familiares beneficiarios de las prestaciones económicas de muerte y supervivencia

El colectivo de familiares que eventualmente pueden llegar a ser sujetos beneficiarios de las prestaciones económicas por muerte y supervivencia está constituido, en los sistema de Seguridad Social en los que se prevén prestaciones para estas personas, por los ascendientes del fallecido, padre y madre e incluso abuelos; por sus descendientes, en este caso los nietos puesto que los hijos están cubiertos por la pensión de orfandad; y por los hermanos del causante.

Se trata de una tutela que, basada en una contingencia idéntica a la que justifica la protección en el caso del cónyuge o de los hijos, refleja una concepción amplia de la familia de la que los modelos actuales se alejan de forma cada vez más acelerada. Por este motivo, en muchos ordenamientos esta tutela no existe o si se mantiene se restringe a un círculo familiar limitado por grados muy cercanos de parentesco (como máximo hasta el segundo grado, sea por línea directa o colateral), además de exigir una serie de requisitos que, decididamente, ubican esta prestación en el terreno no contributivo.

Lo anterior se aprecia en que, además del parentesco cercano, se ha



de producir la convivencia con el causante, expresiva de forma indicia-ria de una cierta dependencia económica, que, además, ha de quedar confirmada por la carencia de recursos real y probada de los familiares que pretenden la tutela. De forma que, si al fallecimiento del causante, el pariente percibe algún tipo de pensión pública del sistema de Seguridad Social, o simplemente, obtiene rentas de cualquier naturaleza no puede generar el derecho a este tipo de pensión. A diferencia del caso del cónyuge o los hijos en el que la dependencia económica suele presumirse, bien por la convivencia, bien por la edad o la discapacidad, en relación con estos familiares no suele ser así.

Sin duda que el entendimiento de que la unidad familiar común está integrada por los padres e hijos y que, en consecuencia, respecto de ese núcleo familiar el sistema ha de configurar una tutela que les permita hacer frente a la situación de necesidad económica generada por el fallecimiento del progenitor que aportaba ingresos a la unidad familiar. No obstante, según en qué sociedades puede ser habitual que el núcleo familiar de convivencia esté también integrado por otros familiares, generalmente ascendientes, que pueden depender económicamente de los ingresos aportados por el trabajador fallecido, en cuyo caso quizás no fuera tan necesario exigir la prueba de la dependencia económica y de la carencia de recursos personales.

En cuanto a la prestación económica que se reconoce a estos familiares, si bien cumple idéntica función que la indicada respecto del cónyuge o pareja de hecho, o de los hijos, no obstante, al exigirse que quede probada la situación de necesidad efectiva resultado de su dependencia económica con el sujeto causante, desarrolla una función de garantía de recursos mínimos de subsistencia, para lo que sería necesario, llevando hasta el fin su naturaleza no contributiva, el tener en consideración en conjunto de los ingresos restantes del núcleo familiar, excluyendo la prestación si estos son suficientes.

En todo caso, es normal que estas prestaciones se regulen tanto asignándoles una cuantía máxima como jerarquizando y dando prioridad a la de viudedad y orfandad de forma que, de existir estas y según su cuantía en relación con las aportaciones previas del fallecido, las pensiones a favor de familiares pueden llegar a no concederse siquiera.



8. Observaciones finales en relación con el cuadro de prestaciones

La determinación del conjunto de situaciones protegidas por los sistemas de Seguridad Social, se ha dicho de manera insistente, es competencia del legislador en quien recae la facultad de seleccionar de entre las posibles situaciones de necesidad existentes aquellas que considera merecedoras de la tutela. Se trata, no obstante, de una capacidad de configuración legal sometida a los dictados de los correspondientes textos constitucionales; de modo que, cualquiera que sea la opción político-normativa del legislador, al organizar el sistema de Seguridad Social del que se derivará el derecho del ciudadano a la tutela pública frente a las necesidades sociales, la garantía constitucional levanta ante dicho legislador obstáculos o prohibiciones, o le impone obligaciones y cargas que no podrá soslayar. Ahora bien, el hecho de que la Norma Fundamental enumere las contingencias protegidas (tal es el caso de la Constitución de Ecuador que las define en su artículo 369) no debe ser interpretado, o al menos no necesariamente, como un *numerus clausus* o lista cerrada de contingencias.

Por el contrario, y siempre dentro del respeto a lo que la Constitución prevé, resulta posible que el cuadro de situaciones tuteladas pueda verse ampliado con el razonable propósito de adaptar el sistema de Seguridad Social a la realidad social y a las nuevas demandas de protección social que surjan de la sociedad en la que dicho sistema de Seguridad Social va a operar.

El carácter dinámico y no estático de la Seguridad Social comporta una exigencia constante de renovación y de reformulación de lo ya existente a consecuencia de las propias transformaciones sociales que tanto influyen en su configuración concreta. Todo ello sin olvidar que cualquier proceso de cambio del sistema de Seguridad Social implica, necesariamente, un mayor esfuerzo financiero que, claramente, va a condicionar la acción del legislador ordinario en el ámbito concreto de la delimitación de la acción protectora del Sistema.

En línea con ese carácter dinámico característico de la Seguridad Social, y puesto que el cuadro general de la acción protectora de los sistemas de Seguridad Social no responde, como se ha señalado, a una idea de lista cerrada (o *numerus clausus*), cabe plantearse la conveniencia o necesidad de ampliar las contingencias protegidas a otras posibles situaciones de necesidad.

Así, es frecuente que los actuales sistemas de Seguridad Social incluyan



en su listado de situaciones protegidas aquellas que guardan relación directa con la conciliación de la vida familiar y laboral. Se trata de contingencias que, más allá de las habituales de maternidad o paternidad, están generalmente pensadas, aunque no siempre ni necesariamente, en beneficio de las mujeres trabajadoras debido a su finalidad de favorecer el mantenimiento de los progenitores en el ámbito laboral sin que ello suponga descuidar o impedir el atender suficientemente a las labores de cuidado de los hijos o de otros familiares que, por edad, enfermedad grave o discapacidad, lo precisen.

En el ámbito familiar, aunque con una finalidad distinta a la que supone la conciliación de la vida familiar y laboral, el cuadro de la acción protectora puede, también, verse mejorado con prestaciones que ofrecen tutela a aquellas situaciones de necesidad surgidas de las nuevas estructuras familiares. De manera semejante a lo que sucede en la contingencia de viudedad, puede pensarse en una contingencia cuyo destinatario sea el cónyuge o pareja que, a consecuencia de una ruptura matrimonial, sea divorcio o separación, se encuentre en una situación de necesidad económica real que puede verse agravada por el hecho de tener a los hijos a su cargo).

Esta situación de especial dificultad económica, semejante a la situación protegida en los casos de viudedad, puede permitir concluir, seguramente en el ámbito de las prestaciones no contributivas, la inclusión de una prestación económica de garantía de recursos en este tipo de hogares monoparentales constitutivos, como ponen de manifiesto las estadísticas, de lo que se ha venido a denominar nueva pobreza. Como también podrá diseñarse, ahora en el nivel contributivo, en la misma línea de la protección de la viudedad, como un subsidio temporal de adaptación sujeto a término con el fin de que el cónyuge (o pareja) tenga la oportunidad de reponerse en ese tiempo del descalabro económico que puede suponer el divorcio o la separación. Obviamente se trataría en todos los casos de una tutela subsidiaria al cumplimiento de las obligaciones civiles que surgen en estas situaciones relacionadas con el deber de alimentos.

Asimismo, la ampliación del radio de actuación protectora de la Seguridad Social puede, incluso, proyectarse, en relación con ciertos riesgos profesionales, más allá de los límites estrictos de lo que constituye su función reparadora de un daño, consistente en la sustitución de la pérdida de ingresos o para compensar la carencia de recursos. Son los casos en los que Seguridad Social y Salud Laboral se conectan de forma que aquella actúa para prevenir un daño (en lugar de para repararlo).



Se diseñan, entonces, contingencias vinculadas, con carácter general, por ejemplo, a las situaciones de embarazo y de lactancia natural respecto de mujeres trabajadoras, de forma que la situación protegida se actualiza cuando, a consecuencia de ese embarazo (o lactancia natural), la mujer no puede seguir desempeñando su actividad laboral sin que ello implique un riesgo para ella misma o para su hijo.

En realidad, son contingencias que están pensadas para prevenir que el daño se actualice trasladando a la Seguridad Social la responsabilidad de soportar su tutela que bien pudiera recaer en el ámbito del empleador, si bien con la condición previa, equivalente a la que existe en los riesgos profesionales, del pago de una cotización o prima específica a cargo del deudor de seguridad que no es otro que el empleador.

La calidad prestacional de cualquier sistema de Seguridad Social viene determinada, en gran medida, por reglas que regulan el régimen jurídico de cada una de sus prestaciones. De tal manera que, en la regulación concreta del diseño del cuadro prestacional, habrán de ser tenidos en consideración aspectos relacionados con el establecimiento de reglas procedimentales, normas de disfrute de las prestaciones, de conservación y pérdida de las mismas, así como lo relativo a la importante dimensión de su tratamiento fiscal. Es decir, se trata de fijar reglas que sirvan, por ejemplo, para garantizar la percepción efectiva de las prestaciones de Seguridad Social con el fin de asegurar el cumplimiento de su función de protección; por lo que, y dado que las prestaciones se otorgan en situaciones de necesidad, la defensa de su disfrute se convierte en objetivo prioritario para cualquier sistema de Seguridad Social; o reglas que establezcan las causas de suspensión de la prestación o de extinción del derecho a la misma, lo que también conecta con todo lo relativo al régimen público sancionador por conductas ilegítimas relacionadas con la Seguridad Social.

En esta misma línea, cabrían reglas consistentes en prohibir que recayesen sobre las prestaciones cualquier tipo de retención, cesión o descuento, aunque, lógicamente, se podría pensar en excepciones vinculadas al cumplimiento de otros deberes por parte del beneficiario de las mismas. Igualmente, es necesario concretar si las prestaciones, al margen de su nivel de protección (si contributivo o no contributivo), están sujetas a la imposición fiscal impuesta legalmente y en qué términos; sobre este particular, y aunque la regla general más habitual es considerar que no existe excepción al sometimiento a la disciplina fiscal, no obstante cabe establecer exenciones tributarias para algunas prestaciones.



Junto con lo anterior, igualmente relevante del régimen jurídico resulta el establecimiento de reglas acerca de la posible compatibilidad o incompatibilidad prestacional e, incluso, de cada una de las distintas prestaciones con el desempeño de un trabajo. Así cabe plantearse un modelo de compatibilidad entre prestaciones en sentido amplio que permitiría que un mismo sujeto se estuviera beneficiando de dos o más prestaciones; o, por el contrario, considerar que el disfrute de una prestación impide, como regla general, que el sujeto beneficiario pueda disfrutar de otra al mismo tiempo.

En todo caso, la opción por esta incompatibilidad de prestaciones exige el establecimiento, a su vez, de un derecho de opción por parte del sujeto protegido entre ambas prestaciones que le permita, finalmente, decidir entre los derechos que le han sido reconocidos. Una opción que parece ajustarse más a la finalidad protectora de la Seguridad Social, sin que ello se traduzca en un enriquecimiento innecesario de los sujetos. Por lo que respecta a la posible compatibilidad entre prestación de Seguridad Social y trabajo no parece oportuno establecer una regla general ya que, según qué prestación, resulta más que factible que esa compatibilidad se dé. Es el caso de alguno de los grados de la incapacidad permanente para el trabajo; o de la jubilación, si lo que se pretende es favorecer la flexibilidad en el abandono del mercado de trabajo permitiendo que quien es pensionista de jubilación pueda recibir parcialmente su pensión mientras mantiene su trabajo, igualmente reducida en su dimensión temporal; o de la prestación de maternidad si la opción es facilitar la reincorporación gradual de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo sin que ello redunde en una ausencia del cuidado del hijo nacido.

Otro aspecto clave en la determinación del régimen jurídico de las prestaciones, aunque solo de las que están causadas por riesgos del trabajo que determinan de origen una responsabilidad objetiva del empleador, exige concretar el grado de responsabilidad en orden a las prestaciones. No solo con carácter general, sino particularmente en los casos concretos en que el empleador incumple sus obligaciones de afiliación o de cotización por los trabajadores a su servicio; de forma, que quede clara, actualizada la contingencia, la responsabilidad del empleador, la forma de exigirla o el impacto que pueda tener sobre el disfrute efectivo de la prestación.

Para concluir, una cuestión que debe ser abordada en el terreno prestacional es la referida a la garantía de la tutela efectiva del sujeto protegido. Es una cuestión que no se plantea respecto de las prestaciones no contributivas ya que, materializada la contingencia y reunidos los



requisitos legales, el derecho no puede ser discutido, correspondiendo al Estado el otorgamiento de la prestación y la garantía de su disfrute. No sucede lo mismo con las prestaciones de índole contributiva, en relación con las cuales existe una diferenciación, típica en el caso de trabajadores por cuenta ajena, entre Estado, sujeto protegido y sujeto obligado a asumir ciertas cargas como la de afiliación y de cotización.

El incumplimiento de las obligaciones señaladas, o su cumplimiento defectuoso, puede provocar un impacto negativo en las expectativas de disfrute de la tutela que debería excluirse mediante principios que aseguren que el sujeto protegido reciba efectivamente la protección sin que el déficit de cumplimiento del obligado suponga la pérdida del derecho o la enorme dificultad de ejercerlo. Principios en fin, como los de la obligación y la responsabilidad pública, la automaticidad del derecho a la prestación y, eventualmente, el más debilitado principio de subsidiariedad, pueden contribuir a la finalidad de garantizar la protección a sujetos que se encuentran una situación de necesidad que la ley ha considerado merecedora de tutela.







Los regímenes especiales de Seguridad Social

1. Los regímenes especiales como elementos estructurales de un sistema de Seguridad Social

1.1. La ubicación de los regímenes especiales de la Seguridad Social

1.1.1. Los regímenes especiales del nivel contributivo

El desempeño de un trabajo es el elemento o criterio central que permite la inclusión de una persona en el ámbito subjetivo del nivel contributivo de un sistema de Seguridad Social. Esa actividad productiva justificadora de la inclusión abarca una amplia variedad que va desde el trabajo asalariado o por cuenta ajena (en cualquiera de los sectores económicos o ramas de la producción), hasta el trabajo por cuenta propia o autónomo (en sus distintas variantes y en los diversos sectores de la economía), pasando por el trabajo realizado en el contexto de una relación funcional de prestación de servicios, o incluso por el trabajo no remunerado del hogar.

Son, justamente, las diversidades y especialidades que presentan algunas actividades o el trabajo realizado por ciertos colectivos las que han recibido, a los efectos de su inclusión y protección por los sistemas de Seguridad Social, regulaciones especiales que se suelen articular mediante la creación de regímenes habitualmente calificados como regímenes especiales de la Seguridad Social.

A consecuencia de lo anterior, el nivel contributivo de los sistemas de Seguridad Social se ha estructurado en diversos regímenes o regulaciones diferenciadas.



De una parte, un régimen general o común, de mayor extensión numérica hasta convertirlo en preponderante y que funciona como el régimen modelo o de referencia. Normalmente también, pero no necesariamente, este régimen acoge al contingente numérico mayor de las personas activas, es decir, a los trabajadores asalariados, que fueron a su vez los primeros en incorporarse a los sistemas de protección social. Un colectivo que, si se tiene en cuenta también los orígenes de los Seguros Sociales, antecedentes de la Seguridad Social, estaba formado, en primer lugar, por los trabajadores de la industria, para posteriormente incorporar también a los trabajadores del sector servicio, continuando su vis expansiva ulterior hacia trabajadores del mar o del campo.

El papel preferente y central que ocupa este tipo de regímenes especiales ha funcionado como elemento de atracción de toda una serie de colectivos profesionales que, o bien no se encontraban protegidos, o bien procedían de regímenes especiales propios tales como autónomos o funcionarios públicos y que, sobre todo en los últimos años, ha ido migrando hacia el régimen general.

Junto a este régimen general o común, los regímenes especiales, obviamente donde existan ya que no es una opción obligada ni política, ni normativa, ni técnicamente, se crean para proporcionar un tipo de tutela diferente y especial, no siempre más privilegiada, a grupos profesionales o actividades o sectores productivos de los que pueden predicarse singularidades (productivas, jurídicas, económicas, técnicas) de su actividad o del sector con relevancia en el terreno de la Seguridad Social, sea en todas sus dimensiones (financiación, actos de encuadramiento, gestión, prestaciones) o sólo en algunas de ellas.

La profesionalidad, o mejor su peculiaridad a efectos de la Seguridad Social es el criterio a que se hace referencia y que, en esta lógica, ha de tener la suficiente fuerza como para justificar el relativo trato desigual creado por la diversidad de regímenes. Esta motivación, al margen de que no sea real en algunos casos obedeciendo entonces a razones simplemente políticas, no puede obviamente llevar, aunque en algunos sistemas de Seguridad Social así suceda, a una multiplicación extraordinaria de regímenes especiales.

Razones como el principio de igualdad, la exigencia de una motivación técnica, la preservación de la unidad del sistema y la defensa de una gestión más estructurada y eficiente, hacen que el número de esos regímenes especiales siempre sea reducido y tienda a disminuir; de manera que puede ser frecuente encontrar sistemas de Seguridad Social que contemplan desde unos pocos regímenes especiales u otros en los



que esos regímenes son algo más numerosos.

Los regímenes especiales se suelen establecer, con carácter general y al margen de las precisiones y de las variables que contenga cada normativa de Seguridad Social, en aquellas actividades que se presenten alguna de las siguientes singularidades: a) la naturaleza de la prestación de servicios, sea por cuenta ajena o sea por cuenta propia, generando un Régimen Especial para este segundo tipo de trabajadores; b) las peculiares condiciones de trabajo en determinados sectores productivos, acogiendo entonces esos Regímenes Especiales, aunque no siempre, tanto a trabajadores por cuenta propia o ajena, como sucede con los Regímenes Especiales de trabajadores agrarios, del mar o de cualquier otro sector productivo de relevancia como la minería, el transporte, las empresas eléctricas o las empresas públicas; c) la naturaleza singular de la relación de servicios cuando ésta es funcionarial provocando el surgimiento de Regímenes Especiales para funcionarios públicos o para el empleo público; d) la especialidad de la actividad concreta a desarrollar como acontece con los jueces, los militares, la policía u otro tipo de funcionarios que ejercitan potestades públicas; y, e) el hecho de no prestar el trabajo a un empleador mercantil como sucede con el trabajo doméstico. De esta forma, los trabajadores que ejerzan una de estas actividades o lo hagan en ciertos sectores o empresas o conforme a un tipo particular de relación jurídica podrían quedar comprendidos en regímenes especiales.

Puesto que, en los regímenes especiales se incluyen, por tanto, colectivos diversos que se organizan en torno a la peculiaridad de la actividad que desarrollan los propios sujetos que los conforman, la relación entre el régimen general y los regímenes especiales de la Seguridad Social es la propia de existente entre la regla general, en todas sus dimensiones en materia de Seguridad Social, y la regla especial; de manera que el régimen general es la referencia y la especialidad de los regímenes especiales se establece precisamente por comparación con esa regla general.

No obstante, la peculiaridad profesional no puede convertirse por sí misma en el pretexto para la creación de regímenes especiales. Ello banalizaría la justificación puesto que, según cómo se mire, todas las actividades profesionales pueden ser por hipótesis laboralmente diferenciables y justificar, en consecuencia, la creación de un régimen especial. Y es que es fácil que se encuentren elementos de peculiaridad de casi cualquier trabajo o de la índole del proceso productivo de que se trate que puedan proporcionar, en principio, motivos para la creación de un régimen especial.



1.1.2. Las regulaciones especiales del nivel no contributivo

La misma lógica, aunque con justificación diferente, se puede proyectar en el nivel no contributivo de prestaciones de los sistemas mixtos de Seguridad Social. Aunque no es habitual hablar de regímenes especiales cuando se hace referencia al nivel no contributivo de prestaciones, no se puede descartar la posibilidad de creación de regulaciones especiales dentro del nivel no contributivo que se pueden crear atendiendo lógicamente a criterios que, en principio, nada tienen que ver con el desempeño de una actividad laboral o económica, puesto que este factor carece de relevancia en el ámbito no contributivo. En concreto, cabe la posibilidad de optar por la creación de regulaciones diferenciadas, a veces con un contenido prestacional diverso, en razón de una serie de circunstancias de carácter personal.

Obviamente, al tratarse de regulaciones especiales es claro que éstas sólo tienen sentido en un sistema de Seguridad Social que parta de la carencia de recursos, por sí misma y sin la exigencia de ningún requisito adicional, como la contingencia protegida típica tutelada por su nivel no contributivo. De esta forma, habría un régimen común o general no contributivo dotado de un campo general de aplicación, precisamente universal, integrado por todos los ciudadanos que, al margen del desarrollo de una actividad profesional y, en consecuencia, al margen de la contribución previa al sistema de Seguridad Social, cumplan el requisito básico de la carencia de ingresos y el tradicional requisito de la residencia. Este régimen general o común del nivel no contributivo tendrá también su propia acción protectora, constitutiva, por razón de su función de atender a las situaciones reales de necesidad, de una prestación económica fijada en una concreta cuantía, que puede ser de carácter diferencial para los supuestos en los que el beneficiario tenga algún nivel de ingresos.

Existiendo esta tutela general de todo ciudadano carente de recursos mínimos de subsistencia, puede surgir la necesidad o, al menos, la conveniencia, de que, junto a la regulación general que defina y delimite esta contingencia, se prevean otras situaciones y colectivos objeto de protección pero en atención a otros requisitos adicionales que se articulen mediante la creación de regulaciones especiales que traduzcan una protección especial dentro del nivel no contributivo referida a determinados colectivos de personas.

En este sentido, algunas de estas situaciones o colectivos que pueden demandar una protección diferente (sea en cuanto a la exigencia de requisitos específicos y adicionales, sea en cuanto a la cuantía de



la prestación que en cada caso se puede reconocer) pueden ser, por ejemplo, las personas que padezcan una cierta discapacidad, las que alcancen una determinada edad, las que se encuentren en situaciones extremas de desempleo, las que, pese a haber trabajado, no consigan obtener una pensión contributiva por no reunir los requisitos necesarios del nivel contributivo, o las que soporten cargas familiares. Personas que, naturalmente puesto que se trata del nivel no contributivo, han de encontrarse en situación real de necesidad económica.

Así, las prestaciones no contributivas especiales por invalidez, vejez, desempleo de larga duración, carencia de pensiones contributivas, o cargas familiares, entre otras, podrían configurarse como prestaciones que constituyen regulaciones especiales del nivel no contributivo de un sistema de Seguridad Social. Una especialidad que es claro que no puede afectar a la dimensión financiera y ni a la de encuadramiento y procedimentales. Estas regulaciones especiales, pues, sólo pueden tener sentido en el plano prestacional estableciendo, por ejemplo, prestaciones de garantía de recursos más elevadas para los adultos mayores, para las personas con discapacidad de grado elevado, para los desempleados de muy larga duración, para quienes han aportado al nivel contributivo pero no en suficiente cuantía, o para quienes tienen cargas familiares. Ello al margen de que, para alcanzar estas mejores prestaciones se exija el cumplimiento de los requisitos personales que se evidencian en la propia delimitación del ámbito subjetivo de estas regulaciones especiales. Estos otros requisitos serán diferentes para cada régimen, dependiendo de las circunstancias personales y/o familiares que concurran en los sujetos que conforman sus respectivos campos de aplicación, pero, en cualquier caso, serán requisitos que nada tengan que ver con el desempeño de una actividad profesional.

Se acaba de hacer referencia al posible colectivo objeto de protección especial dentro del nivel no contributivo integrado por los sujetos que, habiendo realizado alguna actividad laboral o profesional y habiendo contribuido económicamente al sistema, no lo han hecho en la cuantía y el tiempo suficiente como para quedar protegidos por el nivel contributivo en lo que hace a las pensiones. En este caso, este colectivo que, a su vez, puede presentar determinadas especialidades personales y/o familiares, podría quedar protegido por el nivel no contributivo. Pero no necesariamente por el régimen común sino presentándose como un colectivo particular cuya insuficiente contribución económica al sistema de Seguridad Social los expulsa de este nivel haciendo que su protección se enmarque en el nivel no contributivo, con una mejor protección que podría relacionarse con la previa, aunque insuficiente, cotización.



La opción político-normativa por proteger de forma especial a estos trabajadores supone sin duda una quiebra de la lógica protectora del nivel contributivo, si es que se opta por este tipo de tutela, puesto que se parte de la base de la realización de una actividad laboral o económica pero que no ha sido suficiente para alcanzar el mínimo de carencia exigible. Pero si la alternativa es por el nivel no contributivo conforme a una regulación especial, tampoco es acorde con la lógica no contributiva puesto que, aunque se exija la carencia de rentas, también se requiere la contribución al sistema como requisito de sumisión a esta particular regulación. De esta forma, la configuración de una regulación especial no contributiva para este colectivo presenta contradicciones que tan sólo podrían aceptarse desde la apuesta por la flexibilización y modulación de las lógicas contributiva y/o no contributiva en aras de la ampliación del ámbito subjetivo de protección de un sistema de Seguridad Social. Lo cierto es que, normalmente, la situación de este tipo de trabajadores se suele solventar, dentro del nivel contributivo, permitiéndoles permanecer voluntariamente en activo y como cotizantes aunque no se desempeñe ninguna actividad laboral o económica.

De esta forma, las regulaciones especiales del nivel no contributivo pueden venir articuladas y delimitadas desde un punto de vista subjetivo de la siguiente forma: un régimen común no contributivo, formado por los sujetos que cumplen los dos requisitos identificadores del nivel no contributivo (carencia de rentas y residencia), al margen, pues, del desempeño de una actividad laboral o económica y al margen de la contribución al sistema; y unas regulaciones especiales, esencialmente prestaciones, que se integran por colectivos específicos en atención a determinadas circunstancias relevantes (personales, familiares e incluso profesionales) que les caracterizan como tales colectivos. Y que, además de cumplir los requisitos de la carencia de recursos y residencia, cumplen otros que, precisamente, son los que permiten su configuración e identificación como colectivos específicos: personas con discapacidad, personas mayores, desempleados de larga duración, trabajadores expulsados del nivel contributivo o personas con cargas familiares, por poner varios ejemplos.

En todo caso, lo habitual es que, cuando existe un nivel no contributivo que garantice la universalidad de protección protegiendo a todos los ciudadanos o residentes carentes de los recursos mínimos de subsistencia, no sean necesarias regulaciones especiales para concretos colectivos todos los cuales, sin diferenciación, se someten a la regla común y, en consecuencia, reciben del sistema de Seguridad Social las mismas prestaciones de garantía de subsistencia, calculadas de una



forma igualmente común o unitaria. Sin duda que la articulación de un nivel no contributivo sin especialidades resulta, además, más eficiente desde el punto de vista de la gestión, debido a su unidad y su homogeneidad.

Lo que sucede es que, cuando el nivel no contributivo de prestaciones no garantiza plenamente la universalidad, puesto que no protege a todos los ciudadanos, las regulaciones especiales a que se ha hecho referencia antes, más que ser diferencias respecto del régimen común, se convierten en los instrumentos de fijación de los colectivos que tienen acceso a la protección. De forma que es la suma de esas regulaciones especiales la que, por agrupación de colectivos, determina el campo de aplicación, limitado o no universal, del nivel no contributivo de prestaciones. Y serán sólo esos colectivos (adultos mayores, discapacitados, desempleados de larga duración, trabajadores imposibilitados de obtener las pensiones contributivas, personas dedicadas al cuidado no remunerado del hogar, personas con cargas familiares) los que reciban protección quedando excluidos los demás ciudadanos aunque se encuentren en situación real de necesidad económica.

En definitiva, la creación de regímenes especiales, ya sea del nivel contributivo o ya sean regulaciones también especiales del nivel no contributivo, permiten estructurar los sistemas de Seguridad Social. Estos elementos estructurales tienen su origen en la presencia de concretas especialidades de carácter muy diverso, pues mientras que en los regímenes especiales del nivel contributivo es el desempeño de una concreta actividad laboral o económica cuyas peculiaridades requieren adaptaciones del régimen general, en las regulaciones especiales no profesionales son, básicamente, determinadas circunstancias personales o familiares las que pueden demandar esa regulación especial. En ambos casos, estos regímenes o regulaciones especiales adquieren su carácter como tales por referencia y en relación con los regímenes generales o comunes, el contributivo o el no contributivo, respecto de los cuales los regímenes o regulaciones especiales presentan especialidades en determinadas dimensiones de la protección social que se les otorga.

1.2. Las razones de la existencia de regímenes especiales de la Seguridad Social

En relación con el nivel contributivo de prestaciones, como espacio en el que tiene más sentido la existencia de regímenes especiales, lo



habitual, a los efectos de apreciar la presencia de razones que expliquen y, sobre todo, justifiquen la creación y pervivencia de esos regímenes especiales de tipo contributivo, es atender a la existencia o no de determinadas especialidades que pueda presentar el colectivo incluido en el concreto régimen especial en su forma de desempeñar la actividad o en cuanto a las particularidades que se manifiesten en el sector o medio en el que se desarrolle dicha actividad.

Son, en definitiva, las singularidades socio-económicas, laborales, productivas o de otra índole diferenciadora las que pueden explicar y justificar su propia creación. Siempre que, como se ha subrayado antes, estas peculiaridades tengan una proyección inevitable en alguna dimensión del sistema de Seguridad Social. Sin embargo, a pesar de ello, la creación y, sobre todo, el mantenimiento en el tiempo de los regímenes especiales de la Seguridad Social han respondido a razones diversas. Las cuales permiten explicar su creación pero, para muchos de los regímenes especiales, no justifican su permanencia. Entre estas causas, algunas de ellas estrechamente relacionadas entre sí, se pueden destacar las siguientes.

1.2.1. La ampliación del ámbito subjetivo de protección de los sistemas de Seguridad Social

La creación de algunos regímenes especiales encuentra su razón de ser en la propia evolución histórica de la Seguridad Social. En sus estadios iniciales, los sistemas de Seguridad Social han tenido la finalidad de garantizar, exclusivamente, la protección social de los trabajadores por cuenta ajena o trabajadores asalariados; incluso, en una primerísima etapa, esos trabajadores solamente eran los de la industria y de los servicios que, además, se constituían en régimen común o general de la Seguridad Social.

La posterior ampliación del ámbito subjetivo de la Seguridad Social contributiva ha ido incorporando a nuevos trabajadores en el régimen general de la Seguridad Social. La extensión subjetiva del ámbito de protección de la Seguridad Social se ha realizado a través de la inclusión de nuevas categorías de trabajadores que, en vez de quedar integrados en el régimen general, han sido la base subjetiva para constituir regímenes especiales, diferentes del general. La creación, pues, de la mayoría de los regímenes especiales ha obedecido a la fuerza expansiva subjetiva de los sistemas contributivos de la Seguridad Social y al carácter aluvial que ha presidido la formación de la misma; incorporándose de forma paulatina grupos de población de similares características laborales (trabajadores agrarios, del mar, domésticos, funcionarios



públicos, autónomos) y recibiendo por esa singularidad profesional un tratamiento diferenciado frente al régimen general.

La creación de regímenes especiales para la adecuación de la protección de la Seguridad Social de determinados colectivos evita un replanteamiento general y en profundidad de las bases del esquema de protección del régimen común que, sin duda, resultaría necesario para la integración de algunos colectivos en el régimen general. Así sucede con la inclusión de los trabajadores por cuenta propia en el ámbito subjetivo de la Seguridad Social, que se ha articulado en la mayoría de los sistemas de Seguridad Social mediante la creación de un régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos. Y también con la creación de regímenes especiales que protegen a colectivos de trabajadores asalariados de sectores específicos, al margen de la industria o de los servicios, como el agrario; o sometidos a regulaciones jurídicas particulares, como son los funcionarios o empleados públicos, un colectivo que, por su parte, cuenta con una acendrada tradición de regulación separada en todos los órdenes y también en el de la Seguridad Social.

1.2.2. Razones históricas, de tradición o de inercia

Otra razón que explica la existencia de algunos regímenes especiales, en estrecha conexión con la razón recién expuesta, es la inercia histórica, esto es, la existencia previa de una regulación diferenciada de determinados colectivos, que asimismo, han quedado incluidos entre los protegidos por el sistema de Seguridad Social mediante la creación de regímenes especiales y sin necesidad de hacer un replanteamiento global ni una reforma de base del régimen general. Se trata de regímenes especiales que, quizás tuvieron su justificación en sus orígenes, sea como forma de incluir a ese colectivo en el sistema de Seguridad Social, sea como manera de garantizarles un tratamiento diferenciado, pero cuyo mantenimiento carece de justificación lógica tanto desde la perspectiva de la estructura misma del sistema como desde los principios de contributividad y equidad.

Son supuestos en los que no existen ya justificaciones técnicas para una regulación separada y tampoco obstáculos irreductibles que impidan su integración en el régimen general como demandan la eficiencia de la gestión, la solidaridad y la unidad y simplificación de la estructura del sistema de Seguridad Social. Otra cosa es que esa integración encuentre resistencias e inercias, a veces defensivas de tratamientos privilegiados, a veces derivadas de la propia pretensión de supervivencia de los organismos de gestión de estos regímenes y sea



necesario articular, debido a la complejidad que presentan todos estos procesos de integración, normas transitorias que regulen el tránsito desde la especialidad al régimen común.

1.2.3. Los condicionamientos socioeconómicos, políticos o jurídicos de determinadas actividades profesionales o de ciertos sectores de la economía

La creación de determinados regímenes especiales obedece también a veces a las características socioeconómicas, políticas o jurídicas de determinados sectores de actividad que, en virtud de las condiciones de trabajo o de los niveles de renta o de actividad de esos sectores, reclaman un tratamiento.

Así ocurre con frecuencia para los trabajadores agrarios, para los trabajadores del mar o de la minería para los que se pueden constituir regímenes especiales que responden a causas como las especiales circunstancias del trabajo en lo que hace al tipo de contratación (mayor incidencia de contratos inestables o irregulares), o a las condiciones de tiempo y lugar de trabajo (navegación de altura, trabajo en la minería con todo lo que hace a la seguridad de desempeño del mismo, dificultad del mantenimiento en activo a partir de una cierta edad por razón de la penosidad del trabajo).

Otras veces son razones jurídicas generales, no necesariamente vinculadas a la regulación de la protección social, las que han motivado la creación de regímenes especiales en el nivel contributivo. Sea porque se trata de trabajadores que prestan sus servicios a entidades particulares (la Administración Pública o las empresas públicas), sea porque su relación de servicios se rige por normas administrativas y no laborales (los funcionarios públicos), sea porque se trate de trabajadores no asalariados. En los dos primeros supuestos, la peculiaridad pública del sujeto perceptor de los servicios ha podido justificar la creación de regímenes especiales que, muchas veces, se asocian a tratamientos privilegiados dada la naturaleza pública y no comercial de quien aparece como empleador cuya capacidad de financiación depende muchas veces de dotaciones públicas en las que tienen preponderancia criterios políticos de asignación de recursos.

En cuanto a los trabajadores autónomos, la inexistencia de un empresario y la coincidencia en el trabajador de la doble condición de sujeto obligado y sujeto protegido ha hecho que este tipo de trabajadores se hayan incorporado a los sistemas de Seguridad Social mediante regímenes especiales en los que esa singularidad se traduce desde el



punto de vista de la protección social. Además de que, en cuanto a los autónomos, su normalmente tardía incorporación al sistema contributivo de la Seguridad Social ha provocado la elección de un procedimiento gradual articulado a través de un régimen especial.

1.2.4. Intereses y presiones de determinados colectivos

Asimismo, los intereses y las presiones de algunos colectivos por una protección social diferenciada han encontrado en los regímenes especiales el instrumento adecuado para establecer o conservar determinadas diferencias de tratamiento o ciertos privilegios de protección. Así ocurre con los regímenes especiales para los funcionarios públicos o con los trabajadores de sectores excedentes desde el punto de vista económico como las empresas públicas o la minería, que vienen disfrutando en algunos sistemas de Seguridad Social de una protección superior a la atribuida por el régimen general. Se trata de particulares y más beneficiosas reglas de cotización, o en relación con los requisitos para obtener las prestaciones (edad pensionable, por ejemplo), respecto del cálculo de la cuantía de algunas de ellas (periodos de carencia, bases de cálculo de las pensiones), por lo que se refiere a prestaciones propias (complementos especiales de las prestaciones estándar del régimen general) o en relación con la conservación y el mantenimiento del derecho a la prestación (compatibilidad de la pensión con el trabajo o revalorizaciones particulares de su cuantía). Para estos colectivos, si no fuese por la existencia de regímenes especiales, su inclusión en el sistema contributivo de la Seguridad Social mediante la integración en el régimen general, supondría, en aplicación del principio de igualdad de trato, la desaparición de estos privilegios tanto en la financiación como en la acción protectora.

En definitiva, la creación y el mantenimiento de algunos regímenes especiales de Seguridad Social no responde, en la mayoría de los casos, a razones de carácter técnico- jurídico que expliquen y justifiquen su existencia desde el punto de la vista de la protección social puesto que la razón profesional o sectorial de la distinción que, en su momento, pudo tener cierta justificación, ha desaparecido hoy día. En un contexto en el que el sistema de Seguridad Social no protegía a todos los ciudadanos ni siquiera a todos los trabajadores, puede entenderse que la incorporación de colectivos excluidos se hiciera creando regímenes especiales.

También se puede encontrar explicación de la existencia de regímenes especiales en la conservación de tratamientos diferenciales o, en su caso, para incluir en la Seguridad Social a unos colectivos pero en



condiciones prestacionales peores a las ofrecidas al resto de regímenes. Sin embargo, hoy por hoy, debido a la extensión del sistema y a la cada vez mayor homogeneidad interna entre regímenes que se ha alcanzado en muchos sistemas de Seguridad Social, estas razones no tienen acogida, debiendo ser sustituidas por la más auténtica de la peculiaridad de la actividad laboral o económica siempre que tenga una inevitable e irreductible repercusión en alguna de las dimensiones de la protección social.

1.2.5. Las peculiaridades técnico-jurídicas con repercusión en el terreno de la Seguridad Social contributiva

Desde un punto de vista estrictamente técnico son las peculiaridades que se presentan en cada colectivo de trabajadores y siempre que tengan repercusión en el terreno de la Seguridad Social, las que verdaderamente podrían justificar la existencia de los regímenes especiales. Y siempre que esas repercusiones sean de suficiente entidad como para fundar la existencia de esos regímenes ya que, singularidades concretas y muy específicas, que pueden suponer por ejemplo un tipo de cotización diferenciada o edades de jubilación propias, son perfectamente encuadrables en el régimen general, a través de excepciones o regulaciones particulares que no necesitan para su existencia y aplicación de un régimen especial.

El colectivo típico de trabajadores de los que se suele justificar la existencia de un régimen especial, aunque no es obviamente una opción obligada, es el de los trabajadores autónomos, al margen del sector económico en el que desarrollen su actividad. La ausencia de la figura del empleador genera sin duda especialidades en el ámbito de la Seguridad Social. No sólo en materia de actos de encuadramiento y en materia de cotización en la medida en que coinciden en el trabajador la doble condición de sujeto obligado (a la afiliación y a la cotización); también en que es muy complejo establecer una forma de cotización basada en los ingresos del trabajador (frecuentemente confundidos con los beneficios de la empresa o de la actividad sin que exista una retribución fijada de antemano que sirva como base para la cotización); o en que existen prestaciones, como la de desempleo, cuyo otorgamiento a estos trabajadores presenta complicaciones técnicas evidentes sobre todo si se articula sobre la base de la involuntariedad en la medida en que el autónomo tiene un evidente control sobre su propio ritmo de actividad e incluso sobre su permanencia.

Otra actividad que puede presentar especiales características desde el punto de vista de la Seguridad Social contributiva es la del trabajo al



servicio del hogar. Si es remunerado por la singularidad representada por la figura del empleador, que es más bien empleador y no desde luego empresario comercial, y por la excesiva carga económica que la cotización puede representar para los hogares; lo que es más una razón económica que en puridad técnico-jurídica. Y más aún si se trata de un trabajo no remunerado, donde la finalidad política de revalorizar el trabajo al cuidado del hogar, absolutamente feminizado con lo que se añade el objetivo del cumplimiento del principio de igualdad, unido a la ausencia de retribución y de empleador en sentido propio, pueden justificar, bien su inclusión en el régimen general pero con evidentes singularidades (menor cotización, formas especiales de encuadramiento, definición específica del colectivo protegido, exclusión de prestaciones de corto recorrido y limitación a las pensiones por invalidez o vejez), bien, dada la entidad de éstas, la creación de un régimen especial en el nivel contributivo.

En definitiva, pero sin que ello sea una opción obligada, sólo se justifica la existencia de un régimen especial en el nivel contributivo respecto de colectivos profesionales particulares incluso desde el punto de vista de la propia Seguridad Social. Lo que puede afectar a los trabajadores autónomos, que constituyen un colectivo con dificultades de homogeneización con el régimen general, con cuestiones de financiación específicas como la dificultad para determinar las rentas percibidas a los efectos de la cotización y con situaciones de necesidad en algunos casos diferenciables, especialmente en relación con la protección por desempleo.

Y también otros regímenes como el que incluye al colectivo que realiza un trabajo no remunerado en el seno del hogar o el que se integra por sujetos que no realizan una actividad laboral o económica, incluidos los nacionales residentes en el extranjero; aunque, como se ha indicado, la alternativa en este supuesto es abrir la vía de la inserción voluntaria en el régimen general pese a no desarrollar actividad productiva alguna que justifique su inclusión en el sistema.

En cuanto a otros posibles regímenes especiales podrían integrarse bien en el régimen general, bien, de existir, en el régimen especial de trabajadores autónomos, superándose de esta forma algunas de las consecuencias negativas que acarrea una estructura fragmentada del sistema de Seguridad Social. Sin perjuicio, en todo caso, de la posible pervivencia de determinadas especialidades, dentro del régimen general, en distintos aspectos o materias de Seguridad Social.



1.3. Clasificación y enumeración de regímenes especiales de la Seguridad Social

Son diversos los criterios que se pueden emplear para establecer una clasificación de los regímenes especiales que pueden existir en los sistemas contributivos de la Seguridad Social, tales como extensión e intensidad de la protección que ofrece cada régimen, los instrumentos normativos utilizados para su creación y regulación, la mayor o menor importancia del colectivo protegido en el conjunto del sistema, el distinto grado de complejidad de su normativa reguladora o el grado de homogeneidad que tenga respecto del régimen general. También se pueden clasificar los regímenes especiales atendiendo a la naturaleza de los sujetos protegidos por cada uno de ellos. Atendiendo a estos criterios y teniendo siempre presente que el régimen general o común lo integran, básicamente, los trabajadores por cuenta ajena, y dentro de ellos los de la industria y de los servicios, se puede hacer la siguiente clasificación de los regímenes especiales:

En primer lugar, regímenes especiales que protegen a trabajadores por cuenta ajena que quedan excluidos del régimen general, bien por las especialidades que presenta el lugar de prestación de servicios y/o por las presiones e intereses de ciertos colectivos, que les permitan disfrutar de una protección superior a la atribuida por el régimen general (mineros, transportistas); bien por las especialidades del lugar de prestación de servicios y por las peculiaridades que presenta el sujeto que actúa de empleador (como puede ser el régimen especial de empleados de hogar, los funcionarios públicos o los trabajadores de empresas públicas); bien por las características de la propia actividad profesional (mineros, policías, fuerza armadas, funcionarios de la administración de justicia).

También existen regímenes que protegen sólo a trabajadores por cuenta propia, que presentan diversas especialidades respecto del régimen general que derivan de la ausencia de la figura del empresario o de la retribución salarial en el sentido tradicional.

Asimismo, existen regímenes especiales que se conforman tanto por trabajadores por cuenta propia como por trabajadores por cuenta ajena, con distinción interna entre estos dos colectivos, y que desempeñan su actividad en un concreto sector de la economía que presenta diversas especialidades como puede ser el caso de los trabajadores agrarios o de la pesca artesanal.

Además hay regímenes especiales que incorporan a personas que,



aunque son parte de una relación de prestación de servicios, no se pueden calificar jurídicamente como trabajadores por cuenta ajena (el caso de los funcionarios públicos), disfrutando de una protección diferenciada y frecuentemente mejor.

2. La adecuación de las reglas generales en materia de actos de encuadramiento, de cotización y de acción protectora

Al margen de cuáles sean las razones que permitan justificar o, al menos, explicar la creación y el mantenimiento de los regímenes especiales, lo verdaderamente relevante es identificar y analizar sobre qué parcelas o materias de la Seguridad Social se proyectan las especialidades que caracterizan a dichos regímenes especiales. Si se opta por el establecimiento de unos concretos regímenes especiales es porque, en buena lógica, se parte de la concurrencia de peculiaridades en los grupos de población calificados por su actividad laboral o económica que requieren, a los efectos de su inclusión y protección por el sistema de Seguridad Social, su configuración como tales regímenes especiales. Y esa configuración como régimen especial ha de permitir la adaptación y la adecuación de las reglas del régimen general, que se fraguan y manifiestan en los actos de encuadramiento, en las reglas de cotización y en el nivel prestacional. Así pues, la acomodación y el ajuste de las especialidades que presentan los regímenes especiales se proyectan sobre las relaciones de aseguramiento, las relaciones contributivas y las relaciones de protección, que pueden variar en su contenido de derechos y deberes en función del sector o de la actividad.

En cuanto a la creación de regulaciones especiales en el nivel no contributivo de prestaciones, por su propia configuración, tan sólo puede derivar en reglas especiales en materia de acción protectora, puesto que los actos de encuadramiento y las reglas de cotización son irrelevantes y carecen de sentido en un nivel no contributivo en el que los sujetos que lo integran no tienen por qué realizar una actividad laboral o económica ni, en consecuencia, tienen por qué estar formalmente incorporados al sistema, ni tampoco contribuir económicamente al mismo (dada la financiación habitual con cargo a impuestos).

Lo anterior, sin perjuicio de que, como se ha dicho, dicha aportación pueda tener relevancia y repercusión en algún caso, bien en la configuración de una específica regulación especial, bien en la determinación de la cuantía de las prestaciones. Y es que incluso si se



considerase oportuno que el colectivo que ha realizado una actividad económica o laboral por la que ha contribuido al sistema (pero no lo suficiente como para acceder por la vía del nivel contributivo) se configure como una especialidad del nivel no contributivo, serían irrelevantes los actos de encuadramiento y las reglas de cotización a los efectos de la configuración de dicha regulación especial, puesto que estas reglas de contribución al sistema y los actos de encuadramiento serán las del régimen general (o, en su caso, las de los regímenes especiales contributivos) en los que estos trabajadores quedan encuadrados mientras están desempeñando una actividad productiva.

2.1. Especialidades en los actos de encuadramiento

Los actos de encuadramiento adquieren gran relevancia en un nivel contributivo, puesto que permiten la inclusión formal en el registro de los que son beneficiarios potenciales de la protección. Al mismo tiempo, hacen surgir la obligación económica de aportación al sistema de los recursos necesarios para que éste pueda cumplir su función, y, en concreto, hacen posible que el sujeto reúna los requisitos de actividad y de período de cotización previo requeridos para tener derecho a la protección una vez actualizada la contingencia o hecho causante. De esta forma, los actos de encuadramiento formalizan, a partir del sustrato de la realidad del desempeño de un trabajo o de una actividad económica, la condición de sujeto protegido, la de sujeto obligado a contribuir a la financiación del sistema de Seguridad Social, así como la de persona potencialmente beneficiaria de futuras prestaciones.

Las principales especialidades que se presentan en relación con los actos de encuadramiento se manifiestan básicamente en dos aspectos. Por un lado, en la determinación de los sujetos obligados del cumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta, baja o variaciones de datos. En el esquema del régimen general de la Seguridad Social, en el que, a partir del contrato de trabajo, surge una relación triangular entre el empresario, el trabajador y la Seguridad Social, el empresario es el sujeto habitualmente forzado a cumplir con las obligaciones de identificación de la empresa ante la Seguridad Social, y de afiliación, alta y baja de los trabajadores que contrata. El modelo de referencia de los actos de encuadramiento es el que afecta a las actividades realizadas en régimen de trabajo asalariado; un modelo que se caracteriza por esa relación triangular entre quien desarrolla el trabajo (sujeto protegido del nivel contributivo y potencial beneficiario de las prestaciones), quien otorga la protección (entidad gestora de la Seguridad Social) y



quien está obligado a cumplir las formalidades constitutivas de los actos de encuadramiento (el empleador que contrata al trabajador).

Sin embargo, como es obvio, esta relación triangular se hace simplemente bilateral cuando la actividad profesional que justifica la incorporación del sujeto protegido al nivel no contributivo no es asalariada y, en consecuencia, no está implicado ningún empleador. En este caso, en el que se desempeña una actividad por cuenta propia o autónoma, con independencia del régimen en el que el trabajador quede encuadrado en función de la naturaleza de su actividad o del sector de actividad económica en el que desarrolle su profesión (régimen general o común, regímenes especiales de trabajadores autónomos, de trabajadores del mar o de los transportes), el sujeto obligado a cumplir las formalidades en que consisten los actos de encuadramiento no puede ser otro que el sujeto protegido, único interlocutor frente a la entidad gestora de la Seguridad Social.

Asimismo, pueden ser necesarias adaptaciones del modelo general en materia de actos de encuadramiento en aquellos sectores de actividad en los que es frecuente que el trabajador desarrolle su actividad siguiendo modalidades diferentes. Ejemplo claro, se configure o no como régimen especial de la Seguridad Social, es el de los empleados de hogar, que pueden desempeñar su trabajo según dos modalidades diferentes: una de forma permanente y exclusiva para una sola familia y otra a tiempo parcial para varias. En la primera modalidad de prestación de servicios, en buena lógica con el esquema general que se construye a partir de una relación triangular parece adecuado que el sujeto obligado sea el cabeza de familia, que es el empleador. Sin embargo, en la segunda modalidad, próxima a una prestación de servicios de forma autónoma o por cuenta propia, puede tener sentido, aunque no desde un punto de vista jurídico, que sea el propio trabajador el que asuma la obligación de tramitar los actos de encuadramiento.

Y es que al existir la figura del empleador en ambas modalidades y, por tanto, al constituirse una relación triangular, sea de mayor o menor intensidad en el tiempo de prestación de servicios para el cabeza de familia (a tiempo completo o a tiempo parcial), no hay argumentos jurídicos que justifiquen esta posible distinción de los sujetos obligados. Lo que sí se puede apreciar, al establecer esta distinción es la finalidad de descargar al cabeza de familia de tener que cumplir determinadas obligaciones que, por lo demás, pueden resultar excesivamente fastidiosas. Y, sobre todo, esta distinción pretende evitar las dificultades de gestión y la excesiva burocratización que podría generarse al multiplicarse los actos de encuadramiento que cada cabeza de familia tendría



que formalizar por cada empleado de hogar que le preste de forma parcial y discontinua sus servicios.

Por otro lado, las especialidades y adaptaciones de las reglas del régimen general se pueden apreciar también en el momento del nacimiento y en los plazos que se prevén para que el sujeto obligado cumpla con las obligaciones formales que constituyen los actos de encuadramiento. En este aspecto la adaptación a la regla general se suele producir en los regímenes especiales que engloban a trabajadores por cuenta propia, en los que es frecuente que la obligación de solicitar el alta en el régimen que corresponda nazca el día primero del mes en que se inicie la actividad, cumpliéndose los requisitos que en cada caso se puedan exigir para quedar incluido en dicho régimen (sin que baste con que se haga antes de iniciar la actividad, que es la regla general), lo que puede repercutir, aunque no necesariamente, en materia de cotización si se contempla la cotización por meses completos.

La posible explicación de esta especialidad, aunque no demasiado convincente, se encuentra en que, en el régimen especial de trabajadores autónomos, quedan incluidos los trabajadores por cuenta propia que realizan una actividad económica, siendo necesario que dicha actividad se desempeñe cumpliéndose determinados requisitos. Uno de los requisitos que se exigen para la inclusión en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia consiste en que el autónomo ha de desempeñar la actividad en forma habitual, esto es, que se trate de una actividad productiva cotidiana y principal. Este requisito de consistencia o entidad de la actividad económica es una exigencia típica del trabajo autónomo, que no se requiere para la inclusión de los asalariados en el campo de aplicación del régimen general y que se puede manifestar de forma más o menos rigurosa o exigente según el tipo de régimen especial. Con la exigencia del requisito de la habitualidad se pretende asimismo evitar inclusiones especulativas en el campo subjetivo de protección y la generación del derecho a prestaciones sobre la base de una actividad marginal o de escasa relevancia temporal o económica.

Otras especialidades en materia de actos de encuadramiento que pueden hacer aconsejable la modificación de las reglas generales, se pueden apreciar en determinados sectores de la actividad económica en los que se presentan particularidades en el tiempo y lugar de la prestación de servicios o en el tipo de proceso productivo, que requieran una flexibilización de las pautas generales. Así puede ocurrir en las actividades que se caractericen por la alta influencia del factor climático o por el carácter cíclico y estacional de sus actividades, siendo el sector agrario y el marítimo pesquero dos ejemplos paradigmá-



ticos de lo que se quiere decir. Ante la imprevisibilidad de la necesidad de mano de obra que puede existir en determinados momentos en estos dos sectores y, en el caso concreto del trabajo en el mar, ante la lejanía que pueda existir entre el lugar de embarcación y el lugar de trabajo, los plazos para cumplir con la obligación de dar de alta a los trabajadores pueden flexibilizarse para adaptarse a estas circunstancias especiales.

Finalmente, en algunos sectores caracterizados por su extrema peligrosidad y dureza, como puede ser el sector minero, las peculiaridades en materia de actos de encuadramiento se pueden manifestar en la más completa información que los empleadores han de comunicar a la entidad gestora de la Seguridad Social, sobre todo en relación con los días en los que los trabajadores hayan faltado al trabajo, en estrecha relación con una finalidad preventiva.

2.2. Reglas especiales en materia de cotización

En materia de cotización las reglas generales se ajustan y adaptan a las especialidades que pueden presentar algunos regímenes especiales, sobre todo en relación con los sujetos de la obligación de cotizar, con la alternativa obligatoriedad-voluntariedad de la cotización por determinadas contingencias y con las reglas para calcular la cuantía de la cotización.

En primer lugar, en el ámbito de la cotización al sistema de Seguridad Social existen dos categorías de sujetos: los sujetos obligados a contribuir económicamente (sujetos obligados en sentido estricto), y los sujetos responsables, que resultan obligados materialmente a ingresar las cantidades adeudadas en concepto de cotización. A efectos de determinadas contingencias, tanto el trabajador como el empleador son sujetos obligados, si bien se suele establecer un único sujeto responsable y directo de la materialización del ingreso de las cuotas, que es el empleador. Éste es quien ha de ingresar la totalidad de la cuota, tanto la suya propia como la de los trabajadores a su servicio. Esta responsabilidad única persigue objetivos evidentes tales como la simplificación administrativa, la unificación del acto de percepción de las cuotas y la mayor garantía de ingreso. Esta distinción entre sujeto obligado y sujeto responsable sólo tiene sentido en el marco de relaciones asalariadas, sea cual sea el ámbito o sector de la actividad económica en el que se desempeñe la actividad por cuenta ajena.



Sin embargo, en los regímenes de trabajadores autónomos, la ausencia de la figura del empresario hace que tenga que ser el propio trabajador autónomo el que tenga que cumplir en su integridad la obligación de cotizar por todas las contingencias. En la medida en que no hay un sujeto que actúe como contraparte en el desempeño de la actividad económica, que se realiza por cuenta propia, no es posible dividir la obligación de cotizar, ni tampoco desdoblar la condición de sujeto obligado y sujeto responsable. El trabajador es, pues, el único responsable de ingresar las cantidades debidas. Lo mismo le sucede a las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar que, si se opta por su inclusión en el nivel contributivo, podrían ser las obligadas y responsables de ingresar la cotización al sistema (al no existir la figura del empleador), sin perjuicio de que pueda ser otro el sujeto obligado y responsable. Este otro sujeto podría ser el cabeza de familia o el Estado en el caso de que se considerase que las prestaciones de este colectivo se financiaran, total o parcialmente, por aportaciones y contribuciones de éste.

En segundo lugar, en algunos regímenes especiales puede emerger el criterio de la voluntariedad de cotizar por determinados riesgos y/o contingencias. Sin duda, la cotización al sistema de Seguridad Social es obligatoria, por cuanto esta obligatoriedad es uno de los elementos que define un sistema público de Seguridad Social. No es posible un sistema efectivo y solidario de Seguridad Social si los poderes públicos no establecen la obligatoriedad de realizar las aportaciones económicas necesarias. Ahora bien, las especialidades que presentan determinados colectivos profesionales pueden acarrear que se plantee la posibilidad de establecer que la cotización por determinadas contingencias y/o riesgos se presente de forma voluntaria.

Así, en el colectivo de trabajadores autónomos y en el colectivo de personas que realizan un trabajo no remunerado del hogar puede configurarse de forma voluntaria la cotización de las contingencias y de algunas prestaciones, como la incapacidad temporal o la protección por desempleo. Y no porque los trabajadores autónomos o el colectivo que realiza el trabajo no remunerado del hogar no puedan sufrir riesgos derivados del trabajo o, en su caso, porque no se puedan actualizar estas contingencias, sino por otros motivos, como reducir la cuantía de la cotización y, con ello, la carga económica que han de soportar estos colectivos; lo que adquiere sentido tan sólo cuando se trate de colectivos con escasos recursos. O también por las dificultades (y situaciones fraudulentas) que pueden surgir al determinar el origen de la contingencia, común o laboral, cuando se presta una actividad por cuenta propia o en el seno del hogar familiar sin empleador, donde los



horarios y las tareas a realizar están más amplia y difusamente definidos y adquieren una mayor flexibilidad.

En tercer lugar, se presentan peculiaridades y adecuaciones de las reglas generales de cálculo de las cotizaciones. En concreto, en relación con la base de cotización de los trabajadores autónomos se aplica una regla particular, que deja entrever algunas reminiscencias del principio de autonomía de la voluntad en el aseguramiento de los trabajadores autónomos, al tiempo que permite adaptar la determinación de la base de cotización a un dato de hecho como es el que los trabajadores por cuenta propia no reciben remuneraciones regulares, fijas y preestablecidas, en términos laborales, de ningún empleador. Es, también en esta ocasión, la ausencia de la figura del empleador y la existencia de una relación bilateral, y no triangular, la que permite explicar la existencia de especialidades respecto de la regulación general.

De esta forma, lo normal, salvo que se acuda a procedimientos objetivos de determinación de los ingresos, es que la fijación de la base de cotización de los trabajadores autónomos se fundamente en la libre elección individual, por cada trabajador, y dentro de una base máxima y base mínima que vengan establecidas por el legislador. Similar podría ser la adecuación de las reglas generales al colectivo que desempeña un trabajo doméstico no retribuido, que también podría elegir entre una base máxima y una base mínima, que ficticiamente actúan como ingresos de este colectivo. En el marco de estas bases estos sujetos eligen la base de cotización que quieran, lo que, obviamente, tendrá su repercusión en la mayor o menor intensidad de la protección que reciban, una vez actualizada la contingencia que sea, del sistema de Seguridad Social.

Como se ha dicho, cabe otra opción para fijar las bases de cotización de los trabajadores autónomos que permite sortear las dificultades que derivan de la ausencia de salario. Esta otra opción puede consistir en establecer las bases de cotización en función de los rendimientos e ingresos obtenidos por el trabajador autónomo; lo que, obviamente reduce la libertad de elección del trabajador y permite un mejor ajuste al principio de contributividad y homogeneidad con el régimen general. Para articular esta otra opción hay que atender a los ingresos percibidos por el trabajador en un determinado período de tiempo anterior (por ejemplo, en el trimestre anterior, en el semestre anterior o en el año anterior), para lo que hay que tener en cuenta los documentos fiscales y/o contables, especialmente las declaraciones de la renta de los autónomos.



En esta línea, es en función de sus ingresos que el trabajador tendrá que elegir la base de cotización que más se ajuste a sus rendimientos económicos, pudiendo establecerse una escala según intervalos de ingresos y rendimientos percibidos, y dentro de cada intervalo, a su vez, se pueden fijar bases máximas y mínimas entre las que el autónomo puede elegir. Por supuesto, en una primera etapa de desarrollo de actividad económica las bases de cotización tendrían que ser elegidas por el autónomo al margen de sus ingresos, pues aún no se han podido generar.

Finalmente, se pueden manifestar otras especialidades en las reglas de cálculo de las cotizaciones que se traducen en una menor aportación resultado de la aplicación de tipos de cotización reducidos. Esta menor contribución al sistema tan sólo tendría sentido para atender a las peculiares condiciones socioeconómicas que se pueden presentar en algunos sectores de la economía por su mayor debilidad económica, como puede ser, según regiones y momentos, el sector agrario y el marítimo-pesquero. También tendría sentido prever tipos de cotización más reducidos para el colectivo que desempeña trabajos del hogar no remunerados, lo que se podría justificar, precisamente, por la ausencia de retribución.

Ahora bien, el establecimiento y mantenimiento de reglas especiales en materia de cotización, que se traduzcan en una menor aportación al sistema y que se justifican en base al principio de solidaridad nacional e intersectorial, ha de hacerse con mucha cautela y moderación, pues la ausencia de una realidad socioeconómica de base que justifique estas reglas especiales implica la lesión de los principios básicos de solidaridad y equidad.

2.3. Peculiaridades en la acción protectora

Como se ha dicho, normalmente, los regímenes especiales están conformados por grupos de población calificados por su actividad profesional que se manifiestan en diferencias en cuanto a las prestaciones que les ofrece el sistema de Seguridad Social. De esta forma, la creación de un régimen especial tiene sentido básicamente cuando las prestaciones de los trabajadores que lo integran son diversas de las prestaciones que ofrece el régimen general o común de la Seguridad Social, a partir del cual adquiere, precisamente, su carácter de régimen especial respecto del general.



No obstante, hay que recalcar que una de las notas que deben caracterizar a los regímenes especiales es la excepcionalidad de su creación y mantenimiento. Los regímenes especiales no deben ser, pues, una fórmula normal de estructurar la protección, que se pueda emplear en atención a razones de oportunidad o de estricta opción político-normativa. Sólo cuando concurren circunstancias u obstáculos insalvables de carácter técnico, que hagan necesaria su creación para una adecuada protección, es cuando se ha de contemplar una regulación o un tratamiento normativo diferenciado para un determinado colectivo profesional, que se articula mediante la creación de un régimen especial de Seguridad Social. Con la consecuencia de que se trata de un sector de población incluido en el campo de aplicación de la Seguridad Social con prestaciones diferentes de las previstas en el régimen general.

La acción protectora de un régimen especial, pues, suele ser así distinta, con mayor o menor protección según los casos, para el colectivo perteneciente al mismo, con lo que se pone de manifiesto que la creación de un régimen especial de la Seguridad Social responde a una finalidad que va más allá de las especialidades que puedan existir en actos de encuadramiento y en cotización, pues los ajustes y adaptaciones de las reglas generales se pueden hacer sin necesidad de crear un régimen especial, bastando con el establecimiento de reglas especiales en estas materias. En este sentido, en algunos ordenamientos jurídicos existen estas reglas especiales, sea en el seno del régimen general o sea en el marco de los regímenes especiales, cuando se considera necesario su establecimiento para atender a las especialidades que se presentan en actos de encuadramiento, cotización o recaudación. Pero estas reglas especiales, por su relativa relevancia, no suelen requerir la creación de un régimen especial de la Seguridad Social.

La especialidad, pues, de los regímenes especiales sobrepasa las peculiaridades técnico-administrativas, presentando una acción protectora que difiere de la del régimen. Por ello, cuando un grupo o colectivo específico necesita una adecuación o adaptación de la normativa general, si dicha modificación implica cambios de relevancia en la acción protectora, suele articularse a través de un régimen especial; mientras que, si la adecuación que se requiere se refiere a los actos de encuadramiento, cotización o recaudación, el resultado diferenciador se consigue habitualmente sólo con el establecimiento de especialidades en estas cuestiones formales o de financiación, sin necesidad de crear todo un régimen especial, puesto que dichas reglas no tienen entidad suficiente para ello. Desde esta lógica, se entiende que las diferencias en la acción protectora que presente un colectivo concreto, que se tra-



duzcan en una mayor o menor protección respecto del régimen general (al margen de que estas diferencias estén o no justificadas desde un punto de vista jurídico o técnico), han de tener suficiente entidad como para requerir la creación de un régimen especial. En caso contrario, cuando se trate de adaptaciones o ajustes puntuales y de poca entidad en el marco de concretas prestaciones, también bastará con contemplar dichos ajustes o peculiaridades en las concretas prestaciones para los específicos colectivos; siendo, pues, innecesario crear o, en su caso, mantener un régimen especial.

En términos generales, las especialidades más relevantes que se pueden presentar en la acción protectora de algunos colectivos, se configuren o no como regímenes especiales, se manifiestan en algunos de los aspectos que se indican.

En primer lugar, en relación con los riesgos protegidos (riesgos comunes o riesgos profesionales), puesto que para algunos colectivos, como los trabajadores por cuenta propia (con independencia del sector de la economía en el que desarrollen su actividad) y los empleados de hogar (con o sin retribución), los riesgos del trabajo puede que no se protejan, que se protejan sólo de forma voluntaria o, en su caso, que la protección sea más restrictiva, lo que se puede manifestar de forma evidente en las notas definitorias de accidente de trabajo para los trabajadores autónomos. En cualquier caso, en ninguna de estas especialidades se hallan razones jurídicas que justifiquen su existencia, pues pueden responder a motivos varios y diversos como reducir la carga económica de determinados sectores (en cuyo caso habría que restringir la especialidad consistente en no tener que cotizar por los riesgos del trabajo a los colectivos que por su menor nivel de rentas puedan necesitar esta reducción) y la prevención del fraude, para lo que han de emplearse otros medios y recursos diferentes y más eficaces que eviten diferencias injustificadas en la acción protectora de determinados colectivos. Y es que, sin duda, cualquier colectivo, sea cual sea la actividad que desempeñe, está expuesto a riesgos derivados del trabajo, por lo que, se insiste, carece de justificación jurídica este tipo de especialidades.

En segundo lugar, se pueden apreciar especialidades en relación con los requisitos que se exigen para el acceso a las prestaciones siendo ejemplo paradigmático el requisito de estar al corriente en el pago de las cotizaciones, que se puede requerir sólo para los trabajadores por cuenta propia, pues, como se dijo antes, son los únicos obligados y responsables del abono de las cuotas de la Seguridad Social. En cualquier caso, es frecuente que se contemplen reglas que suavizan la exi-



gencia de este requisito como el mecanismo de la invitación al pago, que permite que el autónomo se ponga al corriente en el pago de las cotizaciones si bien, obviamente, tiene sus limitaciones. Este requisito de estar al corriente en el pago de las cotizaciones es un requisito que, según cuál sea la lógica de la inclusión y protección en el sistema de Seguridad Social que se siga en cada caso para el colectivo de personas que realizan trabajo doméstico no remunerado, también puede que tenga sentido que se requiera para el acceso a las prestaciones a las que pueda tener derecho dicho colectivo; en concreto, cuando se articule como colectivo protegido por el nivel contributivo al que se le exija una contribución económica al sistema de la que sean los obligados y responsables del abono.

En tercer lugar, se pueden manifestar especialidades en la acción protectora de determinados colectivos que se traducen, por un lado, en el reconocimiento o no de determinadas prestaciones y, por el otro, en la fijación de reglas especiales en el régimen jurídico de concretas prestaciones, que pueden apreciarse en los requisitos de acceso, en las reglas para el cálculo de las cuantías y en la dinámica de la prestación. Por lo que respecta al reconocimiento o no de determinadas prestaciones, destaca el colectivo de servidores públicos a los que se les puede reconocer prestaciones específicas y propias de dicho colectivo, cuyo reconocimiento no responde a razones de índole jurídica, sino a los intereses y presiones que han encontrado en los regímenes especiales el instrumento adecuado para conservar determinadas mejoras de tratamiento o determinados privilegios de protección.

En relación con la regulación de especialidades en el reconocimiento, cuantía y dinámica de algunas concretas prestaciones destaca, en primer lugar, la prestación por desempleo, que puede presentar diversas peculiaridades para ciertos grupos de trabajadores asalariados como los agrarios que responden al carácter cíclico y estacional de las labores agrarias y a la gran influencia del factor climatológico, y que se puede traducir en una regulación que permita un más fácil acceso a la protección por desempleo (por ejemplo, con reducción significativa del período de cotización).

También sucede lo mismo con los trabajadores por cuenta propia a los que, como se ha dicho, puede que no se les reconozca la protección por desempleo o se les reconozca pero con notables especialidades, que pueden ir desde la configuración voluntaria de la protección por esta contingencia hasta la regulación de peculiaridades en los requisitos para causar derecho a la prestación.



Asimismo, destaca la pensión de jubilación, que también puede presentar especialidades en los requisitos de acceso, básicamente en la fijación de la edad para la jubilación, que se puede reducir para determinados colectivos, como puede ocurrir para los trabajadores del sector minero y marítimo debido a la mayor dureza y penosidad de las labores que desempeñan; o en el carácter forzoso de la misma al llegar a una cierta edad.

Finalmente, se resalta la prestación por incapacidad temporal que a algunos colectivos (los trabajadores autónomos y los empleados de hogar con o sin retribución) puede que no se les apliquen las reglas generales de disfrute, sino que se establezca un período de tiempo durante el cual estos colectivos no reciben protección del sistema, o simplemente se les excluya de ella; opción legislativa que, en cualquier caso, tampoco responde a adaptaciones jurídicas sino que, una vez más, es la evitación de situaciones fraudulentas lo que podría permitir explicar (que no justificar) esta especialidad.

De todas formas, a pesar de las numerosas especialidades que se pueden detectar en la regulación de la acción protectora de algunos colectivos profesionales (conformen o no regímenes especiales de la Seguridad Social), lo cierto es que las mismas han ido reduciéndose en un proceso de asimilación y equiparación respecto de la protección que ofrece el régimen general. De hecho, algunas de las peculiaridades que se han expuesto han ido desapareciendo para algunos colectivos en algunos ordenamientos jurídicos en el marco del proceso de simplificación de regímenes especiales que se está siguiendo en muchos sistemas de Seguridad Social, lo que merece un juicio de valoración positivo, puesto que en la inmensa mayoría de las ocasiones no existe una base jurídica que sustente el mantenimiento de las especialidades.

Como conclusión puede subrayarse que el criterio general debe ser que los regímenes especiales respondan sólo a situaciones excepcionales y de entidad que adquieran justificación por las concretas razones técnicas que en cada caso se aprecien; más situaciones transitorias y dinámicas con tendencia a la desaparición de sus efectos en el ámbito del sistema de Seguridad Social. Esta situación transitoria que ha de caracterizar a los regímenes especiales se puede observar desde dos perspectivas diferentes: por un lado, forzando a los regímenes especiales a tender a la máxima homogeneidad con el régimen general que, al final, suponga la desaparición de la excepcionalidad de la creación y mantenimiento de los mismos; y, por otro, si la creación de los regímenes especiales responde a la existencia y persistencia de unas circunstancias especiales, se entiende que una vez haya desaparecido



su razón de existir, también ha de desaparecer el propio régimen especial de Seguridad Social.

3. Fragmentación versus unidad de los sistemas de seguridad social

La existencia de regímenes especiales dentro de un sistema de Seguridad Social presenta aspectos a considerar de forma positiva pero también algunos inconvenientes. Ambos aspectos, tanto las ventajas como los inconvenientes, se han de valorar desde una perspectiva dinámica que atienda, no sólo a la regulación actual de un concreto sistema de Seguridad Social y a la realidad socioeconómica de un determinado país, sino también atendiendo al proceso de formación y de ampliación del ámbito subjetivo de protección de dicho sistema de Seguridad Social en el que ha de enmarcarse el establecimiento de los regímenes especiales.

3.1. Las ventajas de los regímenes especiales de la Seguridad Social

Sin duda, la creación de los regímenes especiales de la Seguridad Social presenta aspectos positivos, en conexión con algunas de las características típicas de los sistemas de Seguridad Social como es la ampliación de su ámbito subjetivo con el objetivo de proporcionar una más extensa cobertura a los ciudadanos. Entre las ventajas de la existencia de regímenes especiales, se pueden destacar tres.

En primer lugar, los regímenes especiales han sido un instrumento de utilidad puesto que han permitido la ampliación, sin necesidad de hacer un replanteamiento total del régimen general, del ámbito subjetivo de protección del sistema de Seguridad Social y la incorporación de nuevos colectivos más allá de los tradicionales trabajadores asalariados. En concreto y de forma especial, la creación de un régimen especial para los trabajadores por cuenta propia o autónomos, ha hecho posible la necesaria adaptación en materia de Seguridad Social de la protección de estos trabajadores, incorporando especialidades técnico-jurídicas que pueden justificar aun hoy, aunque no es claramente una opción obligada, la existencia de un régimen especial.

En segundo lugar, la creación de regímenes especiales puede supo-



ner, dependiendo de la fórmula empleada en cada sistema de Seguridad Social y de las circunstancias socioeconómicas de cada momento y de cada sector de la economía, una manifestación del principio de solidaridad, que también ha de fundamentar un moderno sistema de Seguridad Social. En efecto, la concurrencia real de determinadas circunstancias, socioeconómicas, demográficas o de otra índole, en determinados sectores de la economía, pueden justificar la existencia de reglas especiales en materia de Seguridad Social, en concreto, una menor presión contributiva. Pero esta menor aportación al sistema de Seguridad Social no debe traducirse, en aplicación del mencionado principio de solidaridad, en una menor intensidad de la protección social por la ausencia de protección ante determinadas contingencias o por la aplicación de reglas especiales para el cálculo de las concretas y diversas prestaciones. Ello, por supuesto, sin perjuicio de que la menor contribución al sistema de Seguridad Social se traduzca en el reconocimiento de unas prestaciones más reducidas, lo que no es sino el resultado de la aplicación de las reglas para el cálculo de las prestaciones del nivel contributivo, que están en función de la cotización previa.

Precisamente, en virtud del principio de solidaridad, se ha de procurar la equiparación de la acción protectora de estos colectivos con menos recursos a la protección en materia de Seguridad Social de los trabajadores del régimen general, pudiendo crearse regímenes especiales, aunque sólo provisionalmente, mientras se consigue el efectivo desarrollo y materialización del principio de solidaridad. Los regímenes especiales pueden actuar, pues, como mecanismos provisionales para atender a las especiales circunstancias de determinados sectores deprimidos económicamente, permitiendo adecuar y ajustar a tales circunstancias los beneficios de la acción protectora.

En tercer lugar, los regímenes especiales también pueden actuar como una fórmula para hacer real y efectivo el principio de igualdad, que asimismo ha de fundamentar un sistema de Seguridad Social moderno. En las actividades profesionales en las que, por su naturaleza, por sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por el carácter de sus procesos productivos, se requiriese verdaderamente una adecuación de los beneficios de la Seguridad Social, la creación de regímenes especiales se convierte en un instrumento para conseguir una igualdad material y real entre los diversos colectivos profesionales protegidos por el sistema de Seguridad Social. Para ello, es absolutamente necesario que se compruebe, desde una perspectiva material y no meramente formal, que esas especialidades obedecen a razones reales que, por ser objetivas, razonables y congruentes, constituyen suficiente justificación del tratamiento desigual que los diversos colectivos profesiona-



les pueden recibir del sistema de Seguridad Social. De no ser así, la no concurrencia y superación de estas especialidades produciría el efecto contrario, lesionándose el principio de igualdad de trato, que, como es sabido, exige un tratamiento igual pero sólo ante situaciones iguales.

3.2. Disfuncionalidades de la existencia y pervivencia de regímenes especiales de la Seguridad Social

La opción por un sistema de Seguridad Social estructurado en diversos regímenes (el régimen general y los distintos regímenes especiales) tiene como resultado una estructura fragmentada que puede acarrear consecuencias negativas. Si bien es cierto que existen razones diversas que permiten explicar, e incluso justificar, con más o menos convicción, la creación de los distintos regímenes especiales de la Seguridad Social, es necesario tener presente que la propia estructura de un sistema de Seguridad Social así organizado ha sido objeto de continuas e insistentes críticas que ha destacado las disfuncionalidades que una estructura fragmentada puede producir. Y es que, como se ha visto en el apartado anterior, la estructura interna del nivel contributivo del sistema de Seguridad Social es una decisión de envergadura, pues de la existencia de regímenes especiales se derivan inevitablemente especialidades que pueden afectar a la fijación del ámbito subjetivo, a los actos de encuadramiento, a la determinación del régimen económico-financiero y al alcance de la acción protectora.

3.2.1. La complejidad de la delimitación del ámbito subjetivo: principio de unidad y principio de cómputo recíproco de cotizaciones

La trascendencia de la distinción entre el régimen general y los diversos regímenes especiales se pone de manifiesto, en primer lugar, en la propia determinación del ámbito subjetivo de cada uno de estos regímenes de Seguridad Social. La delimitación exacta del ámbito subjetivo de los diversos regímenes especiales de la Seguridad Social presenta problemas de definición del propio ámbito subjetivo y en la diferenciación entre los ámbitos respectivos del régimen general y de cada uno de los regímenes especiales, para lo que habrá que manejar, e interpretar, rasgos diferenciados según el sector de actividad, el colectivo, el tipo de tareas o de puestos de trabajo que motivan la creación de los diversos regímenes. Se trata de una tarea que puede llegar a ser verdaderamente complicada, no sólo interpretativamente sino también en el ámbito de la gestión en todo lo que se refiere a la comprobación de la concurrencia de los requisitos exigidos para la inclusión en cada



uno de los regímenes.

Además, la pluralidad de regímenes que pueden conformar la estructura de un sistema de Seguridad Social, los cuales exigen el cumplimiento de determinados requisitos para la fijación de su campo de aplicación, puede producir resultados inaceptables como situaciones de altas indebidas (inclusión en un régimen de trabajadores que no cumplen los requisitos exigidos para ello pero que, por las más bajas cotizaciones o por la intención fraudulenta de percibir alguna prestación, solicitan el alta indebida) o situaciones de ausencia de protección (por el efecto expulsivo que pueden tener esos mismos requisitos).

Así, la pluralidad de regímenes especiales produce un problema de delimitaciones subjetivas y de descoordinación de carácter técnico, que se puede manifestar en situaciones de altas indebidas, de superprotección o protección múltiple, de infraprotección o de ausencia o vacío de protección. La proliferación de los regímenes especiales, analizada desde esta perspectiva, supone la negación de algunos de los principios básicos de un sistema de Seguridad Social moderno, como el principio de unidad y de eficacia en la gestión. La pervivencia de diversos regímenes especiales produce una compleja y, a veces, irracional trama organizativa, dificultando la gestión unitaria. Asimismo, junto a la complejidad administrativa, se genera una complejidad y diversidad normativa debido a la pluralidad de textos normativos que regulan los diversos regímenes especiales.

Especial atención ha de prestarse a la posible quiebra de la carrera de seguro que se puede producir en el caso de que el trabajador cambie de actividad y, en consecuencia, de régimen de la Seguridad Social en el que quede encuadrado, lo que podría implicar, en el caso de que los regímenes especiales no estuviesen conectados a estos efectos, la pérdida de los derechos adquiridos o en curso de adquisición. Por ello, para atender las situaciones en que pudiera estar en juego el mantenimiento de los derechos y expectativas de protección de la Seguridad Social en supuestos en los que el trabajador, a lo largo de su vida activa, atravesase distintas etapas que impliquen su inclusión en distintos regímenes de la Seguridad Social, los sistemas de Seguridad Social prevén reglas al respecto.

En este sentido, con la finalidad de evitar que el tránsito de un régimen a otro pueda acarrear situaciones de desprotección y de impedir que la pluralidad de regímenes de Seguridad Social se convierta en un obstáculo para los movimientos de mano de obra entre los diversos sectores económicos, se prevén normas relativas al tiempo, alcance y condicio-



nes para la conservación de los derechos en curso de adquisición de las personas que pasen de unos a otros regímenes.

En concreto, la medida con la que se pretende garantizar la continuidad de la carrera de seguro en los supuestos en los que el trabajador pase de un régimen de la Seguridad Social a otro, consiste en la totalización de los períodos de permanencia en cada uno de los regímenes; totalización que requiere, para poder efectuarse, que se cumpla una condición, cual es que los períodos de cotización que se van a totalizar no se superpongan. También es posible que las normas reguladoras de los diversos regímenes especiales contemplen previsiones específicas en relación con el cómputo recíproco de cotizaciones. En cualquier caso, se trata de una realidad compleja que requiere un esfuerzo suplementario de control y de gestión.

3.2.2.- Especiales reglas de contribución: el principio de solidaridad y el principio de unidad

La trascendencia de la distinción entre el régimen general o común de la Seguridad Social y los diversos regímenes especiales del nivel contributivo, también se pone de manifiesto en la existencia de ciertas especialidades en el régimen económico de cada uno de estos regímenes. Estas peculiaridades permiten afirmar que existen regímenes más pobres en cotizaciones que otros. Y es que no todos los regímenes de la Seguridad Social tienen un igual soporte de la carga financiera de la Seguridad Social; desigual soporte que tiene sus raíces, sobre todo, en la mayor debilidad económica y en las características demográficas de determinados sectores de la actividad en los que, precisamente por ello, se crearon regímenes especiales. Este cúmulo de circunstancias hace que se pueda presentar un panorama de regímenes especiales más o menos deficitarios, que se cargan en mayor medida sobre las aportaciones del régimen general y del Estado, y que pueden producir, aunque no necesariamente, una ruptura del principio de unidad.

Lo que ocurre es que este desigual soporte de la carga financiera de la Seguridad Social, que puede hallar justificación en el principio de solidaridad, requiere que, efectivamente, concurren circunstancias muy poderosas y de índole diversa (sobre todo menor nivel de renta de los colectivos que integran el régimen especial y, por tanto, menor capacidad contributiva), que, efectivamente, justifiquen la menor aportación en términos de cotizaciones. En caso contrario, si no concurren ciertas especialidades o si éstas ya han sido superadas, la pervivencia de diferencias y especialidades en el régimen económico financiero de algunos regímenes, que contribuyen al sistema de Seguridad Social en



menor medida, supone una lesión del principio de solidaridad en que ha de fundamentarse un moderno sistema de Seguridad Social ya que existiría un movimiento solidario del conjunto del sistema hacia regímenes especiales que ni lo precisan y, sobre todo, no queda justificado desde el punto de vista del principio de igualdad.

De esta forma, según las circunstancias socioeconómicas de cada sector de la economía, de cada momento y de cada país, el principio de solidaridad puede servir para justificar especialidades en materia de cotización de los sujetos pertenecientes a algún régimen especial; pero también puede suceder que dichas especialidades no sean sino manifestación de la vulneración y negación del principio de solidaridad, lo que ocurre en el caso en el que perviva una menor contribución al sistema sin unas circunstancias que soporten y justifiquen dicha menor contribución.

En cualquier caso, la existencia y pervivencia de peculiaridades en las reglas de cotización al sistema de algunos regímenes especiales, al margen de su justificación o no en base al principio de solidaridad, no necesariamente tienen que traducirse en la creación y mantenimiento de un régimen especial de la Seguridad Social puesto que, en última instancia, pueden regularse especialidades en materia de cotización y recaudación cuando resulte necesario, sin tener que recurrir a la creación de un régimen especial de la Seguridad Social.

3.2.3. La acción protectora y el principio de igualdad de trato

En la diferente acción protectora de los regímenes especiales de la Seguridad Social, que pueden presentar una mayor o menor protección respecto del régimen general o común, es donde se encuentra la mayor especialidad de dichos regímenes, que se traduce en una regulación propia y distinta de la acción protectora para un sector diferenciado de la población asegurada. Precisamente, las diferencias existentes, de forma especial en materia de acción protectora, entre los regímenes especiales y el régimen general, generan dudas acerca de la posible lesión del principio de igualdad, que es uno de los principios en que se ha de fundamentar un moderno sistema de Seguridad Social.

En las actividades profesionales en las que, por su naturaleza, por sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por el carácter de sus procesos productivos, se requiriese una adecuación de los beneficios de la Seguridad Social, la creación de regímenes especiales se



convierte en un instrumento para conseguir una igualdad material y real entre los diversos colectivos profesionales protegidos por el sistema de Seguridad Social. Para ello, es absolutamente necesario que se compruebe, desde una perspectiva material y no meramente formal, que esas especialidades obedecen a razones reales que, por ser objetivas, razonables y congruentes, constituyen suficiente justificación del tratamiento desigual que los diversos colectivos profesionales pueden recibir del sistema de Seguridad Social. De no ser así, la no concurrencia y superación de estas especialidades produciría el efecto contrario, lesionándose el principio de igualdad de trato, que, como es sabido, exige un tratamiento igual pero sólo ante situaciones iguales.

De esta forma, según las circunstancias socioeconómicas de cada sector de la economía, de cada momento y de cada país, y según las peculiaridades que se presenten en las diversas actividades profesionales, el principio de igualdad puede servir para justificar especialidades en materia de acción protectora de colectivos que queden encuadrados en un concreto régimen especial; pero también puede suceder que dichas especialidades no sean sino manifestación de la vulneración y negación del principio de igualdad, lo que ocurre en el caso en el que pervivan diferencias prestacionales (más o menos contingencias cubiertos y mayor o menor intensidad en las prestaciones) sin unas circunstancias que justifiquen tales diferencias.

A tenor de cuanto se ha expuesto, en relación con la delimitación del ámbito subjetivo de los regímenes especiales, con las peculiaridades de sus regímenes económicos y con el diferente alcance de la acción protectora; y teniendo en cuenta que las razones que permitieron explicar y justificar los regímenes especiales, hoy por hoy, han ido perdiendo en muchos casos virtualidad, se puede afirmar que la proliferación de regímenes especiales produce como resultado una estructura fragmentada del sistema de Seguridad Social. Y dicha fragmentación, según las circunstancias de cada momento, de cada lugar y de cada sector de la economía, podrá considerarse como discriminatoria, inadaptada a la realidad socioeconómica y de compleja gestión, produciendo una negación de los principios básicos de un sistema moderno de Seguridad Social (unidad, solidaridad e igualdad). Por ello, frente a la diversidad y pluralidad de regímenes especiales, se tiende, cada vez de forma más acentuada, a revisar la estructura de la Seguridad Social, orientando la misma en una línea de simplificación que se traduce normalmente en la reducción del número de regímenes especiales.



4. Simplificación de regímenes especiales y tendencia a la unidad del sistema

Debido a las consecuencias negativas que se derivan de un sistema de Seguridad Social integrado por una pluralidad de regímenes especiales y, sobre todo, debido a la negación de los principios básicos de toda Seguridad Social moderna que esos regímenes especiales a veces evidencian, se presenta, como alternativa a la pluralidad de regímenes especiales, la tendencia a la reducción y simplificación de los mismos. En efecto, una reivindicación común a las propuestas de cambio en algunos sistemas de Seguridad Social es la reforma de la estructura de dichos sistemas en busca de una formulación unitaria y de la realización efectiva de la tendencia a la unidad, que es un criterio esencial para la ordenación de la estructura de un sistema de Seguridad Social y uno de los principios básicos en los que ha de fundamentarse dicho sistema. Estas propuestas de reforma en materia de Seguridad Social abogan, pues, por la disminución del número de regímenes especiales de la Seguridad Social.

En este sentido, siguiendo esta tendencia a la simplificación y reducción de regímenes especiales, desde tiempo atrás se viene apostando por una estructura lo más unitaria posible de los sistemas de Seguridad Social. Esta nueva estructura no es sino el resultado de un proceso de reducción, de manera gradual, del número de regímenes especiales existentes, de manera que, en algunos ordenamientos jurídicos, se considera conveniente que, a medio o largo plazo, todos los trabajadores y empleados queden encuadrados en el régimen común o general, dejando subsistentes, si acaso, un número muy reducido de regímenes especiales cuya peculiaridad quede suficientemente justificada, pero con respeto a los principios de funcionamiento del sistema, desde el punto de vista de la propia Seguridad Social. Se busca, pues, una estructura donde el régimen común o general es prácticamente el único régimen; permitiendo, no obstante, que dentro de él, se puedan contemplar algunas peculiaridades específicas y objetivas, en relación con algunos colectivos seleccionados, demandadas por razones técnicas.

El mecanismo que se puede utilizar a los efectos de cumplir con el principio de unidad que ha de presidir la ordenación de la Seguridad Social es el de la integración de los regímenes especiales, bien en el régimen general (por ejemplo, adscribiendo al régimen general a todos los trabajadores asalariados sin distinción así como a todos los empleados y funcionarios públicos), o bien en otro régimen especial. Este otro régimen especial puede ser el régimen especial de trabaja-



dores autónomos, en el que se pueden integrar todos los trabajadores por cuenta propia, al margen de cuál sea el sector de la economía en el que desarrollen su actividad profesional. Una pervivencia, la de este régimen especial, que puede encontrar justificación en la concurrencia de razones técnico-jurídicas particulares que presenta el colectivo de trabajadores autónomos.

Ahora bien, para proceder a la integración de un régimen especial en otro, sea el régimen general, o sea en otro régimen especial, es necesario atender a las peculiares características de los grupos afectados y al grado de homogeneidad con el régimen general (o el especial en el que se integran, si es el caso) que se haya alcanzado. Ya que es mucho más fácil proceder a la integración mencionada si las características de la protección tienen tal grado de homogeneidad y cercanía que hace menos complejo el tránsito desde el régimen especial de procedencia hacia el régimen en el que se procede la integración. Asimismo, ha de tenerse presente otro aspecto trascendental a los efectos de la simplificación de regímenes especiales, cuales son las disponibilidades financieras del sistema que, a su vez, son las que van a contribuir en gran medida a la homogeneidad entre regímenes que se aconseja para desembocar más fácilmente en la integración de los mismos.

4.1. Peculiares características de los grupos afectados por la integración

Por lo que respecta a las características de los grupos o colectivos que integran los diversos regímenes especiales, y dejando a salvo el colectivo de trabajadores autónomos, la razón profesional o sectorial de la distinción que, en su momento, pudo tener cierta justificación, normalmente ha desaparecido al día de hoy. Ni por desempeñar la actividad en un determinado sector de la economía, ni por prestar servicios para una administración pública o para un cabeza de familia (en lugar de para un empresario privado), ni por pertenecer a colectivos muy reducidos, se justifica técnicamente la existencia de regímenes especiales de Seguridad Social.

Otra cosa es que se prescinda de esos condicionantes técnicos y se acuda a la creación de regímenes especiales como expresión de la progresiva ampliación de su ámbito subjetivo de protección. O que se atienda a la presión de algunos colectivos para conservar ciertos tratamientos diferenciales para determinados tipos de trabajadores. O, finalmente, que los regímenes especiales sirvan para incluir a ciertos



colectivos, pero en condiciones prestacionales peores que las ofrecidas al resto de los regímenes. Todas ellas motivaciones que no deben ser atendidas, sino muy excepcionalmente, ya que su materialización es posible que afecte directamente no sólo a la racionalidad de la estructura del sistema sino también a los principios de solidaridad e igualdad, rectamente entendidos.

Por ello, si en determinadas circunstancias algunos colectivos presentan concretas especialidades socioeconómicas (básicamente menores niveles de rentas) o peculiaridades en sus procesos productivos (sobre todo, carácter temporal o cíclico de la actividad, así como la especialidad y dureza del medio y la forma en que se presta el trabajo) que deban ser tenidas en cuenta desde la perspectiva de la Seguridad Social, estas especialidades podrán ser tratadas fijando reglas peculiares en materia de cotización, en los actos de encuadramiento, para lo que basta el establecimiento de reglas especiales en estas materias.

Más delicado es, pese a la concurrencia de estas circunstancias, el establecer singularidades en el terreno de la acción protectora, ya que los principios de igualdad y solidaridad nacional e intersectorial, demandan una equiparación en la acción protectora que, si no absoluta o plena, tan sólo prevea concretas reglas o específicos requisitos de acceso para algunas prestaciones por parte de determinados colectivos (por ejemplo, reducciones de la edad de jubilación para el colectivo de trabajadores mineros, tal como puede preverse para otros colectivos del régimen general que desempeñan también actividades penosas). Sin que sea necesario ni adecuado, desde la perspectiva de un moderno sistema de Seguridad Social, el mantenimiento de regímenes especiales de la Seguridad Social.

4.2. Disponibilidades financieras de la Seguridad Social

En relación con las disponibilidades financieras de un sistema de Seguridad Social, en cuanto condicionante necesario para proceder a la integración de algunos regímenes especiales y, en concreto, para conseguir la máxima homogeneidad con el régimen general, se ha de partir de la necesidad de apostar por otorgar protagonismo al criterio de que, a igualdad de acción protectora, debe ser también semejante la aportación contributiva. Es más, se han de denunciar las condiciones que pueden disfrutar algunos regímenes especiales, que rompen el grado de solidaridad y equidad dentro del sistema de Seguridad Social, obligando al resto a un esfuerzo superior.



No es admisible que algunos sujetos mantengan una contribución menor al sistema de Seguridad Social al mismo tiempo que se ha ido ampliando su acción protectora, para aproximarla a la del régimen general o común. Máxime cuando, como se ha dicho, las razones socioeconómicas que pudieran justificar esa menor contribución han podido desaparecer. Por ello, se considera conveniente proceder de manera gradual a aproximar las cotizaciones y prestaciones de los regímenes especiales, de manera que converjan esencialmente hacia el régimen general que debe funcionar como referente o modelo.

En este sentido, en el proceso de integración de determinados regímenes especiales que se ha llevado a cabo en algunos sistemas de Seguridad Social, el legislador ha dedicado esfuerzos en acercar y aproximar las reglas de cotización de algunos regímenes. El acercamiento de las aportaciones económicas de los distintos colectivos incluidos en el campo de aplicación de un sistema de Seguridad Social, con independencia del régimen en el que estén encuadrados, debe responder a la forma de financiación del sistema contributivo, el cual ha de quedar limitado al cumplimiento del objetivo de equidad horizontal, esto es, las personas que se encuentren en idéntica situación deben efectuar idéntica contribución.

Por ello, para que se respete este objetivo de equidad horizontal por parte de las intervenciones legales orientadas a la convergencia de los regímenes especiales con el régimen general en materia de cotización, se ha de tener presente la situación socioeconómica en que se encuentran los trabajadores que integran algunos regímenes especiales. El acercamiento, con carácter general, de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores de los distintos sectores de la economía es lo que permite justificar la aproximación de sus cotizaciones, evitándose así la ruptura del principio de solidaridad y equidad dentro de un sistema de Seguridad Social que se produce cuando algunos colectivos disfrutan de condiciones especiales, obligando al resto a realizar un esfuerzo superior. Si las especiales características de los trabajadores pertenecientes a determinados sectores, especialmente sus bajas rentas salariales, se han atenuado, carece de sentido que se mantengan unas reglas especiales en materia de cotización.

Ahora bien, la aproximación de las cuantías de las cotizaciones de determinados colectivos que se adscriben a los regímenes especiales a las cotizaciones de los trabajadores del régimen general o, en su caso, del régimen de trabajadores por cuenta propia, ha de hacerse de forma gradual y progresiva, con el objetivo de evitar fracturas sociales o desequilibrios presupuestarios, para lo que han de preverse periodos



transitorios. En cualquier caso, en cumplimiento del objetivo de equidad horizontal, lo realmente importante es que se atienda a la situación en que se encuentran determinados colectivos, sin que sea conveniente ignorar la realidad socioeconómica de algunos sectores, en los que pueden pervivir colectivos con muy bajas rentas. Por ello, se pueden mantener ciertas especialidades en materia de cotización al sistema de Seguridad Social, al menos para los colectivos que disfruten de menores recursos económicos. Sin embargo, ello no debe ser un obstáculo en el proceso de simplificación e integración de regímenes especiales, puesto que la especialidad en la forma de cotización se puede salvar sin necesidad de mantener todo un régimen especial.

De hecho, manifestaciones recientes de integración de regímenes especiales en el régimen general y en el régimen de autónomos han apostado por dicha integración, sin perjuicio del establecimiento de reglas especiales en materia de cotización. De esta forma, en el marco del régimen general o, en su caso, en el del régimen de trabajadores por cuenta propia, algunos colectivos que cumplen determinados requisitos o condiciones que fija el legislador atendiendo, precisamente, a las especialidades socioeconómicas que pueden caracterizarlos, presentan reglas especiales en materia de cotización que se articulan mediante el establecimientos de regulaciones especiales que carecen de entidad para constituir regímenes especiales diferenciados.

4.3. Grado de homogeneidad con el régimen general

El grado de homogeneidad interna entre regímenes (que, a su vez, está condicionado por las peculiares características de los colectivos y por disponibilidades económicas) adquiere especial relevancia para proceder a la integración de los regímenes especiales en el régimen general o en otro régimen especial de la Seguridad Social. En este sentido, los sistemas de Seguridad Social han evolucionado en la línea de proceder de forma gradual no sólo a aproximar cotizaciones entre distintos colectivos, sino también las prestaciones, buscando la adecuada proporcionalidad entre aportación y prestación.

El régimen general es el régimen central de un sistema de Seguridad Social y suele ser el que tiene el mayor número de afiliados tiene, el que otorga más prestaciones y el que consume la mayor parte del gasto en Seguridad Social. El régimen general es el régimen común, ordinario o estándar de un sistema de Seguridad Social, que actúa como referente o modelo de los regímenes especiales. De hecho, la ca-



lificación de régimen especial se hace respecto al régimen general. Los regímenes especiales, según se prevé en muchos sistemas de Seguridad Social, han de tender a la homogeneidad con el régimen general y, en cumplimiento del principio de unidad que ha de fundamentar un sistema de Seguridad Social, han de integrarse en dicho régimen o, en su caso, en el régimen de trabajadores autónomos. Es, por ello, por lo que los regímenes especiales, además de excepcionales, deben ser de carácter transitorio.

Pero el proceso de integración requiere un previo proceso de aproximación en materia prestacional, que impida una reforma radical y abrupta de la acción protectora de determinados colectivos, que no coincide, especialmente, con las disponibilidades financieras del sistema en cuanto elemento esencial para conseguir la simplificación de regímenes de Seguridad Social. En este sentido, precisamente, los sistemas de Seguridad Social han ido aproximando las prestaciones (requisitos de acceso y reglas para el cálculo de las cuantías) que acercan la acción protectora de los diversos regímenes especiales al régimen general. Pero esta aproximación no significa que se haya conseguido la equiparación absoluta o total, que, en cualquier caso, tampoco es imprescindible para proceder a la integración de los regímenes especiales.

En efecto, de la misma forma que en materia de cotización pueden pervivir especialidades, que se salvan con la creación de regulaciones especiales, la acción protectora de determinados colectivos también puede presentar algunas peculiaridades que respondan a las características del lugar o modo de prestación del servicio o la índole de los procesos productivos. Para ello, bastará con establecer las concretas peculiaridades prestacionales en el marco de la regulación general, que se adaptará a dichas peculiaridades pero sin necesidad de mantener para ello un régimen especial.

Por lo demás, otras especialidades en materia de acción protectora (reconocimiento de algunas prestaciones sólo para algún colectivo o reglas diferentes de cálculo de las cuantías), que carezcan de una base jurídica y que no respondan a peculiaridades de los procesos productivos o del propio colectivo, han de desaparecer, puesto que su pervivencia tan sólo puede responder a los intereses y presiones de colectivos privilegiados, que, asimismo suponen una lesión del principio de igualdad de trato.

En definitiva, cuando un sistema de Seguridad Social ha alcanzado un elevado grado de homogeneidad interna entre regímenes, el man-



tenimiento de los regímenes especiales carece de sentido, debiendo desaparecer mediante su integración en el régimen general o, en su caso, en otro régimen especial asimilable. La integración se ha de caracterizar por su gradualidad por lo que se han de prever períodos transitorios amplios y reglas de convergencia para permitir una acomodación paulatina a las reglas de los regímenes en los que se integran. Y ello sin perjuicio de que determinadas y concretas especialidades puedan pervivir pero no ya en el marco de un régimen especial sino mediante la fijación de concretas reglas especiales, que permitan solventar los problemas técnicos que las peculiaridades de algunos colectivos o del tipo de trabajo o la índole de proceso productivo pudieran presentar. Así, se da efectivo cumplimiento a los principios de unidad, solidaridad e igualdad en los que se fundamenta un avanzado sistema de Seguridad Social, y así se consigue un sistema más unitario y racionalmente organizado, superándose algunas de las disfuncionalidades que se derivan de un sistema de Seguridad Social estructurado y fragmentado en regímenes especiales.

5. Los regímenes especiales en el sistema de Seguridad Social ecuatoriano

5.1. Consideraciones generales

El artículo 367 de la Constitución de la República del Ecuador establece, en relación con la Seguridad Social, que la protección efectiva de las diferentes situaciones protegidas o contingencias se realizará a través del Seguro Universal Obligatorio y de los Regímenes Especiales (art. 367 CE); unos regímenes cuya implantación, al menos en relación con algunos de ellos, se configura como una potestad del legislador que, consecuentemente, puede o no hacer uso de ella.

A este respecto y más concretamente, el art. 370 CE establece que “La policía nacional y las fuerzas armadas podrán contar con un régimen especial de seguridad social, de acuerdo con la ley; sus entidades de seguridad social formarán parte de la red pública integral de salud y del sistema de seguridad social”. De forma que ambos colectivos podrán contar (aunque no necesariamente) con un régimen especial de seguridad social que habrá de ser regulado por ley que, a su vez, habrá de respetar, lógicamente, todas las exigencias constitucionales referidas a la Seguridad Social, sea en cuanto a los principios del sistema como respecto de las prestaciones o la financiación. Lo que justifica que el mismo art. 370 disponga que, en caso de existir el régimen o los regí-



menes especiales de las fuerzas armadas y de la policía, sus entidades de gestión habrán de quedar integradas en el sistema general de Seguridad Social; como también deben hacerlo, respecto de la asistencia sanitaria, sus instalaciones y servicios en la Red Pública Integral de Salud.

Sin embargo, junto a los posibles Regímenes Especiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía (que, como se ha dicho, son de creación y mantenimiento facultativo por parte del legislador) la Constitución del Ecuador igualmente prevé la existencia de otro régimen especial que, a diferencia de éstos, presenta la peculiaridad de ser constitucionalmente obligatorio, tal y como expresamente señala el artículo 373 de la Constitución. En efecto, en este artículo se establece, además de otras indicaciones en cuanto a sujetos protegidos y régimen de financiación, que el Seguro Social Campesino, que forma parte a efectos de la gestión del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, “será un régimen especial del seguro universal obligatorio”.

El reconocimiento constitucional relativo a la existencia de regímenes especiales, que pueden ser obligatorios o facultativos, origina, de inmediato, consecuencias en todas las dimensiones de su posible configuración, tanto organizativas como financieras o prestacionales. De este modo, y por lo que hace a los Regímenes Especiales de la Policía y de las Fuerzas Armadas, el legislador ordinario tiene la competencia exclusiva para decidir si deben o no existir; y, caso de existir o mantenerlos, también es de su competencia determinar qué tipo de regulación debe darse a todas sus dimensiones así como el tipo de relación que los mismos han de tener con el sistema general o común constituido por el Seguro Universal Obligatorio, que la norma legal vigente también llama Seguro General Obligatorio, así como la forma y el alcance del sometimiento de estos Regímenes Especiales al control estatal.

En la práctica, lo anterior se ha traducido en el reconocimiento a estos Regímenes de un alto grado de autonomía en tanto que los mismos no están sometidos ni integrados en el Seguro Universal (o General) Obligatorio; se trata pues, de Regímenes Especiales del sistema de Seguridad Social, pero no especialidades del Seguro General Obligatorio que, a estos efectos, funciona como el Régimen General del sistema de Seguridad Social ecuatoriano.

Esto supone una mayor autonomía de los Regímenes Especiales de Policía y Fuerzas Armadas en todos los planos: a) organizativo, por cuanto tienen sus propias entidades de gestión que, en tanto que no integradas en el IESS, se sitúan al mismo nivel de éste, quedando únicamente



sometidas al más amplio control estatal; y, b) prestacional, puesto que, en lo que hace al alcance y contenido de la acción protectora, tales Regímenes Especiales gozan igualmente de un alto grado de singularidad que es, justamente, la que les atribuyen sus propias normas. En definitiva, esta opción político-normativa de creación y de mantenimiento de los Regímenes Especiales se apoya en la amplia discrecionalidad que la Constitución atribuye al legislador; una discrecionalidad que queda condicionada sólo por las exigencias constitucionales más globales de igualdad, de protección efectiva, de solidaridad, de sostenibilidad, de integración y de eficiencia.

No sucede lo mismo con el otro Régimen Especial mencionado en la Constitución, como es el Seguro Social Campesino en relación el cual, siendo de obligatoria existencia, el marco de actuación del legislador queda significativamente más limitado debido a su propia configuración constitucional. En concreto, cuáles deban ser los contornos de este Régimen Especial quedan expresamente delimitados en el artículo 370 que a tal efecto dispone que es un Régimen Especial del Seguro Universal Obligatorio el cual, como se ha dicho, funciona como una especie de régimen general o común, lo que implica, necesariamente, una mayor cohesión e integración funcional del Seguro Social Campesino frente a la mayor autonomía con la que están dotados los dos anteriores. Tan es así que su gestión se integra en el IESS careciendo, en principio, de órganos propios.

La Constitución define también su ámbito de aplicación subjetivo, al establecer que está dirigido a proteger a la población rural y a las personas dedicadas a la pesca artesanal; también establece su campo de actuación objetivo o material en tanto que señala que deberá ofrecer prestaciones de salud y protección contra las contingencias de invalidez, discapacidad, vejez y muerte, quedando excluidas por el contrario, por relación con lo establecido en el artículo 369 de la Constitución, las de enfermedad, maternidad, paternidad, cesantía y desempleo.

Por último, la Constitución igualmente establece sus fuentes de financiación determinando que ésta se hará mediante un sistema mixto o triple a través de tres fuentes de financiación: la más directa de los beneficiarios (esto es, las propias de los jefes/as de las familias protegidas); la solidaria de tipo interprofesional procedente de las aportaciones de trabajadores y empresarios al sistema nacional de Seguridad Social (es decir, al Seguro Universal o General Obligatorio); y, en tercer lugar, la solidaria general o universal, derivada de las asignaciones fiscales. Es más, incluso se señala que los seguros públicos y privados, sin excepción, deberán contribuir asimismo al financiamiento del Seguro



Social Campesino.

En conclusión, el sistema ecuatoriano de Seguridad Social cuenta en la actualidad con tres Regímenes Especiales: los que se ha venido a denominar potestativos correspondientes a la fuerza pública (Policía Nacional y Fuerzas Armadas); y el previsto constitucionalmente como obligatorio cual es el Seguro Social Campesino. Sin embargo, no se trata de un *numerus clausus* ya que la autonomía reconocida al legislador en este campo permitiría la creación de otros regímenes especiales de manera semejante a lo que ha sucedido en el caso de los dos colectivos mencionados (Policía Nacional y Fuerzas Armadas). Pero igualmente cabría una opción distinta de forma que, siendo su creación potestativa (salvo por lo que hace al Seguro Social Campesino), el Estado no recurriera a esta facultad en relación con otros colectivos, manteniéndose, consecuentemente, sólo los tres actuales.

En todo caso, la creación y pervivencia de los regímenes especiales se explica y justifica, como regla general, por la especialidad del colectivo de sujetos incluido en el concreto régimen especial, sea por su forma de desempeñar la actividad profesional, sea por las propias especialidades del sector o medio en el que aquélla se desarrolle. Son, en definitiva, las peculiaridades socio-económicas, laborales, productivas diferenciadoras que pueden concurrir, siempre que tengan impacto relevante en el terreno de la Seguridad Social, en quienes están incluidos en el ámbito de aplicación de los regímenes especiales las que pueden explicar su propia creación. Pero no son las únicas ya que es habitual que la creación y, sobre todo, su posterior mantenimiento, se vea salpicado, a su vez, por razones de otra índole, entre otras, históricas e, incluso, derivadas de intereses y presiones por parte de determinados colectivos.

De cualquier forma debe insistirse en la idea ya apuntada acerca de la excepcionalidad que representan los regímenes especiales; lo que significa que no deben considerarse como la fórmula natural o más adecuada de estructurar un sistema de Seguridad Social. Por eso se puede afirmar que, básicamente, la concurrencia de circunstancias u obstáculos insalvables de carácter técnico (sin olvidar las que pueden derivar de circunstancias relacionadas con la peligrosidad de la actividad desarrollada, por ejemplo) pueden justificar su presencia; en tanto que imponen, necesariamente, un tratamiento normativo diferenciado respecto de las reglas aplicables al régimen común o nuclear: concretamente, en materia de encuadramiento, cotización y acción protectora, si bien es esta última la que más claramente determina su creación.



Aunque también hay que añadir que condiciones semejantes de penosidad o peligrosidad se pueden detectar en otras actividades profesionales (minería, trabajo en el mar, industrias químicas, la misma seguridad privada, etc.) que no constituyen por sí mismas la base para la creación de un régimen especial, afrontándolas, si acaso, con ciertas reglas particulares, dentro del Régimen Común o General, respecto de algunas contingencias. Como son las que establecen una mayor carga contributiva en relación con los riesgos del trabajo o prevén una calificación adaptada de las situaciones de invalidez o, en fin, fijan edades de jubilación o de retiro de la actividad anticipadas respecto de la general o estándar. Algo para lo que no necesariamente es indispensable crear un régimen especial.

5.2. Los regímenes especiales de naturaleza potestativa: Fuerzas Armadas y Policía Nacional

Hasta la primera década del siglo XX, los militares han sido los únicos servidores públicos de la República del Ecuador amparados bajo un sistema de tutela frente a los riesgos de invalidez, vejez y muerte que obedecía a los requerimientos propios de su profesión. Primero, concediéndoles el beneficio de las pensiones militares establecido por la Ley de Retiro Militar de 1928, y, simultáneamente, con la Ley de Montepío Militar como un mecanismo de protección social complementaria independiente para las fuerzas armadas. Posteriormente, y a fin de ampliar la cobertura respecto de la Ley de Retiro Militar, intervino la Ley de Pensiones de las Fuerzas Armadas de 1939. Más tarde, en noviembre de 1948, se creó el Seguro de Cesantía militar para los oficiales en servicio activo previsto en la Ley de Pensiones de las Fuerzas Armadas, financiado mediante la acumulación de aportes descontados de sus sueldos; un seguro que se vería ampliado al personal de tropa del ejército y la aviación, en 1949, y, para la armada, en 1951.

En todo caso, el coste del conjunto del sistema de protección, particularmente las pensiones de retiro y el montepío, al no existir una caja militar receptora de aportes y otorgadora de prestaciones, se cubría directamente con los fondos de los Presupuestos Generales del Estado. En 1957 se creó, mediante Decreto Legislativo, la Caja Militar, como caja independiente con el mandato de gestionar los seguros de retiro, invalidez y muerte en beneficio de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional; determinándose, en 1959, mediante Decreto Legislativo que el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social se encargase de la administración de dicha Caja Militar; más tarde, en



1962 se fundó la Caja Policial para la administración de los seguros dedicados a los miembros de la Policía Nacional. En todo caso, ambas Cajas se integraban en el régimen general de la Caja Nacional del Seguro Social.

Finalmente, respecto del colectivo de los militares, la vigente Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (Ley 69) de 7 de agosto de 1992 (LSSFA) configura un sistema de Seguridad Social creando, a tal fin, el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA); órgano autónomo ejecutor de la LSSFA y cuya finalidad es gestionar la seguridad social de los militares, de sus dependientes y derechohabientes, de los aspirantes a tropa y de los conscriptos, mediante un sistema de prestaciones y servicios sociales.

El ISSFA es el equivalente al IESS para el régimen común o SGO; correspondiendo al ISSFA, en consecuencia, el reconocimiento y el pago de las pensiones a los pensionistas del Régimen Especial de los militares. Algo semejante sucedería respecto del colectivo de la Policía Nacional con la aprobación posterior de la Ley de Seguridad Social de la Policía Nacional (Ley 90) de 1 de junio de 1995 (LSSPN) y la creación del Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional (ISSPOL). La regulación de estos dos regímenes especiales se completa con el Reglamento de desarrollo de la LSSFA (Decreto Ejecutivo 850) de 11 de junio de 1993 y con Reglamento de desarrollo de la LSSPN (Decreto Ejecutivo 3119) de 29 de diciembre de 2010.

Por su parte, en el plano constitucional y respecto de ambos colectivos, se reconoció la posibilidad de crear entidades propias de gestión (en concreto, los artículos 42 y 58 de la Constitución Política de 1979 y de 1998, respectivamente), y, posteriormente, ya vigentes sus respectivas Leyes de Seguridad Social, se recogió en la Constitución la posibilidad de constituirse, como se ha subrayado antes, como regímenes especiales del sistema nacional de Seguridad Social (Constitución del Ecuador de 2008).

La creación del Régimen Especial de las Fuerzas Armadas, tal y como señala el considerando de la LSSFA, encuentra su justificación “en la ausencia de un sistema de seguridad acorde con los avances de la legislación moderna sobre esta materia; lo que explica la necesidad de articular un sistema de seguridad social militar que responda a las peculiaridades y características demográficas de dicho colectivo, basado en principios de protección, solidaridad, justicia y participación equitativa del Estado, del empleador y de los asegurados”.



Por su parte, la LSSPN explica la necesidad de organizar el sistema especial de Seguridad Social policial desde el respeto a las características y peculiaridades del colectivo policial agrupado en la Mutualidad de la Policía Nacional y bajo los principios de universalidad, cooperación, solidaridad humana y social, justicia, integralidad, equidad y especificidad.

Así pues, los requerimientos propios de la profesión y los riesgos que, en consecuencia, son asumidos por ambos colectivos han venido justificando, en gran medida, la necesidad de otorgarles un sistema público de tutela diferenciado del que consiste en el Seguro Universal o General Obligatorio (SGO). Se trata, por cierto, de Regímenes Especiales que guardan entre ellos una gran similitud en muchas de sus dimensiones.

5.2.1. Las especialidades de los Regímenes de Fuerzas Armadas y Policía Nacional: financiación y acción protectora

Más allá de cuáles sean las razones que permitan explicar la creación y el mantenimiento de los regímenes especiales, lo verdaderamente relevante es identificar y analizar sobre qué parcelas o materias de la Seguridad Social se proyectan las especialidades que caracterizan a dichos regímenes para posteriormente valorar su entidad y justificación. A este efecto, hay que decir que los regímenes especiales profesionales surgen porque ser parte de la consideración de que confluyen peculiaridades en determinados colectivos de población activa que requieren, a los efectos de su inclusión y protección por el sistema de Seguridad Social, un tratamiento diferente que se traduce en su configuración como tales regímenes especiales.

De este modo, lo que se pretende es acomodar y ajustar sus especialidades con las reglas que regulan el régimen común o general (en este caso, el Seguro Universal o General Obligatorio) y que se proyectan sobre aspectos como la constitución de la relación jurídica de seguridad social (los llamados actos de encuadramiento o actos documentales), las posibles fórmulas de financiación de estos regímenes y, finalmente, respecto de las relaciones de protección o cuadro prestacional.

Por lo que se refiere al caso específico de los Regímenes Especiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, sus especialidades se concretan, principalmente, en el ámbito de su financiación y en relación con las prestaciones (tanto su número como, sobre todo, sus características) que proporcionan a sus asegurados.



5.2.1.1. Especialidades en materia de encuadramiento

Respecto del encuadramiento, tanto de los militares como de la policía, la singularidad viene dada por la figura del empleador que, tratándose de servidores públicos, únicamente podrá serlo el Estado (Ministerio de Defensa Nacional y Ministerio del Interior, respectivamente). Aunque esta singularidad no necesariamente ha de ser determinante ya que, cuando se trata del Régimen Común o General y habida cuenta la amplitud y diversidad de sujetos que lo integran, el empleador puede ser indistintamente público o privado, sin que la condición pública del empleador justifique por sí misma la existencia de un régimen especial.

Por lo demás, y de manera semejante a lo que sucede en el SGO, la relación de encuadramiento es obligatoria e irrenunciable, recayendo en el empleador (Ministerio de Defensa Nacional y Ministerio del Interior) la realización de la misma a partir de la fecha del alta del militar o policial. La condición de afiliado a este régimen especial persiste mientras el militar y el policía mantengan la condición de activo, desapareciendo cuando se produzca la muerte del asegurado, tenga lugar su separación del servicio activo o haya sido condenado por sentencia por el delito de alta traición.

Algo semejante a lo que sucede en el Régimen Común donde corresponde al empleador la obligación, bajo su responsabilidad, de inscribir al trabajador (o servidor público) como afiliado al SGO desde el primer día de trabajo así como la de remitir al IESS el aviso de entrada dentro de los primeros quince días. En consecuencia, tampoco existen diferencias sustanciales en el terreno del encuadramiento que no puedan suprimirse mediante la implantación de un régimen o sistema común.

5.2.1.2. Especialidades en materia de cotización

Entre las posibles peculiaridades que puede presentar un régimen especial de Seguridad Social están aquéllas que precisan la adecuación de las reglas generales previstas para el régimen común relativas a la obligación de contribuir al sostenimiento financiero del Sistema. De forma general, el carácter obligatorio de la cotización se justifica porque constituye uno de los elementos que define un sistema público de Seguridad Social; de esta forma, es difícil, o prácticamente imposible, diseñar un sistema efectivo y solidario de Seguridad Social si los poderes públicos no establecen la obligatoriedad de la inclusión subjetiva en el Sistema y la consiguiente obligación de realizar las aportaciones económicas necesarias o contribuciones. Salvo, lo que no es



el caso de la República del Ecuador, se hubiese optado por un sistema de financiación estrictamente impositivo, donde no existiera una obligación específica de cotizar, sino simplemente la obligación genérica ciudadana de tributar mediante toda la gama de impuestos generales.

Por lo que hace a los sistemas de financiación de los Regímenes Especiales de la Policía y de las Fuerzas Armadas, se caracterizan por ser de aportación equitativa, tanto individual como patronal, con carácter general; y tripartito, con intervención también estatal. Es más, respecto del colectivo de los militares y policías, y para el caso de que lo aportado no resulte suficiente para hacer frente a las pensiones y sus revalorizaciones, el Estado se encarga de cubrir la diferencia hasta con el límite del 60 por 100 del costo total.

Fijada la obligación de cotizar, los elementos que la integran son dos, la materia gravada (o sueldo imponible) y los tipos o porcentajes de cotización que habrán de aplicarse en cada caso. En este extremo, es donde aparecen las divergencias más significativas entre las reglas generales del Régimen Común y los Regímenes Especiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

Por lo que hace al primero de los elementos, la materia gravada, en el supuesto del SGO se considera tal, a efectos del cálculo de las aportaciones y contribuciones, todo ingreso regular, susceptible de apreciación pecuniaria, que sea percibido por el afiliado con motivo de la realización de su actividad personal (sea como trabajador en relación de dependencia, sea como trabajador autónomo, o como profesional en libre ejercicio, en los términos establecidos en el artículo 9 LSS). Por su parte, cuando se trate de afiliados sin relación de dependencia cuyo ingreso, lógicamente, resulta difícil de determinar, el IESS establecerá anualmente una base presuntiva de aportación que expresa la cuantía de la materia gravada en múltiplos o submúltiplos del sueldo o salario mínimo de aportación al SGO (artículo 11 LSS).

Proyectando esta lógica hacia los Regímenes Especiales de policías y militares, en el caso concreto del Régimen Especial de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional no se habla en términos de materia gravada sino de sueldo imponible y la totalidad de las tasas de cotización son diferentes a las del Régimen Común.

5.2.1.3. Especialidades en materia de prestacional

El cuadro prestacional ofrecido por ambos regímenes especiales prácticamente es el mismo, excepto por lo que hace al Seguro de Cesan-



tía que, en el caso del Régimen Especial de la Policía Nacional, sigue siendo administrado por el Servicio de Cesantía de la Policía Nacional (artículo 15 LSSPN) en lugar del ISSPOL. Así, tanto las leyes reguladoras del ISSFA como del ISSPOL diseñan un ámbito material que se concreta en los habituales Seguros: Seguro de Retiro, Invalidez y Muerte; Seguro de Cesantía; Seguro de Enfermedad y Maternidad; Seguro de Mortuoria; Seguro de Vida y Accidentes Profesionales. Asimismo, este ámbito de aplicación material u objetivo se completa con la existencia de un Fondo de Reserva (previsto para el militar o policía en servicio activo con aportes que serán realizados por el Ministerio de Defensa Nacional y el Ministerio de Gobierno y Policía, respectivamente), y por un conjunto de servicios sociales que abarcan: educación, capacitación, subsistencia, vivienda, crédito, albergue, asilo, guardería, readaptación y recreación, saneamiento ambiental, entre otros (art. 17 LSSFA y art. 17 LSSPN).

Por tanto, con carácter general, se recogen las contingencias establecidas en el Convenio 102 de la OIT sobre la norma mínima en materia de Seguridad Social; ofreciendo así estos regímenes especiales una estructura prestacional que difiere en poco de la establecida en el Régimen Común o SGO (artículo 3 LSS). Sus divergencias prestacionales, sin duda, se sitúan en la amplia cartera de servicios sociales que ambos Institutos de Seguridad Social ofrecen a sus asegurados y que comprenden actividades de previsión y prevención social desarrolladas en beneficio del asegurado y de su grupo familiar con el fin de elevar sus niveles de vida. Estos programas y actividades se financian con los recursos derivados de la propia gestión interna así como de los provenientes de los excedentes que se obtengan de la capitalización de las inversiones de interés social y lucrativo, excepción hecha de los servicios sociales de vivienda y crédito que se financian con sus propios recursos. Otros beneficios son los préstamos quirográficos ordinarios y de emergencia, los hipotecarios y los prendarios concedidos por el ISSFA y el ISSPOL a sus asegurados.

Conviene volver a insistir en una idea que es clave para explicar y, sobre todo, justificar la creación y mantenimiento de regímenes especiales de seguridad social. Desde la perspectiva de que los mismos no constituyen la fórmula normal o más adecuada de estructurar la protección son (o al menos deberían serlo) razones técnicas las que han de servir para justificar el tratamiento normativo diferenciado que conlleva un régimen especial.

En este extremo, se ha concluido en el apartado anterior que, pese a las notables divergencias en materia de cotización que arro-



jan una participación amplia del Estado en el sostenimiento de estos regímenes especiales, si se compara con la aportación realizada al Régimen Común, es en materia de acción protectora donde parecen encontrarse mayores divergencias. Más concretamente en la fijación de los requisitos de acceso (tiempo de cotización/aportaciones) y en la fórmula de cálculo de las distintas prestaciones; diferencias especialmente notables cuando se trata del bloque referido a las pensiones de retiro (vejez), invalidez y muerte y menos significativas cuando se trata, por ejemplo, de la protección de la maternidad.

5.2.1.3.1. El tratamiento de la pensión por retiro

La normativa de seguridad social de estos dos regímenes especiales se refiere al seguro por retiro como aquella prestación consistente en el pago de una pensión vitalicia al asegurado que se separa del servicio activo, sea de las Fuerzas Armadas, sea de la Policía Nacional, mediante baja, siempre que acredite un mínimo de veinte años de servicio activo y efectivo en la Institución. A tal efecto, el tiempo de servicio activo para el cálculo de las prestaciones se computa desde la fecha de alta del militar/policía, como oficial o como tropa, hasta la fecha de su baja.

En este extremo cabe hacer las siguientes puntualizaciones: la primera, tiene que ver con el alcance de la exigencia que supone que el tiempo de servicio sea activo y efectivo. Así, y por lo que hace al colectivo de militares, el artículo 5 del Reglamento de la LSSFA considera que las situaciones de disposición y disponibilidad constituyen, también, servicio activo ya que durante las mismas el asegurado se encuentra acreditando cotizaciones que generan su derecho. Por el contrario, no se considera tiempo real y efectivo respecto de la policía nacional los abonos por tiempo de servicio, riesgos del trabajo y otras compensaciones (artículo 3 LSSPN).

El acceso a la pensión de retiro queda condicionado, únicamente, por el cumplimiento por parte del colectivo integrado en los mencionados regímenes especiales de un número de aportaciones mensuales o contribuciones cifrado en 240 aportaciones que son las correspondientes a los veinte años de servicio efectivo y real en la Institución. Nada se dice pues, sobre la exigencia de una edad mínima legal pensionable siendo así que será suficiente con reunir el tiempo de servicio activo de 20 años en la Institución para que pueda generarse el derecho a la pensión de retiro.

Las divergencias en relación con los requisitos de acceso exigidos en el régimen común son claras. En este extremo, el SGO diferencia has-



ta tres posibles pensiones de jubilación: ordinaria, por invalidez y por edad avanzada. Pues bien, por lo que hace a la exigencia de edad, en todas, excepto para el caso de jubilación por invalidez, la regla general es que, además del requisito de contribución, sea preciso que el sujeto haya alcanzado una determinada edad. En concreto, para causar derecho a la pensión de jubilación ordinaria, la edad mínima legal pensionable se sitúa en 60 años y el requisito contributivo en 30 años (360 aportaciones mensuales); aunque es posible (y esta es la única excepción a la regla general) que la exigencia de la edad desaparezca cuando se trata de una larga carrera de aportaciones, 480 aportaciones mensuales (40 años) que es cuando, únicamente, se alcanza la pensión máxima de jubilación ordinaria (con un tope mínimo que es la mitad de un salario básico unificado y un máximo de cinco punto cinco salarios básicos unificados). En el caso de la jubilación por edad avanzada el SGO sitúa el cumplimiento de este requisito en 70 años de edad y 10 años de aportación (120 aportaciones), respectivamente.

En cuanto a la cotización, es evidente el mayor esfuerzo de cotización que se exige al afiliado del Régimen Común cuando se trata de causar derecho a la pensión de jubilación ordinaria, excepción hecha de la jubilación por edad avanzada en la que prima la necesidad de conceder tutela a quien por razón de edad (70 años) es difícil que vaya a poder alcanzar el número de aportaciones requeridas para causar derecho a la jubilación ordinaria. Se trata, en definitiva, de una tutela que responde al esquema más general de los sistemas contributivos en los que se combinan los dos elementos, edad y cotización, lo que es más discutible en relación con los Regímenes Especiales de militares y policías.

El resultado final, tras comparar ambas regulaciones, es que el militar o el policía nacional en activo podrá acceder a la pensión de retiro antes que un afiliado al Régimen Común que, no sólo deberá acreditar 30 años de cotización, sino que, además, deberá haber cumplido 60 años de edad.

Las diferencias entre el régimen común y los especiales vuelven a estar patentes cuando se trata de cuantificar la pensión de retiro empleando en el caso de los regímenes especiales el último haber a la fecha de la baja y, en el caso del régimen general para la pensión de vejez, las sesenta mejores aportaciones.

5.2.1.3.2. El tratamiento de la pensión por invalidez

Tanto el Régimen Especial de las Fuerzas Armadas como el de la Poli-



cía Nacional contemplan la contingencia de incapacidad entre una de las situaciones a proteger, diferenciando su regulación en función de la naturaleza del riesgo, común o en actos de servicio. Se puede decir, de manera semejante a lo que sucede en la pensión por retiro, que las regulaciones de ambos regímenes son prácticamente idénticas.

De este modo, y por lo que hace al supuesto de invalidez derivada de riesgos comunes, el artículo 25 Reglamento/RIM (caso de militares) y artículo 30 Reglamento/RIM (caso de policía nacional) se refiere al Seguro de Invalidez como la prestación que se otorga al militar/policía en servicio activo que se incapacita por enfermedad común o accidente no profesional, siempre que haya acreditado un mínimo de 60 meses de servicio activo (5 años) y menos de 20 años de servicio activo; ya que, en caso de acreditar 20 años de servicio, entonces, se convierte en sujeto beneficiario de la pensión de retiro.

La exigencia del tiempo de servicio ha de ser real y efectivo, no considerándose como tal los tiempos de servicio civil o policial (en caso de los militares); y sin abonos por tiempo de servicio, tiempos de servicio civil, riesgos del trabajo u otras compensaciones (para la policía nacional). Se trata de la misma exigencia que para el caso de la pensión de retiro.

A partir de aquí, y en función del grado de afectación para el desempeño de su actividad profesional, la incapacidad del afiliado (sea militar o policía nacional) se califica en: a) total permanente cuando la afección orgánica, alteración funcional, enfermedad o mutilación impida al militar, de manera total y definitiva, desempeñar sus funciones profesionales habituales u otras actividades institucionales afines a su formación profesional, separándolo del servicio activo de Fuerzas Armadas o de la Institución Policial al ser calificado no apto para el servicio; b) parcial permanente cuando la afección orgánica, alteración funcional, enfermedad o mutilización inhabilite al militar/policía en servicio activo para el desempeño de sus funciones profesionales habituales, en forma permanente, y puede dar lugar a su reubicación y readaptación; c) total temporal cuando la afección orgánica, alteración funcional, enfermedad o mutilación inhabilite temporalmente al militar/policía en servicio activo para desempeñar sus funciones profesionales habituales por pérdida de sus facultades para el trabajo, mientras dure su tratamiento y rehabilitación.

Por su parte, para el caso de que la incapacidad derive de riesgo profesional la regulación que ofrecen ambos regímenes especiales vuelve a ser la misma. De forma que ambos articulan una tutela espe-



cialmente dirigida a cubrir las situaciones de necesidad derivadas de accidente en acto de servicio o de enfermedad profesional mediante el Seguro de Accidentes Profesionales (articulado, caso de los militares, en el Reglamento del Seguro de Vida y Accidentes Profesionales del ISSFA, de 31 de diciembre de 2006; y, para el caso de la policía nacional, en el Reglamento del Seguro de Accidentes Profesionales de 13 de julio de 1995).

En ambos casos, este Seguro de Accidentes Profesionales consiste en una prestación que otorga el ISSFA y el ISSPOL a sus afiliados en servicio activo que se incapacita en actos del servicio, o a consecuencia del desempeño de sus actividades profesionales habituales, o por enfermedad profesional. A tal efecto, se considera acto de servicio “toda acción desarrollada por el asegurado en servicio activo en pleno ejercicio de sus funciones profesionales, en virtud de su cargo y jerarquía o en acciones de excepción por su calidad militar”. Asimismo, la enfermedad profesional se define como el estado patológico que se manifiesta de manera súbita o por evolución lenta, a consecuencia de la actividad profesional del asegurado en servicio activo o de las condiciones del ambiente en que dicha actividad se realice.

El acceso a la prestación no queda condicionado a que el asegurado acredite un tiempo de servicios real y efectivo en la Institución (militar o policial); lo que supone un tratamiento más flexible de esta exigencia si se compara con el mínimo de 5 años de aportaciones exigibles en el caso de que la invalidez derive de riesgo común. De manera semejante a lo ya señalado, entran en juego los distintos grados de invalidez. Se habla, entonces, de incapacidad parcial-temporal o total-temporal originada en actos del servicio, situaciones que pueden prolongarse por un período de doce meses contados a partir de la fecha del parte militar, tiempo en el cual recibirá el tratamiento médico y de rehabilitación orientados a su recuperación orgánico funcional. Transcurrido este tiempo, si la situación de incapacidad persiste, la misma será calificada parcial- permanente o total- permanente; en este segundo supuesto, el militar/policía nacional obtendrá la baja del servicio activo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y el pago de una pensión vitalicia de discapacidad.

En relación con los requisitos de acceso a la pensión por invalidez, los dos regímenes especiales exigen que su asegurado en servicio activo reúna un mínimo de 60 aportaciones (5 años), un extremo respecto del cual la regulación del Régimen Común guarda cierta semejanza. Así, el art. 186 LSS (referido a la jubilación por invalidez) diferencia entre dos posibles situaciones. Una, el supuesto de incapacidad permanen-



te y absoluta para todo trabajo que sobreviene al trabajador, bien en situación de activo o de inactividad compensada (asimilada al alta), cualquiera que sea la causa, en cuyo caso se establece una exigencia de 60 aportaciones mensuales (5 años) de los cuales seis aportaciones habrán de estar comprendidas en periodo previo a la declaración de la situación de incapacidad (carencia específica). Es importante subrayar que previo el acceso a la declaración de incapacidad permanente total (y, por tanto, convertirse el afiliado en pensionista de jubilación por invalidez), aquél disfrutará de un subsidio transitorio de incapacidad por el tiempo máximo de un año y siempre que reúna el mínimo de aportaciones señalado (5 años).

En definitiva, el cumplimiento de la exigencia de un mínimo de aportaciones cuando se trata de invalidez derivada de riesgos profesionales no recibe el mismo tratamiento en el régimen común o general y en los dos especiales. De este modo, si bien tanto los especiales como el común o general participan de la misma absoluta flexibilidad cuando se trata de una invalidez en acto de servicio (caso de los regímenes especiales) o de accidente de trabajo (caso del régimen común), en el sentido de que no se exige que los afiliados hayan realizado un número de aportaciones mínimas, no cabe decir lo mismo cuando se trata de enfermedad profesional ya que, en el caso del SGO, se establece una exigencia mínima de seis aportaciones mensuales (art. 18 Reglamento de riesgos del trabajo de 2011), mientras que en el caso de los regímenes especiales no se requiere ninguna (art 51 Reglamento/RIM).

5.2.1.3.3. La tutela de las situaciones de necesidad derivas de muerte

Con carácter general, se observa que las principales diferencias en materia de prestaciones derivadas de muerte entre el régimen común o general y los especiales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional tienen que ver con la cuantía de las distintas pensiones que la muerte puede generar a favor de los sujetos beneficiarios (familiares); sujetos que, en líneas generales, se repiten en ambos regímenes especiales (cónyuge, pareja de hecho estable y monogámica durante un mínimo de dos años anteriores al fallecimiento, salvo que hubiesen tenido hijos en común, hijos menores de 18 años o mayores a dicha edad pero con discapacidad, ascendientes). Si bien con la particularidad de que en los mencionados regímenes especiales dicha la tutela se extiende, también, a los hijos hasta los 25 años siempre que aquéllos estén cursando estudios en establecimientos reconocidos del Estado, carezcan de trabajo y de rentas propias.

Estos regímenes especiales ofrecen cobertura a los sujetos beneficia-



rios a través del Seguro de Muerte que se hace efectivo mediante la pensión de montepío. En este extremo, el Reglamento de Retiro, Invalidez y Muerte distingue en función de si el asegurado en servicio activo fallece o no en acto de servicio. Así, respecto del que fallece en acto de servicio, no es necesario acreditar un número determinado de aportaciones previas (tiempo de servicio activo).

Por su parte, si el asegurado fallece por accidente común o enfermedad común, es preciso que cumpla el requisito de reunir el mínimo de 5 años (y menos de 20 años) de servicios reales y efectivos en la Institución Armada y Policial; si bien, en este caso, el tratamiento de la pensión es más favorable para el policía nacional.

La cobertura que ofrece el Régimen Común (o SGO), de forma general, muestra la misma identidad con respecto a los regímenes especiales cuando se trata del cumplimiento del requisito de contribución. De este modo, para poder causar derecho a las pensiones derivadas de muerte es preciso que el asegurado activo reúna en el momento del fallecimiento 60 aportaciones (5 años). Exigencia que se flexibiliza cuando se trata de riesgos profesionales.

El Régimen Especial de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, además de un tratamiento que, en general, ofrece pensiones a favor de los sujetos beneficiarios en condiciones de acceso más favorables y de cuantía superior que cuando se trata de las mismas pensiones en el Régimen General, cuentan con otro tipo de prestaciones que no siempre están presentes en el SGO (caso del llamado Seguro de Vida); o, cuando lo está, el tratamiento que recibe es distinto (caso del Seguro de Mortuoria).

Así, y por lo que hace al primero, el ISSFA y el ISSPOL conceden el Seguro de Vida con el propósito de indemnizar a los derechohabientes del asegurado cuando fallece, cualquiera que sea la causa, siendo por tanto independiente de la naturaleza del riesgo, si común o profesional. Se trata de un seguro obligatorio mientras el militar/policía nacional se encuentre en activo (en sentido amplio), variando su cuantía en función de su grado (arts. 60 LSSFA y art.5 Reglamento del Seguro de Vida y Accidentes Profesionales del ISSFA y art. 51 del Reglamento de la LSSPOL).

Por lo que respecta al Seguro de Mortuoria se trata de una prestación de la que también gozan los afiliados al Régimen General (es el llamado "subsidio para funerales") si bien, en el Régimen Común sorprende que el reconocimiento a su disfrute se condicione a que el



sujeto causante (pensionista o trabajador) tenga que acreditar, al menos, seis aportaciones mensuales dentro de los últimos doce meses anteriores a su fallecimiento.

5.2. 2. Conclusiones

Una visión general de los aspectos o dimensiones de la regulación de los regímenes (Común o General y los Especiales) en los que se concretan las posibles divergencias entre los mismos, esto es, encuadramiento, cotización y acción protectora, lleva a realizar las siguientes conclusiones valorativas de dichas diferencias. A este respecto, hay que señalar que las especificidades de los Regímenes Especiales en relación con el Régimen Común se concretan, principalmente, en el ámbito de su financiación y en relación con las prestaciones que proporcionan a sus asegurados, tanto por el número de las que ofrecen como, sobre todo, por las características de su regulación. Por el contrario, en relación con los temas formales o de encuadramiento de los sujetos en cualquiera de los Regímenes Especiales de Fuerzas Armadas y Policía Nacional, sus singularidades carecen de relevancia, son fácilmente homogeneizables con los del Régimen Común y derivan del carácter público del empleador (Ministerio de Defensa Nacional y Ministerio del Interior). Una circunstancia que también se produce, sin generar por ello ningún régimen especial en lo que se refiere a los sujetos encuadrado en el Régimen Común o General.

La comparación entre los dos Regímenes Especiales (entre sí muy semejantes) y el Régimen Común en el plano de la cotización lleva a concluir que los aportes o contribuciones realizadas por los afiliados de cualquiera de los dos Regímenes Especiales de militares y policías resulta ser, en principio, superiores a los fijados para el Régimen Común. Así, por ejemplo, en el caso del colectivo de los militares y policías ese esfuerzo se traduce en el 23% de su salario, que contrasta con el 9.45% que aportan personalmente los empleados civiles en relación de dependencia del Régimen Común.

Además, es incorrecto atender sólo al nivel de aportaciones o cotizaciones y calificar la incidencia de las cotizaciones sobre los regímenes especiales como expresiva de un mayor esfuerzo contributivo por parte del colectivo de militares y policías, puesto que la adecuación y equidad de ese esfuerzo contributivo mayor dependerá, en todo caso, de la calidad de las prestaciones que se obtienen a cambio. Aunque ya haya que subrayar que un sistema igualitario de Seguridad



Social no tolera cómodamente la existencia de islas de protección privilegiada, aunque se soporten financieramente con mayores aportes de los interesados. Mucho menos cuando esa protección de mejor calidad no obedece a razones que podría justificarla (como sucedería con la discapacidad, el adelanto de la edad de jubilación debido a la penosidad o peligrosidad del trabajo, o las razones de igualdad a través de una tutela diferenciada de las mujeres) sino que están referidas a prestaciones que protegen situaciones de necesidad idénticas a aquellas en las que podrían encontrarse los afiliados al Régimen Común. Incluso el habitual argumento de un tratamiento diferenciado de la jubilación o de la incapacidad ignora que existen profesiones y actividades insertas en el Régimen Común que se desarrollan en condiciones igual de penosas o peligrosas, o al menos asimilables, a las que llevan a cabo los militares o policías.

El análisis realizado en el ámbito prestacional, limitado prácticamente a las pensiones arroja un balance más favorable cuando se trata de la acción protectora de los Regímenes Especiales. Diferencias que se observan en aspectos relacionados con el cumplimiento de los requisitos de acceso a las mismas, tal y como sucede con la pensión de retiro a la que puede accederse con una menor carrera de cotización (20 años de servicio frente al del Régimen Común que combina edad y aportaciones), además de que dicho acceso no necesariamente debe ajustarse al cumplimiento de una edad. De forma que el resultado es que tanto el colectivo de militares como de policías puede convertirse en sujetos beneficiarios de las pensiones de vejez o retiro a edades más tempranas y con una presión contributiva menor.

En consecuencia, el repertorio prestacional de esos regímenes, y mucho más si se suman las prestaciones económicas otras privativas consistentes en variadas ventajas sociales, hace que el desequilibrio respecto del Régimen Común sea muy significativo, relativamente poco justificado y no compensado con los mayores aportes; que, por otra parte, son en gran medida aportes públicos. Corriéndose el riesgo de que, finalmente, se esté en presencia del efecto llamado Mateo, a veces existente en los sistemas de Seguridad Social y que se describe como la situación en la que el sistema de protección social proporciona más a quien más tiene, mientras detrae para financiar esas mejoras a quien menos tiene. El alto grado de compromiso financiero del Estado unido a la mejor calidad general de las prestaciones en estos regímenes puede ser una manifestación de lo que se dice.





Santiago González Ortega

Licenciado en Derecho por la Universidad de Sevilla (1968-1973), con Premio Extraordinario y Doctor en Derecho "cum laude" por la Universidad de Bolonia, Italia (1975).

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social desde 1973 y Catedrático desde el año 1986, en las Universidades de Málaga (1986-1989), Sevilla (1989-1992), Carlos III de Madrid (1992-2005) y Pablo de Olavide de Sevilla (desde 2005). Profesor Asociado de la Universidad Paris X (Nanterre-La Défense), desde 1995 a 2011, así como de la Universidad de Nantes (Francia), 2013.

Autor de más de casi 250 publicaciones especializadas en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, incluyendo libros, capítulos de libros, comentarios de sentencias y ponencias y comunicaciones a congresos, jornadas y seminarios especializados.

Actividad investigadora centrada, prioritaria aunque no exclusivamente, en las materias de seguridad social, prevención de riesgos laborales, negociación colectiva, derechos fundamentales y contrato de trabajo y derecho social comunitario.

Director de más de 25 trabajos de investigación (tesinas y tesis doctorales), así como investigador principal de más de 30 Proyectos de Investigación y participante en otros 5, tanto de ámbito nacional como autonómico y universitario, y financiados por instituciones públicas y privadas.

Experiencia profesional en el ámbito universitario por un espacio de más de 40 años ininterrumpidos, siempre con dedicación exclusiva. En posesión de los seis quinquenios máximos de reconocimiento a la labor docente y de seis sexenios máximos de reconocimiento y valoración positiva de la actividad investigadora así como de los cinco tramos



autónomos máximos de reconocimiento de la actividad universitaria de docencia, gestión e investigación.

Director, miembro de consejos asesores y de redacción así como evaluador externo de numerosas revistas científicas especializadas. Evaluador y experto de las Agencias y Comisiones de Valoración de proyectos y de acreditación del profesorado universitario. Miembro de comités científicos de congresos, jornadas y seminarios.

Autor de numerosos Informes y Dictámenes en relación con una amplia variedad de temas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, encargados por instituciones públicas de diverso ámbito así como por empresas privadas.

Decano y Vicedecano de las Facultades de Derecho y de Ciencias Sociales y Jurídicas (1986-1996) de las Universidades de Málaga y Carlos III de Madrid. Director del Departamento de Derecho Privado y de Derecho Social e Internacional Privado (1996-2003) y del Instituto de Investigación Juan Luis Vives en materia de Seguridad Social (1996-2005) de la Universidad Carlos III de Madrid. Responsable del Área de Derecho del Trabajo de la Universidad Pablo de Olavide (2005 hasta la fecha). Director de Másteres y Cursos de Especialización en materia de prevención de riesgos laborales, de seguridad social y de consultoría y auditoría laboral.

Secretario General (1996-2004) y Vicepresidente de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2004-2008).



Sebastián De Soto Rioja

Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla. En la actualidad ostenta la plaza de Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Huelva, acumulando en su hoja de servicios veinticinco años de trabajo en régimen de dedicación exclusiva.

Ha desempeñado múltiples puestos de gestión y responsabilidad académica en los distintos centros en los que ha estado adscrito –Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, Facultad de Derecho y Facultad de Ciencias del Trabajo–, como los de Decano, Secretario y Vicedecano, además de Director de Departamento y del Master de la Abogacía.

En su experiencia editora destaca su condición de codirector de la colección «Monografías de Temas Laborales», que cuenta con cincuenta y cinco números; además de Subdirector y miembro del Consejo de Redacción de la Revista Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, de edición trimestral y que en el año 2015 publicó su número 130.

Investigador activo de grupos y proyectos de investigación como: 1) Proyecto de Investigación (I+D+I) sobre “El tratamiento laboral, preventivo y de Seguridad Social de las enfermedades derivadas del trabajo”, Ministerio de Ciencia e Innovación (nº de referencia DER2009-12887-C02-01), (2009-2011); 2) Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía “Eficacia de la norma laboral desde la perspectiva de la calidad en el empleo: experiencias comparadas”, (nº 2008/33), (2008-2010); 3) Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía “Estudio de las reformas estatutarias: los nuevos derechos estatutarios, estado social de las autonomías y financiación autonómica”, PAI SEJ-4078 (2008-2011); 4) Grupo consolidado PAIDI, “La ciudadanía en la empresa: los derechos fundamentales en el lugar de trabajo”, PAI SEJ-464 (desde 2006); 5) Grupo de Investigación Consolidado “Seguridad Social y Prevención de Riesgos Laborales” de la Universidad Carlos III de Madrid.



Ha suscrito también múltiples contratos de investigación con entidades públicas y privadas para la emisión de informes, dictámenes y escritos de práctica jurídica.

Miembro de la Comisión de Expertos (2009), designada por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía a efectos de elaborar el informe y propuesta de texto articulado sobre la Ley Andaluza del Trabajador Autónomo. Árbitro del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía. Ha presidido diversas mesas de negociación colectiva sectorial y dictado numerosos laudos en procesos individuales y de conflicto colectivo.

Autor de más de cuarenta publicaciones científicas de su especialidad, algunas de ellas fruto de Conferencias y Ponencias invitadas de Congresos, entre las que cabe destacar monografías como: «La Sindicación Forzada. Las presiones a la afiliación y la objeción sindical en el Derecho Comparado», Mergablum, 1999. ISBN: 84-95118-17-3; «Consejeros y Administradores Societarios, ¿Autónomos para la Seguridad Social?», Tecnos, 1999. ISBN: 84-309-3359-X.

Más específicamente, en materia de protección social, cabe destacar sus trabajos sobre: “Las enfermedades del trabajo y su manifestación in itinere”, Revista de Derecho Social, nº 6/1999, pp. 143-163; “La política autonómica en materia de seguridad y salud laboral”, en AAVV, Derechos Sociales, Políticas Públicas y Financiación Autonómica a Raíz de los Nuevos Estatutos de Autonomía (A. J. Sánchez Pino, Director), pp. 211-238, Tirant lo Blanch, 2012; “Régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia. Un análisis de sus normas de ordenación”, en AAVV, Las prestaciones sociales de derecho derivado. Análisis de las prestaciones de viudedad y orfandad y en favor de familiares en el marco de los sistemas europeos de seguridad social (S. González Ortega, Coordinador), pp. 218-248, FIPROS, 2012; “Reclamaciones administrativas y judiciales en materia de Dependencia”, AAVV, La aplicación de la Ley de Dependencia en España (S. González Ortega, Director), Consejo Económico y Social del Reino de España, 2012, pp. 493-545; y, por último, “El sistema español de Seguridad Social y las implicaciones del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social”, AAVV, El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, Tirant lo blanch, Mexico D.F., pp. 237-260, 2013.



Susana Barcelón Cobedo

Profesora Titular de la Universidad Carlos III de Madrid. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (1986-1991).

Posee un Doctorado por la Universidad Carlos III de Madrid (1995-1997). Tesis Doctoral defendida en la Universidad Carlos III, junio 2002, con la calificación de Sobresaliente "cum laude" por unanimidad. "Premio Extraordinario de Doctorado, Programa General", Universidad Carlos III de Madrid, Febrero 2003.

Ayudante Doctor por la Agencia de Calidad, Acreditación y Prospectiva de la Comunidad de Madrid (ACAP), 2004; y de Contratado Doctor, por la Agencia Nacional de Evaluación y Acreditación (ANECA), y por la ACAP, ambas en 2006.

Evaluación Positiva del Primer y Segundo Sexenio de Investigación por la Agencia Nacional de Evaluación y Acreditación (ANECA).

Autora de varias publicaciones en materia de la Seguridad Social incluyendo libros, aportes a congresos, capítulos de libros, conferencias, ponencias y artículos de investigación. Entre ellas: *El Tránsito entre Prestaciones del Sistema de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2002. *Introducción al Derecho de la Seguridad Social* (Dir. S. González Ortega), Tirant lo Blanch, 9ª ed. 2013. *Igualdad y protección de la contingencia de maternidad* en *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre hombres y mujeres*, Tirant Lo Blanch, 2007. *La dimensión no contributiva del sistema de Seguridad Social y extranjeros irregulares* en *La Protección Social de los extranjeros en España*, Tirant lo Blanch, 2010. *Los ámbitos objetivo y subjetivo del Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social*, en el libro *Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch México D.F, 2013. *El Derecho de a la Seguridad Social como derecho social: el reconocimiento constitucional como compromiso político y realidad jurídica*.



Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 139/2008.

Ha sido Investigador Principal del Proyecto Coordinado "Tratamiento laboral, preventivo y de Seguridad Social de las enfermedades derivadas del trabajo", Universidad Carlos III de Madrid y Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Ministerio de Ciencia e Innovación, 2010-2012; y del Proyecto Coordinado, "Las prestaciones económicas de garantía de recursos de subsistencia. Realidad española y análisis comparado del espacio europeo y latinoamericano", Universidad Carlos III de Madrid y Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Ministerio de Ciencia e Innovación, 2010-2012.

Ha participado en diferentes proyectos como miembro desde el año 1996: "Protección social y nuevas necesidades sociales"; "Seminario Internacional sobre la Protección Social de las situaciones de dependencia"; El Estatuto Jurídico del Cuidador Informal como elemento clave de un sistema de protección a la dependencia"; "Problemas aplicativos del convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social en los países de la comunidad andina de Naciones". "Productividad y Conciliación de la vida laboral y familiar. Análisis de situación y propuestas para el futuro"; "Grupo de Investigación Consolidado en Seguridad Social y Prevención de Riesgos Laborales", entre otros.

Fue Secretaria del Instituto Universitario de Seguridad Social "Juan Luis Vives", Universidad Carlos III Madrid, (2003). Vicedecana de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad Carlos III de Madrid (Campus de Colmenarejo), (2005-2007). Vicerrectora Adjunta al Vicerrector Campus de Colmenarejo, Universidad Carlos III de Madrid, (2007-2009). Vicerrectora Adjunta al Vicerrectorado de Igualdad y Cooperación, Universidad Carlos III Madrid, (2010-2011). Coordinadora General Master Oficial en Prevención de Riesgos Laborales, Universidad Carlos III, desde Octubre 2011. Miembro de la Comisión de Contratación del Departamento de Derecho Social e Internacional Privado, Universidad Carlos III Madrid, desde mayo de 2015.

Gerente de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, (2004-2008). Secretaria y Presidente de las Pruebas de Acceso a la Universidad (2008-2011) (Campus Getafe y Colmenarejo, Universidad Carlos III Madrid). Miembro de la Asociación GENET (Red de Estudios de Género), desde junio 2015. Colegiada del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid desde septiembre 1991.



Rafael Gómez Gordillo

Doctor en Derecho, Profesor Titular Universidad, especialista en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Actualmente vinculado a la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla), ha sido profesor visitante en la Universidad Carlos III (Madrid) e investigador invitado en las Universidades de Ferrara (Italia), Católica de Milán (Italia) y Autónoma de Barcelona (España) y Becario del Programa Prometeo (Ecuador). Imparte docencia en estudios de Grado, Máster y Doctorado; es miembro de la Comisión de Docencia del Máster en Gestión Administrativa y del Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas, ambos de la Universidad Pablo de Olavide.

Autor de más de treinta obras sobre Derecho del Trabajo y Seguridad Social, en formato libro, capítulo de libro y artículo en revistas especializadas. Entre las más recientes destacan:

GÓMEZ GORDILLO, R.: "La reforma de la estructura de la negociación colectiva y su incidencia en la segmentación laboral" en Cruz Villalón, J. (coord.) El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: Causa determinante e instrumento de contención, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015

GÓMEZ GORDILLO, R.: "Trabajo a tiempo parcial, jubilación y prohibición de discriminación sexual: revisión de la normativa española a la luz del derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Constitucional", Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 47/2014, págs. 157 a 179.

GÓMEZ GORDILLO, R.: "El cálculo de la cuantía de las pensiones en el CMISS" en González Ortega, S. (dir.) El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, Tirant Lo Blanch, México D.F., 2013, pp. 173 a 205.



GÓMEZ GORDILLO, R.: "Responsabilidad del INSS en el pago de las prestaciones por muerte y supervivencia derivadas de enfermedad profesional", *Aranzadi Social*, núm. 10/2013, págs. 229 a 242.

GÓMEZ GORDILLO, R.: "El impacto de los procesos de descentralización productiva sobre la eficacia de la norma laboral" en Cruz Villalón, J.: *Eficacia de las normas laborales desde la perspectiva de la calidad en el empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 111 a 157.

GÓMEZ GORDILLO, R.: "La reforma de la ley sobre derechos de información y consulta en las empresas y grupos de dimensión comunitaria ¿un impulso para los comités de empresa europeos?", *Temas Laborales*, núm. 111/2011, págs. 85 a 120.

GÓMEZ GORDILLO, R.: "La declaración y tramitación de enfermedades profesionales por vía electrónica. La aplicación informática CEPROSS", *Revista de la Contratación Electrónica*, núm. 111/2011, págs. 59 a 81.

GÓMEZ GORDILLO, R.: "Los riesgos psicosociales como enfermedades profesionales emboscadas", *Aranzadi Social*, núm. 22/2011, págs. 111 a 121.

GÓMEZ GORDILLO, R.: "Convivencia previa y derecho de los progenitores a la prestación de maternidad por adopción", *Aranzadi Social*, núm. 21/2011, págs. 57 a 68.

GÓMEZ GORDILLO, R.: "La reforma de la Directiva sobre el comité de empresa europeo. Nueva apuesta por la fijación convencional de Derechos de información y consulta en empresas y grupos de dimensión comunitaria", *Relaciones Laborales*, núm. 13/2010, págs. 71 a 99.

Ha sido miembro del Consejo Económico y Social de Andalucía.

Es árbitro del sistema de solución de conflictos en las elecciones sindicales en la provincia de Sevilla.



Margarita Arenas Viruez

Licenciada en Derecho por la Universidad de Sevilla. (1993-1998). Obtención del Premio Extraordinario de Licenciatura, 1998, Premio del Ayuntamiento de Sevilla y Premio Real Maestranza de Caballería de Sevilla por el mejor Expediente Académico.

Período de docencia y período de investigación del Programa de Doctorado del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. El trabajo de investigación fue dirigido por el Prof. Dr. D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel y se titula: "Riesgo durante el embarazo: causa de suspensión del contrato de trabajo y causa de despido nulo". Calificación obtenida: Sobresaliente.

Diploma de Estudios Avanzados con la calificación de Sobresaliente. Doctorada en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide con la calificación de cum laudem por unanimidad, 2006. Tesis dirigida por el Prof. Doctor D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel. Obtención del Premio Extraordinario de Doctorado de la UPO 2007 y del Premio de Investigación del Consejo Económico y Social de Andalucía, 2007.

Beca de formación de profesorado universitario del Ministerio de Educación y Cultura (2000-2003). Beca de estancia breve, en 2001, en COMTRASEC, Centre de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale, en Bordeaux, Francia. Beca de estancia breve, en 2002, en la Facultad de Derecho, Economía y Gestión de la Universidad de Orléans, Francia. Estancia de investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad Nova de Lisboa, desde el 26 de septiembre de 2012 hasta el 26 de diciembre de 2012.

Docencia en diversas asignaturas de distintas Titulaciones del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, tanto de la Universidad de Sevilla como de la Universidad Pablo de Olavide (Derecho Sindical de 3º curso de la Diplomatura de Relaciones Laborales; Introducción



al Derecho del Trabajo de 1º curso de la Diplomatura de Relaciones Laborales; Derecho del Trabajo de 3º curso de la Licenciatura de Administración y Dirección de Empresas; Regímenes Especiales de 3º curso de la Diplomatura de Relaciones Laborales; Prácticas Integradas de tercer curso de la Diplomatura en Relaciones Laborales; Derecho de la Seguridad Social de segundo curso de la Diplomatura en Relaciones Laborales; Derecho del Trabajo II de tercer curso del Doble Grado en Derecho y Ciencias Políticas y de la Administración; Teoría de las Relaciones Laborales de primer curso del Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos).

Calificación de Excelente en el programa Docencia-A-UPO (convocatoria de 20 de diciembre de 2012). Mención de Excelencia Docente.

Publicadas tres monografías, así como numerosos artículos doctrinales y capítulos de libro, en los que se abordan cuestiones pertenecientes al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Especial mención merece el trabajo de investigación, realizado en el marco del Período de Investigación del Programa de Doctorado del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla: Riesgo durante el embarazo: causa de suspensión del contrato de trabajo y causa de despido nulo. Monografías de Temas Laborales, núm. 12, 2003. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

También destaca la tesis doctoral, dirigida por el Prof. Doctor D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel y titulada Hacia la desaparición del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social. Publicaciones del Consejo Económico y Social de Andalucía, 2008.

Participación en diversos contratos, convenios y proyectos de investigación. Destaca, por un lado, el Proyecto de Investigación, titulado "Balance de la aplicación de la Ley de Dependencia en España", que ha obtenido el premio de investigación del Consejo Económico y Social, Convocatoria 2008, y está dirigido por el Profesor Dr. D. Santiago González Ortega, Catedrático de la Universidad Pablo de Olavide. Y, por el otro, el Premio FIPROS (Fondo de Investigación de Protección Social del Ministerio de Empleo y Seguridad Social) 2010 y el Premio FIPROS 2012, dirigidos, ambos, por el Profesor Dr. D. Santiago González Ortega, Catedrático de la Universidad Pablo de Olavide.

Investigadora principal de una línea propia de investigación del IV Plan Propio de Investigación de la Universidad Pablo de Olavide. Proyecto titulado "Prestaciones familiares. Realidad española y análisis comparativo en la UE-15. Financiado por la Universidad Pablo de Olavide, 2015.





Ministerio Coordinador
de **Desarrollo Social**



EMBAJADA
DE ESPAÑA
EN ECUADOR



cooperación
española

ISBN: 978-9942-22-035-6



9 789942 220356