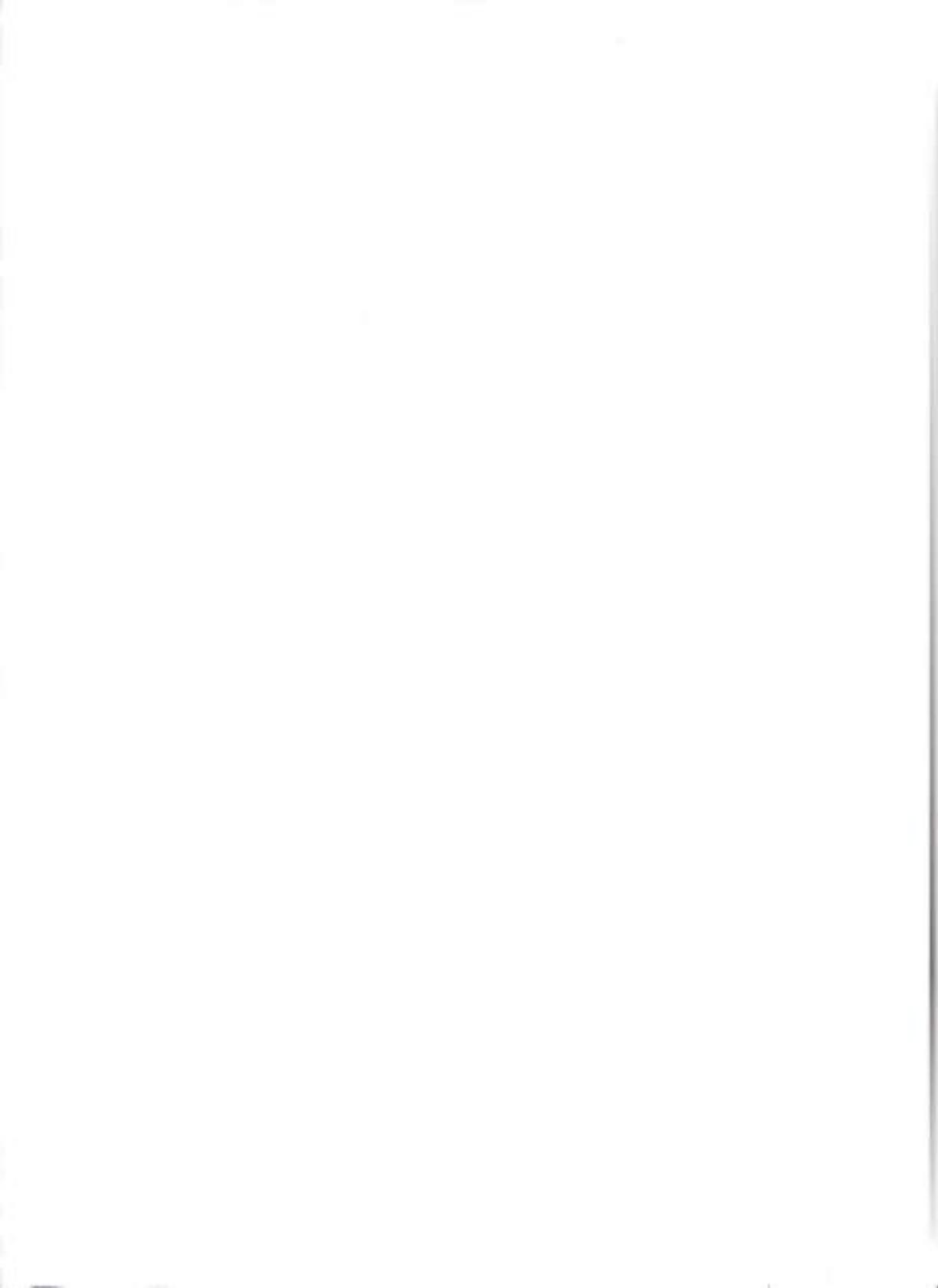


EL JUSTICIA DE ARAGÓN

6. El Testamento Mancomunado: estudio de documentos notariales aragoneses desde el siglo XVI hasta la actualidad.
Elena Bellud Ferrnández de Polanco
7. La Junta de Parientes en el Derecho Civil Aragonés.
Rafael Bernad Mauer
8. Los Antecedentes Históricos de la Justicia Constitucional en el Reino de Aragón.
José Iglesias Gómez
9. De la Protección de la Infancia a la Prevención de la Delinuencia.
María José Benítez Benítez
10. Pactos o Capitulaciones Matrimoniales en Derecho Internacional Privado.
María del Pilar Diego Diego
11. El Consorcio Foral. (Tras la reforma del Instituto por Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte).
Carmen Sánchez Friaa González
12. Historia del Reinado de Don Pedro III El Grande, de Aragón, y de los orígenes de la penetración aragonesa en Italia.
Manuel de Somo y Pineda
13. El Protonotario de Aragón, 1472-1707. La Cancillería aragonesa en la Edad Moderna.
Juan Francisco Buffar Rodríguez
14. Capitulaciones matrimoniales y firmas de dote en el Valle de Tena (1426-1803).
Manuel Gómez de Valenzuela
Ara I. Navarro Soto
15. El ciclo urbano del agua: abastecimiento, alcantarillado y depuración. tres responsabilidades municipales.
José Luis Calvo Moraleda
16. Comentario de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia en Aragón.
Gabriel García Cantero (Coordinador)
Carlos Martínez Corrada (Secretario)
17. Testamentos del Valle de Tena (1424-1730).
Manuel Gómez de Valenzuela
18. La responsabilidad penal del menor.
Carmen Samanes Ara (Coordinadora)
19. Capitulaciones matrimoniales y firmas de dote en el Alto Gállego (1428-1895).
Manuel Gómez de Valenzuela
20. Capitulaciones matrimoniales de Jara.
Manuel Gómez de Valenzuela





**LA REFORMA DE LA
SEGURIDAD SOCIAL POR LA
LEY 40/2007. INCIDENCIA DE LA
LEGISLACIÓN AUTONÓMICA EN
LA PENSIÓN DE VIUDEDAD DE
LAS PAREJAS DE HECHO**



Juan Molins García Atance

Doctor en Derecho. Magistrado especialista del orden social,
destinado en el Tribunal Superior de Justicia de Aragón

EL JUSTICIA DE ARAGÓN
Zaragoza, 2008

Título: La reforma de la Seguridad Social por la Ley 40/2007. Incidencia de la legislación autonómica en la pensión de viudedad de las parejas de hecho

Autor: Juan Molins García-Atance

Colección: El Justicia de Aragón

Edita: El Justicia de Aragón

D.L.: Z. 3596-08

I.S.B.N.: 978-84-895-10-98-2

Imprime: COMETA, S.A.

SUMARIO

PRÓLOGO	9
I. INCAPACIDAD TEMPORAL	14
1. Competencia del INSS para emitir altas y bajas médicas...	14
A) Reforma de la incapacidad temporal por las leyes 66/1997 y 30/2005.....	14
B) El Acuerdo de 13-7-2006.....	17
C) Reforma de la incapacidad temporal por la LMSS	17
a) Art. 128 de la LGSS	17
b) Art. 131.bis.1 de la LGSS.....	21
2. La desaparición de la denominada «incapacidad permanente provisional»	29
3. Incapacidad temporal y desempleo.....	30
II. INCAPACIDAD PERMANENTE	32
1. Periodo mínimo de cotización	32
2. Cuantía de la pensión de incapacidad permanente.....	35
3. Gran invalidez	38
III. JUBILACIÓN	41
1. Periodo mínimo de cotización	41
2. Reducción de la edad ordinaria de jubilación.....	45
3. Jubilación anticipada.....	46
4. Jubilación parcial	51
4.1. Jubilación parcial anticipada	52
A) Requisitos del jubilado parcial	52
B) Requisitos del trabajador relevista	55
a) Duración del contrato de relevo	55

b) Correlación entre el puesto de trabajo del jubilado y del relevista.....	56
4.2. Jubilación parcial no anticipada	60
5. Jubilación flexible.....	60
6. Prolongación de la vida laboral	61
IV. AUXILIO POR DEFUNCIÓN.....	62
V. VIUDEDAD	62
1. Introducción	62
2. La LMSS.....	67
2.1. Matrimonio no separado judicialmente	69
2.2. Separación judicial, divorcio o nulidad	72
A) Separación judicial y divorcio.....	72
B) Nulidad matrimonial.....	75
C) Eficacia temporal de esta modificación legal.....	75
2.3. Pareja de hecho.....	76
A) Requisitos comunes	78
a) Dependencia económica o situación de necesidad	78
a).1. Pensión de viudedad por dependencia económica	78
a).2. Pensión de viudedad por situación de necesidad.....	82
b) Convivencia con el causante	83
b).1. Convivencia estable y notoria	83
b).2. De cinco años ininterrumpidos	83
b).3. Acreditada mediante certificado de empadronamiento	84
B) Régimen general.....	85
a) Existencia de pareja de hecho	85
b) Acreditación de la pareja de hecho	86
C) Comunidades autónomas con Derecho Civil propio	90
a) Ámbito territorial	90
b) Conflictos de leyes internas	95
D) Concurrencia de parejas de hecho	104

E) Comunidad Autónoma de Aragón.....	105
F) «Pensión de viudedad en supuestos especiales»	107
2.4. Extinción de la pensión de viudedad	110
A) Ley Orgánica de Violencia de Género.....	112
VI. ORFANDAD.....	114
1. Ley de Violencia de Género	117
ANEXOS.....	119



PRÓLOGO

En esta obra, incluida en la colección editorial «el Justicia de Aragón», se realiza un estudio riguroso de la reforma de la Seguridad Social llevada a cabo mediante la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. Su particularidad radica en que confluye en su contenido el análisis de dos áreas del derecho bien diferenciadas, cuales son el Derecho laboral y el Derecho civil propio de Aragón.

En efecto, en las páginas de este libro se van a ir analizando de forma sucesiva las variaciones que la reforma ha introducido en relación a diversas prestaciones comprendidas en la acción protectora de la Seguridad Social, haciendo referencia al subsidio por incapacidad temporal, las pensiones de incapacidad permanente y jubilación, así como las prestaciones por fallecimiento (auxilio por defunción, viudedad y orfandad). Es en el ámbito de estas últimas y, en particular, al analizar la regulación de la pensión de viudedad, donde la obra aborda de forma minuciosa la ampliación del ámbito subjetivo de la pensión de viudedad, que ahora se extiende a los supuestos de pareja de hecho si concurren una serie de circunstancias.

Como quiera que la Ley 40/2007 remite la consideración y acreditación del concepto de la «pareja de hecho» a la legislación específica de las Comunidades Autónomas que tengan Dere-

cho civil propio, como es el caso de Aragón, el autor centra su estudio en las consecuencias que de esta previsión se derivan, mostrando cómo la falta de uniformidad en las distintas Comunidades Autónomas, en cuanto al concepto de pareja de hecho, va a suponer la coexistencia de regímenes de pensión de viudedad diferentes, con un ámbito subjetivo distinto en función de la legislación autonómica aplicable. Se analizan distintos aspectos que pueden derivarse de esta nueva regulación, como son los conflictos de leyes internos cuando, v.gr., los miembros de la pareja poseen vecindades civiles diferentes. También se examina específicamente el ámbito subjetivo de la pensión de viudedad en nuestra Comunidad Autónoma, atendiendo al régimen en ella vigente para definir la existencia o no de una pareja de hecho.

Este libro es una herramienta útil para conocer las novedades que ha introducido esta importante reforma de la Seguridad Social, analizando distintas cuestiones que pueden plantearse en la aplicación de la normativa ahora vigente. A partir de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, aunque se han subsanado algunas deficiencias que planteaba la regulación anterior, van a seguir subsistiendo y apareciendo ciertos problemas que en esta obra se apuntan y se irán poniendo de manifiesto en el curso de la aplicación de la norma.

Creo que la lectura de la obra resultará de interés, no solamente a aplicadores y estudiosos del derecho en sus ramas laboral o civil, sino también a cualquier lector ávido de conocer cuál es la acción protectora de la Seguridad Social en determinadas circunstancias de hecho cotidianas, o que tenga curiosidad por saber en qué condiciones es posible acceder a aquellas prestaciones de Seguridad Social, previstas para dar amparo a situaciones de necesidad, que puedan plantearse en el contexto de la sociedad actual. Se trata de un estudio serio y completo que va desgranando los aspectos esenciales de la reforma de la Seguridad

PRÓLOGO

Social aprobada en la Ley 40/2007 y que, sin duda, va a acercarnos a una realidad normativa cuyo análisis resultaría mucho más complejo sin contar con el esfuerzo que el autor ya ha realizado para elaborar esta obra.

MERCEDES TERRER BAQUERO,
ASESORA JEFE DEL JUSTICIA DE ARAGÓN

El sistema de Seguridad Social ha sido objeto de continuas reformas¹. Como hitos en este proceso reformador puede mencionarse el Pacto de Toledo de 30-3-1995, su renovación parlamentaria el 2-10-2003, los Acuerdos Sociales de 9-10-1996, 13-11-1998, 2000 y 9-4-2001, que dieron lugar a la Ley 24/1997, el Real Decreto-ley 15/1998 y la Ley 35/2002 y el Acuerdo Social de 13-7-2006². Este último, suscrito por el Gobierno, UGT, CC.OO., CEOE y CEPYME, propugnaba la necesidad de incorporar los ajustes que permitan afrontar los retos derivados del envejecimiento de la población³. Su plasmación legislativa se ha llevado a cabo mediante esta Ley 40/2007, de 4-12, de medidas en materia de Seguridad Social (LMSS). Se ha afirmado que se trata de una norma con una deficiente técnica legislativa, debido a la búsqueda del consenso

1 En relación con los antecedentes de la LMSS, véase GALIANA MORENO, J. M.: «Antecedentes y contenido general de la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social», en CAVAS MARTÍNEZ, F. (director): *La reforma de la Seguridad Social de 2007*, Ediciones Laborum, págs. 17 y ss.

2 En cuanto a este Acuerdo de 13-7-2006, véase DESDENTADO BONETE, A.: «La reforma de la Seguridad Social en 2006. Algunas reflexiones sobre el Acuerdo de 13.7.2006 (I)», *Social Mes a Mes*, nº 127, 2007; SEGOVIANO ASTABURUAGA, M. L.: «El Acuerdo de 13-7-2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social (II). Reformas normativas relativas a jubilación parcial y anticipada», *Social Mes a Mes*, nº 127, 2007; GARCÍA NINET, L.: «Acerca de lo que pretende el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social», *Tribuna Social*, nº 187, 2006; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «El acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social», *Temas Laborales*, nº 86, 2006; PANIZO ROBLES, J. A.: «El acuerdo sobre medidas de Seguridad Social (Comentario de urgencia)», *Tribuna Social*, nº 190 y 191, 2006 y «Un nuevo paso en la Seguridad Social consensuada: El Acuerdo sobre Seguridad Social de 13 de julio de 2006», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Estudios Financieros*, nº 281-282, 2006, y PUEBLA PINILLA, A. y PÉREZ YÁNEZ, R.: «El Acuerdo de 13 de julio de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social. Un nuevo paso en el Diálogo Social», *Actualidad Laboral*, nº 18, octubre 2006.

3 Como antecedentes de este Acuerdo de 13-7-2006, véase BLASCO LAHOZ, J. F. y PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J.: *La última reforma de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 11 a 17.

social, con la consecuencia de que los defectos normativos se solventarán, en último término, por los tribunales⁴.

I. INCAPACIDAD TEMPORAL

Se trata de una de las prestaciones de la Seguridad Social que en las dos últimas décadas ha sido objeto de mayores medidas de reforma⁵. Ello se debe a que, desde principios de la década de los 90, ha experimentado crecimientos espectaculares, que han motivado sucesivas reformas que han intentado limitar el gasto⁶.

1. COMPETENCIA DEL INSS PARA EMITIR ALTAS Y BAJAS MÉDICAS

A) Reforma de la incapacidad temporal por las leyes 66/1997 y 30/2005

La Ley 66/1997, de 30-12, añadió un segundo párrafo al art. 131 bis.1 de la LGSS, con el contenido siguiente: «*Sin perjuicio de las competencias que correspondan a los Servicios Públicos de Salud,*

4 MARTÍNEZ LUCAS, J. A.: «Las nuevas medidas en materia de Seguridad Social introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre», *AL*, n° 5, 2008, pág. 542.

5 PANIZO ROBLES, J. A.: «La reforma de la Seguridad Social (Comentarios a la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social)», *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 298, 2008, pág. 9.

6 La evolución del gasto de incapacidad temporal en millones de euros ha sido el siguiente:

Ejercicio	Absoluto	Incremento %	Ejercicio	Absoluto	Incremento %
1991	3.017,02	21,31	2000	3.784,36	13,52
1992	3.396,58	12,58	2001	4.278,29	13,05
1993	3.349,07	-1,40	2002	4.754,48	11,13
1994	3.374,68	0,76	2003	5.154,21	8,41
1995	3.375,93	0,04	2004	5.830,18	13,11
1996	3.513,85	-4,09	2005	6.406,70	9,88
1997	3.316,70	-5,61	2006	6.655,68	3,89
1998	3.163,26	-4,63	2007	7.312,77	9,87
1999	3.333,63	5,39			

Fuente: PANIZO ROBLES, J. A.: «La reforma de la Seguridad Social...», *ob. cit.*, págs. 9 y 10, nota 13.

los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social podrán expedir el correspondiente alta médica en el proceso de incapacidad temporal, a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad Social y en los términos que reglamentariamente se establezcan». Esta discrepancia de diagnóstico entre los facultativos de los Servicios Públicos de Salud y los del INSS, podía producir situaciones de indefensión de los trabajadores.

La Ley 30/2005, de 29-12, modificó el art. 128.1.a) de la LGSS, estableciendo que una vez agotado el plazo de duración de 12 meses de esta prestación, el INSS (o el Instituto Social de la Marina, en su ámbito competencial), a través del EVI, era el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de seis meses más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal. En tal caso, el INSS era el único competente para determinar si una nueva baja médica tenía o no efectos económicos cuando aquélla se producía en un plazo de seis meses posterior a la antes citada alta médica por la misma o similar patología. Asimismo reformó el art. 131.bis.2 de la LGSS, estableciendo que cuando el subsidio por incapacidad temporal se extingue por el transcurso del plazo máximo y el trabajador es dado de alta médica sin declaración de incapacidad permanente, solo puede generarse un nuevo proceso de incapacidad temporal por la misma o similar patología cuando se acredite que desde el alta médica ha mediado un periodo de actividad laboral superior a seis meses o cuando el INSS, a través de los EVI, emita la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal.

Ello suponía que la baja únicamente afectaba al subsidio económico por incapacidad temporal, sin que la actuación del INSS alterase la competencia de los Servicios Públicos de Salud en el ámbito de la asistencia sanitaria del trabajador, ni afectase a los

ámbitos laborales derivados de la situación de incapacidad temporal. Es decir, el alta médica del INSS no extinguía la situación de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal, sino solamente el subsidio económico por incapacidad temporal⁷. Se trataba de una medida dirigida a combatir el fraude en la prestación de incapacidad temporal.

Las «Instrucciones de procedimiento en orden a la aplicación de lo previsto en la LGSS, art. 128 y 131 bis, conforme a la nueva redacción dada por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2006, disposición adicional cuadragésima octava», de 21-3-2006, en su redacción original, explicaban que el control de las situaciones de incapacidad temporal a partir del cumplimiento de 12 meses corresponde en exclusiva al INSS (o al Instituto Social de la Marina), pudiendo emitir alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal *«sin perjuicio de que el trabajador continúe recibiendo tratamiento médico y de que el Servicio Público de Salud siga expidiéndole partes de confirmación, a efectos de justificar la ausencia al trabajo»*.

La propia Entidad Gestora asumía la fractura entre la situación de incapacidad temporal como causa de suspensión del contrato de trabajo *ex art. 45.1.c)* del ET y la prestación económica por incapacidad temporal *ex art. 129* y concordantes de la LGSS.

Si el facultativo del Servicio Público de Salud emitía una nueva baja médica en tales casos, denegada por el INSS, existían dos opiniones contrapuestas respecto de la capacidad del trabajador de reincorporarse al trabajo, sin que éste percibiese salario, ni la prestación económica por incapacidad temporal sustitutoria de las rentas salariales dejadas de percibir. Es decir, la baja médica del Servicio Público de Salud operaba como causa de suspensión

7 SALA FRANCO, T. en SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M. y LÓPEZ TERRADA, E.: *La Ley de medidas en materia de Seguridad Social de 2007*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 27.

del contrato de trabajo, evitando que se pudiera despedir al trabajador por inasistencia al trabajo. Pero el trabajador no percibía la prestación económica por incapacidad temporal.

Es cierto que un trabajador contratado por una empresa puede estar de baja médica sin percibir el subsidio por incapacidad temporal, por ejemplo porque ésta deriva de enfermedad común y no reúne el periodo mínimo de cotización exigido por el art. 130 de la LGSS, pero se trata de un supuesto de incumplimiento de un requisito de la prestación. En caso de discordancia entre el Servicio Público de Salud y el INSS, existe una discrepancia en cuanto a si el trabajador está médicamente incapacitado para trabajar. La solución del ordenamiento consistía en aceptar la baja a efectos laborales pero no a efectos de Seguridad Social, lo que no puede sino reputarse anómalo, y producía una situación de desprotección del trabajador.

B) El Acuerdo de 13-7-2006

El Acuerdo de 13-7-2006, en el ámbito de la incapacidad temporal, adoptó la siguiente medida: *«Se procederá al análisis de la regulación jurídica de la prestación de incapacidad temporal, así como de sus modalidades de gestión, con la finalidad de definir con mayor precisión las funciones de los Servicios de Salud y de las Entidades que gestionen la prestación económica respecto de los procesos de incapacidad, a fin de evitar que, debido a diagnósticos diferentes de unos y otras, puedan producirse situaciones de desprotección de los trabajadores».*

C) Reforma de la incapacidad temporal por la LMSS

a) Art. 128 de la LGSS

Con el fin de evitar la citada discrepancia entre el Servicio Público de Salud y el INSS, la LMSS vuelve a modificar el art. 128 de la LGSS. Como explica el preámbulo de esta norma legal,

el objetivo de esta reforma consiste en coordinar las actuaciones de los Servicios de Salud y del INSS, evitando la inseguridad jurídica que provoca la disparidad de diagnósticos de una y otra. La norma establece un procedimiento específico, que se ha denominado «procedimiento de disconformidad»⁸, el cual, aunque no priva a la Entidad Gestora de la decisión última en relación con la prestación económica de incapacidad temporal, le permite reconsiderar su decisión si así lo estima la inspección médica del servicio de salud que, a instancias del trabajador, debe efectuar una propuesta fundamentada. El INSS, a la vista de esta propuesta, debe pronunciarse nuevamente, con carácter definitivo, reconociendo la prórroga de la situación de incapacidad temporal o confirmando el alta médica, que no se limita al ámbito estricto de las prestaciones económicas sino que se extiende a los aspectos laborales, eliminando la anomalía consistente en la situación de un trabajador de baja por el Servicio Público de Salud y de alta por el INSS, sin percibir ni salario, ni subsidio por incapacidad temporal, garantizando en todo caso la protección del interesado hasta la resolución administrativa que culmina el procedimiento.

Por tanto, el alta médica expedida por el INSS no se limita al subsidio económico por incapacidad temporal sino que afecta al ámbito laboral, debiendo reincorporarse el trabajador a su trabajo. Para ello se instaura el procedimiento siguiente⁹. Si el trabajador está de acuerdo con el alta médica del INSS, ésta despliega sus efectos laborales y de Seguridad Social. Si no está de acuerdo, en el plazo de cuatro días naturales a contar desde la

⁸ BLASCO LAHOZ, J. F. y PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J.: *La última reforma...*, ob. cit., pág. 27.

⁹ BLASCO LAHOZ, J. F. y PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J.: *La última reforma...*, ob. cit., págs. 33, cuestionan que sea la ley la que concrete todos los aspectos de esta regulación, distorsionando el esquema conceptual de lo que debe ser previsión legal y su desarrollo reglamentario.

recepción de la notificación por el beneficiario¹⁰, debe manifestar su disconformidad ante la Inspección Médica u órgano equivalente del Servicio Público de Salud. La Inspección Médica puede 1) confirmar el alta médica, dentro de los 11 días naturales siguientes a la fecha de expedición de la resolución; 2) no emitir pronunciamiento alguno en dicho plazo, en cuyo caso la resolución del INSS adquiere plenos efectos; y 3) discrepar de la Entidad Gestora, proponiendo la reconsideración de su decisión en el plazo de siete días naturales siguientes al plazo que tiene el trabajador para manifestar su disconformidad, especificando las razones y fundamento de su discrepancia. En tal caso, el INSS debe pronunciarse de forma expresa dentro de los siete días naturales siguientes, notificando la resolución al interesado. Si el INSS reconsidera el alta médica, se prorroga la prestación de incapacidad temporal. Si no, solo se prorroga hasta la fecha de la última resolución. En cualquier caso, durante el periodo de tiempo transcurrido entre la fecha del alta médica y aquella en que adquiera plenos efectos, se considera prorrogada la situación de incapacidad temporal.

La disposición final 4ª de la LMSS establece que la Secretaría de Estado de la Seguridad Social determinará la fecha a partir de la cual el INSS asuma estas nuevas funciones.

Las «Instrucciones de procedimiento en orden a la aplicación de lo previsto en el art. 128.1 del Texto Refundido de la LGSS, en su redacción dada por la Ley 40/2007, de 4-12 de medidas en materia de Seguridad Social (BOE del día 5-12)», de 27-12-2007, explican que si el Servicio Público de Salud emite una nueva baja médica sin haber transcurrido seis meses desde la emisión del alta médica por el INSS (o el Instituto Social de la Marina) como

10 Las «Instrucciones de procedimiento en orden a la aplicación de lo previsto en el art. 128.1 del Texto Refundido de la LGSS, en su redacción dada por la Ley 40/2007, de 4-12 de medidas en materia de Seguridad Social (BOE del día 5-12)», de 27-12-2007, explican que este plazo de 4 días naturales debe contarse desde la recepción de la notificación.

consecuencia de la competencia establecida en el art. 128.1.a) de la LGSS (cuando emitió el alta médica una vez agotado el plazo de 12 meses de incapacidad temporal), se citará inmediatamente al trabajador a reconocimiento médico, a fin de determinar si la baja es por la misma o similar patología.

1) Si la nueva baja es por la misma o similar patología, el facultativo del INSS, previo reconocimiento del trabajador puede concluir:

a) Que el trabajador está capacitado para trabajar, en cuyo caso le comunicará que la baja expedida por el Servicio Público de Salud es nula y no tiene efecto alguno, sin necesidad de intervención del EVI.

b) Que el trabajador no está capacitado para trabajar, en cuyo caso el facultativo debe emitir el Informe Médico de Evaluación de la Incapacidad Temporal, elevándolo al EVI, quien debe proponer al Director Provincial del INSS, la prórroga expresa de la incapacidad temporal, o la iniciación de expediente de incapacidad permanente.

2) Si la baja es por distinta patología, el facultativo del INSS comunicará verbalmente al trabajador que la baja expedida por el Servicio Público de Salud tiene plenos efectos, ya que se debe a patología distinta de la que originó la resolución del INSS emitiendo el alta médica. En consecuencia, se inicia un nuevo proceso de incapacidad temporal.

Estas Instrucciones de 27-12-2007 también prevén la posibilidad de que el trabajador no acuda ante el Servicio Público de Salud sino ante el INSS, solicitando la baja médica, en cuyo caso se practicará, con la mayor inmediatez, un reconocimiento médico, en virtud del cual se denegará la baja médica (si está capacitado para trabajar), se prorrogará el proceso de incapacidad temporal o se iniciará un expediente de incapacidad permanente (si no está capacitado para trabajar).

En cualquier caso, el trabajador no queda desprotegido porque si no está capacitado para trabajar, tendrá derecho no solo a la suspensión del contrato de trabajo sino al percibo de la correspondiente prestación de Seguridad Social. Y si el INSS deniega la baja médica, el trabajador podrá impugnar su resolución en sede judicial. Si el órgano judicial llega a la conclusión de que el trabajador no está capacitado para trabajar, deberá reconocerle el derecho al percibo de la correspondiente prestación.

b) Art. 131.bis.1 de la LGSS

Sin embargo, la LMSS no reformó en idéntico sentido el art. 131.bis.1 de la LGSS, cuyo párrafo segundo establece que cuando *«el derecho al subsidio se extinga por el transcurso del plazo máximo establecido en el apartado a) del número 1 del artículo 128 y el trabajador hubiese sido dado de alta médica sin declaración de incapacidad permanente, sólo podrá generarse un nuevo proceso de incapacidad temporal por la misma o similar patología si media un período de actividad laboral superior a seis meses o si el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, emite la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica incapacidad temporal»*.

La comparación entre el art. 128.1.a) y el art. 131.bis.1 de la LGSS obliga a diferenciar los supuestos siguientes.

a) Cuando se ha agotado el plazo de 12 meses. En tal caso el INSS (o el Instituto Social de la Marina) es el único competente para 1) prorrogar la prestación de incapacidad temporal seis meses más, 2) iniciar un expediente de incapacidad permanente, o 3) emitir el alta médica.

En este supuesto, el INSS es el único competente para emitir una nueva baja médica en un plazo de seis meses posterior a la citada alta médica, por la misma o similar patología.

b) Si se ha agotado el plazo máximo de 18 meses, sin declaración de incapacidad permanente, subsiste la posibilidad de discordancia entre el INSS y el Servicio Público de Salud, de forma que éste puede conceder la baja médica pero aquél denegarla, en cuyo caso el trabajador no estaría trabajando pero tampoco percibiría el subsidio por incapacidad temporal.

Las citadas «Instrucciones de procedimiento en orden a la aplicación de lo previsto en el art. 128.1 del Texto Refundido de la LGSS, en su redacción dada por la Ley 40/2007, de 4-12 de medidas en materia de Seguridad Social (BOE del día 5-12)», de 27-12-2007, explican que si el Servicio Público de Salud expide nueva baja médica dentro de los seis meses siguientes al agotamiento del periodo máximo de 18 meses de incapacidad temporal, se citará al trabajador, con la mayor inmediatez, a reconocimiento médico. El facultativo del INSS debe valorar si se trata de la misma o similar patología.

1) Si se trata de la misma o similar patología, el facultativo del INSS se lo comunicará directamente al trabajador, haciéndolo constar en el Informe Médico de Evaluación de la Incapacidad Temporal, emitiendo el Director Provincial del INSS, sin necesidad de intervenir el EVI, una resolución denegando la efectividad económica de la nueva baja.

2) Si, a juicio del facultativo del INSS, la patología fuese distinta, se hará constar igualmente en el Informe Médico de Evaluación de la Incapacidad Temporal, emitiendo directamente la Unidad Administrativa las comunicaciones, firmadas por el Director Provincial, de la efectividad económica de la baja emitida por el Servicio Público de Salud.

Estas Instrucciones de 27-12-2007 asimismo prevén la posibilidad de que el Servicio Público de Salud no expida una nueva baja y el trabajador la solicite ante la Dirección Provincial del INSS, estableciendo una regulación análoga, en función de que se trate de la misma o similar patología.

A nuestro juicio, estas Instrucciones del INSS vulneran la regulación legal de la prestación de incapacidad temporal. La LGSS no establece que automáticamente, por el mero hecho de que la baja médica durante los seis meses posteriores al agotamiento del plazo máximo de 18 meses de un previo proceso de incapacidad temporal, se deba a la misma o similar patología que ésta, deba denegarse la prestación. Lo que el art. 131.bis.1, párrafo 2º, de la LGSS establece es que, en tal caso, *«sólo podrá generarse un nuevo proceso de incapacidad temporal (...) si el INSS (...) emite la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica incapacidad temporal»*. Por tanto, la norma legal prevé que el INSS puede emitir la baja a efectos de la prestación económica por incapacidad temporal. En cambio, las Instrucciones del INSS de 27-12-2007 establecen que, por el mero hecho de que se trate de la misma o similar patología, debe denegarse la baja.

La LGSS no precisa cuál es el criterio que debe seguir el INSS para emitir la baja a los exclusivos efectos de la prestación por incapacidad temporal en estos casos. Pero es importante indicar que, aunque haya transcurrido el plazo máximo de incapacidad temporal y se haya denegado la prestación de incapacidad permanente, lo que supone que, en el expediente de incapacidad permanente anterior, intervino el EVI, valorando las secuelas del trabajador, la pensión de incapacidad permanente total supone un juicio de comparación entre 1) las reducciones anatómicas o funcionales graves y previsiblemente definitivas (art. 136 de la LGSS) y 2) la profesión habitual del trabajador, no necesariamente coincidente con un concreto puesto de trabajo (sentencias del TS de 17-1-1989 y 23-2-2006, recurso 5135/2004).

En cambio, la prestación de incapacidad temporal, 1) no hace referencia a que el trabajador presente dolencias previsiblemente definitivas, sino que se devenga cuando se encuentra en una fase aguda de una enfermedad, aunque no sea definitiva. Y 2) no se refiere a una profesión habitual sino que el art.

128.1.a) de la LGSS menciona que el beneficiario «*esté impedido para el trabajo*».

Se trata de términos de comparación distintos, que no excluyen que, aunque se haya denegado la pensión de incapacidad permanente porque el trabajador no presenta secuelas que le impidan realizar todas o las fundamentales tareas de su profesión habitual (si se trata de una incapacidad permanente total), con posterioridad a la extinción de este proceso de incapacidad temporal anterior, se acredite que este trabajador presenta una fase aguda de la misma enfermedad que le impide desarrollar su concreto trabajo. Se trataría de un supuesto subsumible en el art. 131.bis.1 de la LGSS, que permite que el INSS emita la baja a estos efectos, evitando la desprotección del trabajador, que pugnaría con los principios que inspiran la Seguridad Social, *ex art.* 41 de la CE.

Tanto el art. 128.1.a) como el art. 131.bis.1 de la LGSS, únicamente modifican la competencia para emitir la baja médica, no los requisitos de la prestación de incapacidad temporal. En virtud de lo dispuesto en los citados preceptos legales, el INSS (o, en su caso, el Instituto Social de la Marina) será competente para emitir una nueva baja médica por la misma o similar patología en el plazo de seis meses posterior a un proceso de incapacidad temporal que tuvo una duración superior a los 12 meses. Ello supone que la competencia para emitir los partes de baja médica con efectos económicos deja de estar atribuida, en estos casos, al Servicio Público de Salud, y pasa a atribuirse al INSS. Pero los requisitos de la prestación de incapacidad temporal siguen siendo los mismos *ex art.* 128.1.a) de la LGSS: asistencia sanitaria e impedimento para el trabajo. Si concurren estos requisitos, deberá reconocerse el subsidio económico por incapacidad temporal.

Ninguno de los citados preceptos prohíbe expresamente que, tras finalizar un proceso de incapacidad temporal, el trabajador pueda iniciar un proceso de incapacidad temporal distinto, aun-

que la dolencia sea la misma. Si tanto el art. 128.1.a) como el 131.bis.1 de la LGSS expresamente prevén que el INSS emita dicha baja, están admitiendo esta concatenación de procesos de incapacidad temporal. La garantía que impone el legislador, para evitar fraudes, es de naturaleza competencial: no basta con el mero parte médico de baja del facultativo de cabecera. Es el INSS quien debe cursar estas bajas médicas. Pero la Entidad Gestora puede y debe cursar estas bajas cuando concurren los requisitos legales.

Así, puede suceder que un trabajador padezca una dolencia (por ejemplo, una lumbalgia) que, a juicio del INSS, no es tributaria de una incapacidad permanente total para su profesión habitual, agotando el plazo de 18 meses de incapacidad temporal debida a esta lumbalgia, siendo dado de alta médica sin incapacidad permanente. Pero dentro del plazo de seis meses posterior a dicha alta médica, que es un plazo relativamente prolongado, puede ocurrir que dicho trabajador presente una fase aguda de dicha dolencia que le impide trabajar. Incluso puede suceder que se practique una intervención quirúrgica (en el ejemplo citado: una intervención quirúrgica en su columna vertebral para intentar paliar su lumbalgia), que conlleva ingreso hospitalario. Conforme a la tesis mecanicista del INSS, al tratarse de la misma dolencia que el primer proceso de incapacidad temporal (lumbalgia en ambos casos) y no haber transcurrido seis meses desde el alta médica hasta la nueva baja médica, debería denegarse la efectividad económica de la nueva baja. En tal caso, nos encontraríamos con un trabajador ingresado en el hospital que no está percibiendo salario, ni la prestación económica de incapacidad temporal sustitutoria (parcial) del salario dejado de percibir.

Sin necesidad de que exista intervención quirúrgica con ingreso hospitalario, el hecho de que las secuelas del trabajador no sean tributarias de una incapacidad permanente no excluye que posteriormente se produzcan fases agudas de sus dolencias

que sí que son tributarias de una incapacidad temporal. Incluso se utiliza, en algunas resoluciones judiciales, como argumento denegatorio de la demanda de incapacidad permanente, el relativo a que las dolencias definitivas del trabajador no son lo suficientemente graves como para declararle en situación de incapacidad permanente total, sin perjuicio de que, si en el futuro se produce una fase aguda de sus dolencias, se le reconozcan las correspondientes prestaciones de incapacidad temporal. En tales casos, el propio juez argumenta que no procede reconocer una incapacidad permanente en este momento, dejando abierta la puerta a que en el futuro, cuando el trabajador se encuentre en un proceso agudo, disfrute de la protección de la incapacidad temporal¹¹. Resultaría contradictorio sustentar estos argumentos para denegar la pensión de incapacidad permanente, y sin embargo denegar la prestación de incapacidad temporal posterior porque, aunque se trate de una fase aguda de la dolencia, no han transcurrido seis meses desde el alta médica anterior.

El art. 131.bis.1, párrafo 2º de la LGSS, puede ocasionar una anomalía jurídica: que el trabajador esté y no esté de baja médica a la vez. Está de baja médica a efectos de la suspensión del contrato de trabajo (en virtud de la baja médica extendida por el Servicio Público de Salud), pero no lo está a efectos del percibo de la prestación económica de Seguridad Social (porque el INSS no emite la baja médica). No es dable, a estos efectos, escindir el Derecho del trabajo y el Derecho de la Seguridad Social porque cuando el art. 45.1.c) del ET considera como causa de suspensión del contrato de trabajo la incapacidad temporal, se está remitiendo

11 Por todas, la sentencia del TSJ de Murcia nº 1631/1998, de 29-12, desestimó la pretensión del actor de que se le declarase en situación de incapacidad permanente absoluta y subsidiariamente total, argumentando que se trataba «de una patología osteoarticular de curso crónico que en períodos de reagudización precisará acudir a procesos de incapacidad temporal, tal como se razona en sentencia, y prueba de ello es que a la fecha del reconocimiento por el EVI el actor estaba de baja médica por algías en rodillas».

a la normativa de la Seguridad Social que regula esta prestación. Por ello, el citado art. 131.bis.1, párrafo 2º de la LGSS, debe ser objeto de interpretación estricta y no extensiva.

En cualquier caso, se trata de un precepto que admite expresamente que el INSS emita la correspondiente baja médica. El hecho de que en los seis meses anteriores se haya denegado una incapacidad permanente, agotando el plazo de 18 meses de un proceso de incapacidad temporal, no excluye de plano un nuevo proceso de incapacidad temporal por la misma o nueva patología si, con independencia de las secuelas de fondo del trabajador, se acredita que se ha producido una fase aguda de sus dolencias que efectivamente precisa asistencia sanitaria y le impide temporalmente trabajar, en cuyo caso concurren los requisitos de la prestación de incapacidad temporal y deberá reconocerse el correspondiente subsidio económico.

El problema de fondo, que ha motivado las sucesivas reformas de la prestación de incapacidad temporal, con el objetivo de intentar atajar el fraude, las cuales han supuesto una progresiva disminución del ámbito de protección, radica en que el acto esencial para el reconocimiento de esta prestación está atribuido, como regla general, a una persona (el médico de atención primaria) que en muchos casos se considera ajena a la gestión económica de prestaciones de Seguridad Social. En efecto, el procedimiento de reconocimiento del subsidio por incapacidad temporal derivado de contingencia común se inicia cuando el trabajador acude al médico de atención primaria del Servicio Público de Salud. Éste debe efectuar un reconocimiento médico del trabajador y solicitar del paciente los datos que contribuyan a precisar la patología objeto de diagnóstico (art. 1.2 del Real Decreto 575/1997). Este diagnóstico médico cumple dos funciones muy distintas. Por un lado, sirve para establecer el tratamiento médico necesario para que el paciente recupere su salud. Pero además se exige al facultativo de atención primaria que efectúe una valoración de carác-

ter clínico-legal: si la alteración de la salud impide al trabajador desarrollar su actividad laboral¹².

Ello supone que se atribuye a los médicos de atención primaria una función de asistencia sanitaria pero también otra de colaboración en la gestión de las prestaciones económicas de la Seguridad Social. Es un médico pero también es un importante colaborador en la gestión de prestaciones de la Seguridad Social. El problema radica en que no solo son dos funciones distintas sino que, en buena medida, también son incompatibles. 1) Un médico tiene que velar por la salud de su paciente. Y para poder desarrollar esta tarea es preciso que exista una relación de confianza médico-paciente. 2) En cambio, como colaborador en el reconocimiento y denegación de determinadas prestaciones económicas de la Seguridad Social, puede verse obligado a enfrentarse a su paciente. Puede ocurrir que éste exija al médico de atención primaria que expida un parte médico de baja o de confirmación y el facultativo considere que sus dolencias no lo justifican, produciéndose un conflicto que puede perjudicar la relación médico-paciente. Y la información de interés médico que el paciente transmite al facultativo de atención primaria puede estar sesgada por el objetivo del beneficiario de que el médico emita un parte de baja o no expida un alta médica. La función de gestión perturba y puede perjudicar la función médica.

Por tanto, se ha atribuido un acto esencial del procedimiento de reconocimiento del subsidio por incapacidad temporal derivado de contingencias comunes a unas personas (los médicos de atención primaria) que realizan una función (la asistencia sanitaria) distinta y en buena medida incompatible con la de colaborar en el reconocimiento de estas prestaciones. Así, parte de la doctrina científica se ha referido a la irresponsabilidad de los médi-

12 SEMPERE NAVARRO, A. V. y TORTUERO PLAZA, J. L.: «Dos apuntes sobre las Mutuas patronales y su gestión de la incapacidad temporal», *Foro de Seguridad Social*, nº 12/13, págs. 137 y 138.

cos de los Servicios Públicos de Salud al emitir los partes de baja, mencionando un estudio que efectuó la Subdirección de Inspección del INSALUD en dos provincias (Murcia y Toledo), que sostenía que un 21% de los facultativos de los centros de Atención Primaria del INSALUD eran hiper o hipoprescriptores de bajas laborales¹³.

2. LA DESAPARICIÓN DE LA DENOMINADA «INCAPACIDAD PERMANENTE PROVISIONAL»

La LMSS reforma el apartado 2 del artículo 131.bis de la LGSS, estableciendo que cuando la situación de incapacidad temporal se extinga por el transcurso del plazo de 18 meses, en el plazo máximo de tres meses se examinará el estado del incapacitado a efectos de su calificación en el grado de incapacidad permanente que corresponda. No obstante, cuando continúe la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, y la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación, ésta podrá retrasarse hasta un máximo de 24 meses siguientes a la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal, sin que exista obligación de cotizar.

Ello supone la desaparición de la denominada «incapacidad permanente provisional», instaurada por la Ley 30/2005, de 29-12, volviendo a la situación anterior: la demora en la calificación no supone el reconocimiento de una incapacidad permanente revisable sino de una prórroga de la prestación de incapacidad temporal.

13 MÉJICA, J.: *Derecho sanitario de la incapacidad temporal*, Comares, Granada, 1998, págs. 37, 64 y 65. Este autor, *ibidem*, pág. 71, se refiere a la práctica de expedir partes médicos de baja sin reconocimiento y la existencia de situaciones casi coactivas de los beneficiarios sobre el médico de la Seguridad Social para extender las confirmaciones de la enfermedad.

Por tanto, la duración de los procesos de incapacidad temporal será la siguiente¹⁴:

1) Duración *ordinaria*: hasta 12 meses.

2) Prórroga por el INSS hasta 18 meses cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación.

3) Efectos económicos de la prestación de incapacidad temporal de los 18 a los 21 meses, periodo en el que se debe examinar el estado del incapacitado a efectos de su calificación en el grado de incapacidad permanente que corresponda.

4) Efectos económicos de la prestación de incapacidad temporal hasta los 24 meses, si continúa la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, y la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación.

Esta última prolongación de los efectos económicos de la incapacidad temporal está condicionada a la expectativa de mejora sanitaria con vistas a la reincorporación laboral. No basta con que el trabajador continúe en tratamiento médico, sin que sus dolencias se hayan estabilizado, para acceder a esta prolongación de efectos económicos hasta los 24 meses.

3. INCAPACIDAD TEMPORAL Y DESEMPLEO

La LMSS modifica el art. 222 de la LGSS. 1) Si se extingue el contrato de trabajo durante un proceso de incapacidad temporal de etiología profesional, el trabajador permanece en situación de incapacidad temporal hasta su finalización, sin que la extinción de la relación laboral afecte a la cuantía de la prestación. Poste-

14 PANIZO ROBLES, J. A.: «La reforma de la Seguridad Social...», *ob. cit.*, pág. 18.

riormente, el trabajador puede acceder a la prestación por desempleo, si reúne los requisitos, sin descuento alguno derivado del proceso de incapacidad temporal. 2) Si se trata de una prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, se mantiene la regulación anterior, establecida por la Ley 24/2001, de 30-12. Cuando se extingue el contrato de trabajo, el trabajador percibe la prestación en la misma cuantía que la de desempleo, hasta su extinción, pasando entonces, si reúne los requisitos, a la situación legal del desempleo, percibiendo la correspondiente prestación por desempleo, de la que se descuenta el periodo de incapacidad temporal posterior a la extinción laboral.

Con anterioridad a la aprobación de la LMSS, las sentencias del TS de 5-7-2007, recurso 689/2006; 17-9-2007, recurso 2452/2006 y 5-10-2007, recurso 3402/2006, abordaron la determinación de cuál era la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común de los trabajadores en situación de incapacidad temporal en el momento de extinguirse el contrato de trabajo, que permanecían en dicha situación hasta que se declaraba la incapacidad permanente. El TS argumentaba que el tenor literal del art. 222.1 de la LGSS, en la redacción conforme a la Ley 24/2001, así como la *voluntas legislatoris*, manifestada en la propia exposición de motivos de esta norma legal, permitían concluir que lo que se pretendió fue reducir los costes que en materia de prestaciones y cotizaciones relacionadas con la prestación por desempleo recaían sobre todo el sistema de la Seguridad Social, estableciendo que quien percibiera prestaciones por incapacidad temporal en pago directo por no existir empresa obligada a cotizar, salvo en el caso en que después pasara a percibir prestaciones por desempleo, las percibiera como si fueran prestaciones de desempleo pero sin cotización. Por ello, el TS concluyó que para el cálculo de la base reguladora de la incapacidad permanente subsiguiente a aquella incapacidad temporal, debían computarse las bases mínimas.

Para evitar esta laguna de cotización que se producía con la regulación legal anterior, puesto que la obligación de cotizar no se extendía a los supuestos en los que la situación de incapacidad temporal se prolongaba después de la extinción del contrato de trabajo, sin que el trabajador entrase en situación legal de desempleo o cuando, pudiendo hacerlo, no solicitaba la prestación¹⁵, la LMSS establece que el Servicio Público de Empleo Estatal efectuará las cotizaciones a la Seguridad Social, asumiendo la aportación que corresponde al trabajador en su totalidad por todo el período que se descuenta como consumido, incluso cuando no se haya solicitado la prestación por desempleo y sin solución de continuidad se pase a una situación de incapacidad permanente o jubilación, o se produzca el fallecimiento del trabajador que dé derecho a prestaciones de muerte y supervivencia.

II. INCAPACIDAD PERMANENTE

1. PERIODO MÍNIMO DE COTIZACIÓN

La LMSS ha acortado el periodo de carencia de la prestación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez derivada de enfermedad común para los trabajadores menores de 31 años. Ello se debe a las altas tasas de paro y temporalidad de los trabajadores con edades entre los 16 y los 30 años, así como al retraso de la incorporación de los jóvenes al mercado de trabajo, que dificultaba que los trabajadores de 16 a 31 años alcanzasen el periodo mínimo de cotización exigido anteriormente para acceder a estas pensiones de incapacidad permanente, lo que motivó que en el Acuerdo de 13-7-2006 se pactase flexibilizar el periodo mínimo de cotización exigible a estos trabajadores¹⁶.

15 PANIZO ROBLES, J. A.: «La reforma de la Seguridad Social...», ob. cit., pág. 21.

16 ROQUETA BUJ, R. en SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M. y LÓPEZ TERRADA, E.: *La Ley de medidas...*, ob. cit., pág. 42.

El periodo de carencia exigido es el siguiente:

1) Si el causante tiene menos de 31 años, la tercera parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los 16 años y la del hecho causante de la pensión.

2) Si tiene cumplidos 31 años, la cuarta parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que se haya cumplido los 20 años y el día en que se hubiese producido el hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de cinco años, debiendo reunir una carencia corta de la quinta parte del período de cotización exigible, que deberá estar comprendida dentro de los 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante.

La edad límite entre uno y otro ya no se encuentra en los 26 años sino en los 31.

Se regula el denominado paréntesis: si el causante está en situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de los 10 años, dentro de los cuales deba estar comprendida, al menos, la quinta parte del período de cotización exigible, se computará, hacia atrás, desde la fecha en que cesó la obligación de cotizar.

Se reduce así el periodo mínimo de cotización exigido a los menores de 31 años para acceder a estas prestaciones¹⁷:

17 PANIZO ROBLES, J. A.: «La reforma de la Seguridad Social...», ob. cit., pág. 26.

<i>Edad</i>	<i>Periodo anterior</i>	<i>Periodo nuevo</i>
17 años	6 meses	4 meses
18 años	12 meses	8 meses
19 años	18 meses	12 meses
20 años	24 meses	16 meses
21 años	30 meses	20 meses
22 años	36 meses	24 meses
23 años	42 meses	28 meses
24 años	48 meses	32 meses
25 años	54 meses	36 meses
26 años	60 meses	40 meses
27 años	60 meses	44 meses
28 años	60 meses	48 meses
29 años	60 meses	52 meses
30 años	60 meses	56 meses

Un sector de la doctrina científica ha defendido la conveniencia de aplicar la exclusión de los días-cuota prevista en el art. 161.1.b) de la LGSS, a la pensión de incapacidad permanente¹⁸. Sin embargo, *de lege data*, como quiera que la LMSS limita esta norma a la pensión de jubilación, forzoso es concluir que el legislador no ha querido extender la supresión de los días-cuota a todas las prestaciones de la Seguridad Social, siendo aplicable la citada doctrina jurisprudencial a la pensión de incapacidad permanente.

18 ROQUETA BUJ, R. en SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M. y LÓPEZ TERRADA, E.: *La Ley de medidas...*, ob. cit., pág. 46.

2. CUANTÍA DE LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE

Antes de la LMSS, para el cálculo de la pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez derivada de enfermedad común, así como las derivadas de accidente no laboral cuando el causante no estaba en alta o en situación asimilada¹⁹, era irrelevante la carrera de seguro del pensionista. Si éste reunía el periodo mínimo de cotización exigible, era irrelevante que tuviera una carrera de seguro más o menos larga, a diferencia de lo que sucede con la pensión de jubilación. El Acuerdo de 13-7-2006, apartado III.2, establece que *«a fin de evitar que (la incapacidad permanente) se convierta en una vía de acceso a la protección para las carreras de seguro insuficientes»*, la cuantía de la pensión de incapacidad permanente derivada de enfermedad común se determinará aplicando el porcentaje previsto en función de los años de cotización para la pensión de jubilación. En cumplimiento de dicho acuerdo, la LMSS ha cambiado el cálculo de esta pensión, teniendo en cuenta la carrera de seguro.

El art. 140.1 de la LGSS se modifica. Se mantiene la redacción preexistente: la base reguladora de la pensión se calcula mediante el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización, en su caso actualizadas, de los 96 meses anteriores al hecho causante. Pero se añade un nuevo párrafo, en virtud del cual a la citada base se le aplica el porcentaje que corresponda en función de los años de cotización, según la escala prevista para la pensión de jubilación, considerándose a tal efecto como cotizados los años que le resten al interesado, en la fecha del hecho causante, para cumplir la edad de 65 años. Por tanto, la carrera de seguro se prolongará artificialmente como si el beneficiario hubiera trabajado hasta cumplir la edad ordinaria de jubilación, lo que no ha podido hacer por presentar las dolencias que han motivado que se le reconozca en situación de incapacidad permanente. De

19 Art. 140.3 en relación con el 138.3 de la LGSS.

esta forma, la situación de necesidad de los inválidos prematuros será atendida con base en su propio esfuerzo contributivo anterior y en la aportación solidaria del resto de personas que integran el Sistema de la Seguridad Social²⁰. Si no alcanza 15 años de cotización, el porcentaje aplicable será del 50 por 100. El importe resultante constituye la base reguladora a la que, para obtener la cuantía de la pensión que corresponda, habrá de aplicarse el porcentaje previsto para el grado de incapacidad reconocido.

La nueva fórmula de cálculo de la prestación de incapacidad permanente derivada de enfermedad común es la siguiente:

Cuantía de la pensión = base reguladora según cociente x porcentaje de años cotizados x porcentaje según grado de incapacidad permanente²¹.

Se trata de un método de cálculo semejante al establecido en Clases Pasivas. La base reguladora es la propia de la incapacidad permanente total o absoluta. Pero el primer porcentaje que se le aplica es el mismo que el de la pensión de jubilación, configurando una suerte de pensión de jubilación por invalidez.

El objetivo es que la carrera de seguro incida en el importe de la prestación de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, como incide en el importe de la de jubilación, incentivando así la cotización a la Seguridad Social y evitando que carreras de cotización cortas devenguen la misma prestación de incapacidad permanente que otras más prolongadas.

La adición como cotización ficta del periodo que le falta al causante para cumplir 65 años, supone que los beneficiarios menores de 30 años (las invalideces tempranas) no resultan afectados. Si no hubieran sido declarados en situación de incapacidad permanente, hubieran podido completar una carrera de seguro pro-

20 ROQUETA BUJ, R. en SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M. y LÓPEZ TERRADA, E.: *La Ley de medidas...*, ob. cit., pág. 56.

21 MARTÍNEZ LUCAS, J. A.: «Las nuevas medidas...», ob. cit., pág. 547.

longada antes de cumplir los 65 años, reuniendo un periodo de cotización, a estos efectos, sumando el real y el ficticio, superior a 35 años. En cambio, si se trata de un trabajador de mayor edad, con una carrera de seguro breve, la suma de ésta y del periodo que le reste para cumplir los 65 años puede no alcanzar los 35 años, en cuyo caso la base reguladora de la pensión se reducirá. Se perjudica así a los trabajadores de edad avanzada con una escasa carrera de seguro que son declarados en situación de incapacidad permanente total o absoluta antes de cumplir los 65 años.

Con la finalidad de evitar que se fijen pensiones de incapacidad permanente total derivadas de enfermedad común con una cuantía exigua, se establece un mínimo: el 55 por 100 de la base mínima de cotización para mayores de dieciocho años, en términos anuales, vigente en cada momento. Esta norma intenta limitar los perjuicios ocasionados por la nueva regla de cálculo de esta pensión.

Esta reforma puede dar lugar a situaciones paradójicas, en las que el cónyuge supérstite de un trabajador que sufre una enfermedad común, perciba una pensión de viudedad superior a la pensión de incapacidad permanente que hubiera percibido el propio trabajador si no hubiera fallecido y hubiera sido declarado inválido²². Dado el rigor de esta reforma, parte de la doctrina científica sostiene que se tendría que incluir en el subsidio por desempleo con carácter general o, cuando menos, en el subsidio para mayores de 52 años y los fijos discontinuos, la cotización por incapacidad permanente, al igual que se cotiza por jubilación²³.

Se añade una disposición transitoria decimosexta a la LGSS, en virtud de la cual, para determinar la cuantía de las pensiones de incapacidad permanente derivadas de enfermedad común que

22 ROQUETA BUJ, R. en SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M. y LÓPEZ TERRADA, E.: *La Ley de medidas...*, ob. cit., pág. 62.

23 ROQUETA BUJ, R. en SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M. y LÓPEZ TERRADA, E.: *La Ley de medidas...*, ob. cit., págs. 62 y 63.

provenzan de un proceso de incapacidad temporal que se haya iniciado con anterioridad al 1-1-2008, serán de aplicación las normas vigentes antes de la indicada fecha. Aunque se trate de una pensión de incapacidad permanente, para determinar la normativa aplicable habrá de estar a la fecha de inicio de la incapacidad temporal que la precedió. Ahora bien, si la incapacidad permanente no deriva de una incapacidad temporal, habrá de estar a la fecha del hecho causante: el dictamen del EVI.

Esta reforma legal no afecta a las pensiones de incapacidad permanente derivadas de accidente no laboral, que siguen calculándose con arreglo a la regla anterior. Ello se debe a que el accidente no laboral exige una acción súbita, violenta y externa, que elimina las conductas sospechosas. Pero no solo se aumenta la complejidad de la regulación legal de esta materia sino que se incrementa la diferencia de protección entre la enfermedad común y el accidente no laboral, sin que esté justificado que el inválido por accidente no laboral vaya a quedar en mejor posición que el inválido por enfermedad común, cuando el estado de necesidad es el mismo y se trata de etiologías no profesionales²⁴. Y tampoco se aplica esta reforma a los trabajadores que acceden a la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes con 65 o más años, por no reunir los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación, en cuyo caso la cuantía de la pensión de incapacidad permanente es el resultado de aplicar a la base reguladora el porcentaje correspondiente al periodo mínimo de cotización establecido para la pensión de jubilación.

3. GRAN INVALIDEZ

Con anterioridad a la LMSS, el complemento de la pensión de gran invalidez se fijaba en el 50% de la base reguladora de la

24 ROQUETA BUJ, R. en SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M. y LÓPEZ TERRADA, E.: *La Ley de medidas...*, ob. cit., págs. 59 y 60.

incapacidad permanente absoluta. Se trataba de una norma inequitativa porque si su finalidad consistía en compensar los gastos ocasionados por el cuidador del dependiente, era anómalo que el complemento fuese de cuantía muy distinta en función del importe de la pensión de incapacidad permanente, lo que originaba un trato desigual a los discapacitados con el mismo grado de dependencia pero con pensiones distintas. Por ello, se postulaba que este complemento se desvinculase de la cuantía de la pensión de incapacidad permanente absoluta²⁵.

El Acuerdo de 13-7-2006 establecía que la cuantía del complemento de gran invalidez se fijaría en un importe independiente de la cuantía de la prestación por incapacidad permanente absoluta, siendo el *«resultado de sumar al 50 por 100 de la base mínima de cotización vigente en cada momento el 25 por 100 de la base de cotización correspondiente al trabajador, calculadas ambas en función de la contingencia que origine la prestación»*.

La LMSS desvincula el complemento de gran invalidez de la pensión que se reconoce al beneficiario. Se establece que el importe de dicho complemento será el resultado de sumar el 45 por 100 de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30 por 100 de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente. Se ha afirmado que la mención a la base mínima debe interpretarse como la correspondiente al grupo de cotización del trabajador²⁶. Las sucesivas órdenes que desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, diferencian entre el tope mínimo de cotización al RGSS,

25 RODRÍGUEZ DURANTEZ, M.: «Problemática actual sobre la gran invalidez», *AL*, nº 30, 1988, pág. 1718 y DESDENTADO BONETE, A.: «La protección de la incapacidad permanente en la Ley de Consolidación y Racionalización del sistema de Seguridad Social», *RMTAS*, nº 4, 1997, pág. 18.

26 ROQUETA BUJ, R. en SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M. y LÓPEZ TERRADA, E.: *La Ley de medidas...*, ob. cit., pág. 66.

común a todos los grupos profesionales, y la base mínima de cotización para cada grupo de categorías profesionales, por lo que la citada mención al 45 por 100 de la base mínima de cotización debe interpretarse en el sentido de que se refiere a la del grupo de cotización del gran inválido.

Se trata de una solución de compromiso. Ni se fija el importe total del complemento con independencia de la cotización del trabajador, ni se atiende únicamente a ésta. Resulta criticable que una parte significativa de este complemento se fije teniendo en cuenta la última base de cotización del trabajador porque se trata de una pensión vitalicia que previsiblemente se va a prolongar en el tiempo y resulta anómalo que se tenga en cuenta a estos efectos una sola base de cotización, por la aleatoriedad que ello implica: puede suceder que la última base de cotización sea muy superior o inferior al promedio de bases de cotización de ese trabajador de los últimos años, por lo que sería razonable que se fijase teniendo en cuenta las cotizaciones correspondientes a un lapso temporal mayor, correlativo al lapso temporal prolongado en el que, previsiblemente, se va a percibir esta pensión²⁷. Además, esta regulación puede propiciar las actuaciones fraudulentas²⁸.

Para evitar que esta regla de cálculo perjudique a los trabajadores, se fija un mínimo: en ningún caso el complemento señalado podrá tener un importe inferior al 45 por 100 de la pensión percibida, sin el complemento, por el trabajador.

La gran invalidez es conceptualmente una situación de dependencia, debiendo coordinarse su regulación con la Ley

27 FERNÁNDEZ ORRICO, F.: «La inminente reforma de pensiones de Seguridad Social», *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 288, 2007, pág. 92, sostiene que hubiera sido preferible usar como referente la base reguladora y no la última base de cotización, puesto que aquella expresa el promedio de las últimas bases de cotización.

28 ROQUETA BUJ, R. en SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M. y LÓPEZ TERRADA, E.: *La Ley de medidas...*, ob. cit., pág. 66.

39/2006, de 14-12, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia²⁹. La LMSS ha suprimido el segundo párrafo del art. 139.4 de la LGSS, dejando sin efecto la posibilidad de sustituir la prestación económica por una de servicios gestionada por la Seguridad Social. Y la disposición adicional 9ª de la Ley 39/2006 establece que los que tengan reconocida la pensión de gran invalidez, tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia, en el grado y nivel que se disponga en el desarrollo reglamentario de esta ley.

III. JUBILACIÓN

1. PERIODO MÍNIMO DE COTIZACIÓN

La LMSS, aunque mantiene el periodo de carencia de 15 años para el devengo de la pensión de jubilación, añade que no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias. Formalmente el periodo mínimo de cotización no se amplía, pero en realidad aumenta de 4.700 días a 5.475 días (775 días más). Por tanto, respecto de esta pensión, se deja sin efecto la doctrina de los «días cuota», en virtud de la cual se considera computable, a efectos de los periodos mínimos de cotización, la parte proporcional de pagas extraordinarias de carácter obligatorio. Esta supresión de los «días cuota» se aplica a todos los regímenes de la Seguridad Social. Parte de la doctrina ha criticado que la supresión de los «días cuota» afecte únicamente a la pensión de jubilación y no a las restantes prestaciones de la Seguridad Social, al no establecerse una previsión expresa en tal sentido³⁰. Y otro sector ha criticado esta reforma, por cuanto supone un incremento del periodo de carencia que producirá un aumento

29 BLASCO LAHOZ, J. F. y PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J.: *La última reforma...*, ob. cit., pág. 57.

30 PANIZO ROBLES, J. A.: «La reforma de la Seguridad Social...», ob. cit., pág. 30.

de los que se quedan a las puertas de la pensión de jubilación, sin tener acceso a ella³¹.

Con el fin de mitigar las consecuencias de esta ampliación del periodo de carencia, se establece un periodo progresivo de cinco años, durante el cual se irá aumentando paulatinamente el periodo mínimo exigido. Una característica de la LMSS es la instauración de amplios periodos transitorios: cuando se establece un periodo mínimo de cotización para acceder a una prestación, que es superior al preexistente, su aplicación no es inmediata sino que se efectúa progresivamente en los años siguientes.

El tramo arranca de 4.700 días y se incrementa en 77 días semestrales, excepto el último tramo semestral, en el que aumenta 82 días, para alcanzar los 5.475 días finales. La LMSS establece que la disposición transitoria 4ª de la LGSS tendrá una nueva redacción, en virtud de la cual, el período mínimo de cotización del art. 161.1.b) se aplicará de forma gradual, del siguiente modo:

«Durante los seis primeros meses se exigirán 4.700 días.

Durante el segundo semestre se exigirán 4.777 días.

Durante el tercer semestre se exigirán 4.854 días.

Durante el cuarto semestre se exigirán 4.931 días.

Durante el quinto semestre se exigirán 5.008 días.

Durante el sexto semestre se exigirán 5.085 días.

Durante el séptimo semestre se exigirán 5.162 días.

Durante el octavo semestre se exigirán 5.239 días.

Durante el noveno semestre se exigirán 5.316 días.

Durante el décimo semestre se exigirán 5.393 días.

A partir del sexto año se exigirán 5.475 días».

Si el trabajador hubiera estado contratado a tiempo parcial durante todo el año inmediatamente anterior a la fecha del hecho

31 GALIANA MORENO, J. M.: «Antecedentes y contenido...», ob. cit., pág. 24.

causante, el período transitorio se incrementará en proporción inversa al porcentaje de jornada realizada en dicho período, reajustándose por períodos semestrales en función de la ampliación del período transitorio.

Este aumento del período mínimo de cotización perjudica especialmente a los trabajadores a tiempo parcial, puesto que les resulta más dificultoso alcanzar la carencia mínima exigida. Para intentar paliar este perjuicio, la citada norma prevé la ampliación del período transitorio a lo largo del cual se va progresivamente incrementando el período de cotización exigido, hasta alcanzar los 5.475 días que finalmente se exigen. Es decir, se alarga el lapso temporal transitorio al término del cual el trabajador a tiempo parcial va a tener que acreditar la carencia superior de 5.475 días. En el caso del trabajador que durante el año anterior ha prestado servicios con una jornada mínima (por ejemplo, del 10 por 100 de la jornada ordinaria), el incremento del período transitorio es muy importante (en el ejemplo citado, alcanzaría los nueve años y medio).

Sin embargo, la aplicación de este precepto exige que el trabajador esté contratado a tiempo parcial durante todo el año anterior a la fecha en que pretende jubilarse, lo que excluye a los trabajadores que, aunque gran parte de su carrera de seguro se haya realizado con cotizaciones por trabajo a tiempo parcial, no hayan estado trabajando a tiempo parcial durante todo el año anterior a la fecha en que pretenden jubilarse.

Un ejemplo de la aplicación del citado precepto sería el siguiente. Si un trabajador estaba contratado a tiempo parcial, realizando un 60 por 100 de la jornada, el porcentaje inverso sería del 40 por 100, lo que supone que el período progresivo de cinco años se incrementará un 40 por 100, alcanzando los siete años³².

32 PANIZO ROBLES, J. A. «La reforma de la Seguridad Social...», ob. cit., pág. 37.

Y el número de días de incremento del período mínimo de cotización (775 días) debe reajustarse por períodos semestrales, en función de la ampliación del período transitorio. En este ejemplo, el período transitorio ampliado sería de siete años: 14 semestres. El primer semestre se aplicaría el período de carencia inicial (4.700 días). Y el período de carencia final (5.475 días) no se alcanzaría hasta después de finalizar este período transitorio de siete años.

Por tanto, habría que dividir los 775 días de incremento del período mínimo de cotización por 14 semestres, resultando 55,3 días, debiendo aumentar 55 días el período mínimo de carencia cada semestre, excepto el último, en que aumentaría 60 días hasta alcanzar finalmente el período de carencia de 5.475 días. La atribución de los 60 días al final del período transitorio resulta de la aplicación analógica de la disposición transitoria 4ª de la LGSS, que suma 77 días más cada semestre, excepto el último, al que le aplica 82 días.

Si el citado trabajador pretende jubilarse el 1-1-2010, y durante el año 2009 prestó servicios a tiempo parcial, realizando un 60 por 100 de la jornada, el incremento de 4.700 a 5.475 días se producirá a lo largo de un período transitorio de siete años: del 1-1-2008 al 1-1-2015, conforme a las carencias siguientes:

- 1-1-2008 a 30-6-2008: 4.700 días
- 1-7-2008 a 31-12-2008: 4.755 días
- 1-1-2009 a 30-6-2009: 4.810 días
- 1-7-2009 a 31-12-2009: 4.865 días
- 1-1-2010 a 30-6-2010: 4.920 días
- 1-7-2010 a 31-12-2010: 4.975 días
- 1-1-2011 a 30-6-2011: 5.030 días
- 1-7-2011 a 31-12-2011: 5.085 días
- 1-1-2012 a 30-6-2012: 5.140 días
- 1-7-2012 a 31-12-2012: 5.195 días

- 1-1-2013 a 30-6-2013: 5.250 días
- 1-7-2013 a 31-12-2013: 5.305 días
- 1-1-2014 a 30-6-2014: 5.360 días
- 1-7-2014 a 31-12-2014: 5.415 días
- A partir del 1-1-2015: 5.475 días

Como el citado trabajador pretende jubilarse el 1-1-2010, deberá acreditar en esta fecha un periodo mínimo de cotización de 4.920 días para devengar la pensión contributiva de jubilación.

2. REDUCCIÓN DE LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN

La LMSS introduce un nuevo precepto en la LGSS: el art. 161 bis, con las modificaciones siguientes. Aunque este precepto legal lo considera un supuesto de jubilación anticipada, no debe confundirse con ésta. Se trata de una jubilación ordinaria con edad reducida³³. El citado precepto, en la redacción dada por la LMSS, establece que la edad mínima de jubilación podrá ser rebajada por Real Decreto, en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad. Asimismo, se podrá reducir en el caso de personas con discapacidad³⁴ igual o superior al 65 por 100, o bien cuando el grado de discapacidad sea igual o superior al 45 por 100 y se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en las que concurren evidencias de reducción de la esperanza de vida de esas personas.

Se establece un límite a la edad real de jubilación: la aplicación de los coeficientes reductores de la edad en ningún caso dará ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubila-

33 CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «La jubilación», en CAVAS MARTÍNEZ, F. (director): *La reforma de la Seguridad Social...*, ob. cit., págs. 141 y 145.

34 Se sustituye el término «minusvalía» por el de «discapacidad».

ción con una edad inferior a la de 52 años. Se trata del mismo límite erario del subsidio por desempleo del art. 215 de la LGSS. El legislador es consciente de que, aunque la edad ordinaria de jubilación es mayor (65 años), a partir de los 52 años la «empleabilidad» puede disminuir. La disposición transitoria 2ª de la LMSS excluye la aplicación de este límite etario a los trabajadores incluidos en los diferentes regímenes especiales que, en la fecha de entrada en vigor de la LMSS, tuviesen reconocidos coeficientes reductores de la edad de jubilación, siendo de aplicación las reglas establecidas en la normativa anterior.

Se incorpora una nueva disposición adicional 45ª a la LGSS en la que se prevé el establecimiento reglamentario del procedimiento general que debe observarse para rebajar la edad de jubilación, precisando que el establecimiento de los coeficientes reductores de la edad de jubilación, que sólo procederá cuando no sea posible la modificación de las condiciones de trabajo, conllevará los ajustes necesarios en la cotización para garantizar el equilibrio financiero. Se trata de un eufemismo que elude mencionar un más que probable aumento de cotizaciones a la Seguridad Social³⁵.

Se incorpora una nueva disposición adicional 45ª a la LGSS, previendo el establecimiento reglamentario de coeficientes reductores de la edad de jubilación, atendiendo a la siniestralidad en el sector, penosidad, peligrosidad y toxicidad de las condiciones del trabajo.

3. JUBILACIÓN ANTICIPADA

El apartado 2º del art. 161 bis de la LGSS, en la redacción conforme a la LMSS, introduce las modificaciones siguientes en

35 GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, L.: «La reforma de pensiones en la Ley 40/2007, de Medidas en materia de Seguridad Social», en VV.AA.: *La Seguridad Social en el siglo XXI*, Ediciones Laborum, Murcia, 2008, pág. 21.

la jubilación anticipada. Para el cómputo de los 30 años de cotización exigidos como mínimo para la jubilación anticipada, se tendrán en cuenta años completos, sin que se equipare a un año la fracción del mismo, computando como cotizado a la Seguridad Social, a estos exclusivos efectos, el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año. Cuando ya se ha suprimido el servicio militar obligatorio, se reconoce este periodo a efectos de la jubilación anticipada.

En cuanto a la involuntariedad en la extinción de la relación laboral, existió una importante conflictividad judicial cuando la extinción se llevaba a cabo en el marco de un expediente de regulación de empleo. Muchas sentencias habían negado que estos casos se aplicase el coeficiente reductor inferior al 8 por 100, argumentando que *«la aceptación por parte del trabajador de la prejubilación en las condiciones previstas en la cláusula tercera del convenio colectivo citado, con el reconocimiento de importantes contrapartidas económicas y mediante un acuerdo que no ha sido impugnado por dolo, coacción, ni ningún otro de los vicios a que se refiere el artículo 1265 del Código Civil, constituye un cese voluntario porque sin el consentimiento del trabajador la extinción del contrato de trabajo no se hubiera producido. Las previsiones de futuro en orden a la evolución del empleo en la empresa y a la aplicación de reducciones de plantilla o medidas de modificación de condiciones de trabajo no alteran la voluntariedad de la aceptación del acuerdo de prejubilación que ha de considerarse, por tanto, como un cese voluntario a los efectos de la disposición transitoria 3ª.1.2ª de la Ley General de la Seguridad Social»*³⁶. Posteriormente, las sentencias del TS de 24-10-2006, recurso 4453/2004; 25-10-2006, recurso 2318/2005 y 23-5-2007, recurso 4900/2005, argumentaron

36 Sentencias del TS de 9-12-2002, recurso 1513/2002; 10-12-2002, recurso 2204/2002; 22-1-2003, recurso 2547; 12-2-2003, recurso 2480/2002; 30-4-2003, recurso 2954/2002; 29-5-2003 recurso 3237/2002; 9-7-2003 recurso 3145/2002; 6-2-2006, recurso 1111/05; y 23-10-2006, recurso 1594/2005.

que, «con independencia de que hubiera en el marco del expediente de regulación de empleo un acuerdo sobre prejubilaciones, lo cierto es que el cese del actor está dentro de las extinciones autorizadas en el expediente. Por ello, el contrato no se ha extinguido «por la libre voluntad del trabajador que decide poner fin a la relación». Por el contrario, el contrato se ha extinguido por una causa por completo independiente de la voluntad del trabajador; en concreto, por una causa económica, técnica, organizativa o productiva, que ha sido constatada por la Administración y que ha determinado un despido colectivo autorizado (...) Es cierto que la opción por la prejubilación ha sido voluntaria, pero eso no significa que el cese lo sea».

La disposición final tercera.² de la LMSS deja sin efecto la doctrina jurisprudencial citada en primer lugar, al establecer que a efectos del acceso a la jubilación anticipada o de la determinación de su cuantía, se considerará³⁷, en todo caso, que las jubilaciones anticipadas causadas entre el 1-1-2004³⁸ y el 1-1-2008 motivadas por ceses en la relación laboral producidos en virtud de expedientes de regulación de empleo, tienen carácter involuntario. Y dispone que las resoluciones denegatorias de las pensiones de jubilación anticipada así como las cuantías de las pensiones ya reconocidas se revisarán a instancia de los interesados. Se trata de una reforma legal con efectos retroactivos que deja sin efecto la cosa juzgada, lo que supone que podrán revisarse las pensiones de jubilación cuya cuantía quedó fijada por sentencia firme, puesto que dicha sentencia resolvió conforme a un marco normativo que ha sido dejado sin efecto por el legislador retroactivamente, debiendo reconocerse la pensión de conformi-

37 La LMSS cambia la expresión: «se presumirá» por la de: «se considerará, en todo caso».

38 La Ley 52/2003, de 10-12, que entró en vigor el 1-1-2004, había modificado tanto el art. 161.3.d), párrafo 1º como la disposición transitoria tercera.1.2º, párrafo 4º de la LGSS, estableciendo que se presumirá que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el artículo 208.1.1 de la LGSS.

dad con la nueva regulación de la pensión de jubilación anticipada.

En cuanto a la fecha de efectos de esta modificación de la cuantía de las pensiones, parte de la doctrina científica sostiene que tiene carácter retroactivo, por considerar que los ceses eran involuntarios, postulando que se abone la diferencia de pensión como si se hubiera causado en aquél momento³⁹. Sin embargo, el art. 43.1, párrafo 2º de la LGSS establece que si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud. La aplicación de esta norma a las revisiones instadas por los interesados al amparo de la LMSS, conduce a la fijación de una retroactividad de los efectos económicos de tres meses.

Respecto de los ceses no involuntarios de la relación laboral al amparo del art. 161.bis.2, párrafo 2º de la LGSS (cuando la empresa abona una determinada cantidad al trabajador, en cuyo caso no son exigibles los requisitos b y c del art. 161.2), esta norma legal establece que la obligación de la empresa no tiene que tener inexorablemente origen colectivo, permitiendo que esta obligación surja de un contrato individual de prejubilación. Ello posibilita que el trabajador que acuerda individualmente con su empresa un pacto de prejubilación, pueda acceder a la jubilación anticipada. Además, ya no se hace en cómputo anual, sino en cómputo global, la comparación entre 1) la cantidad que debe percibir el trabajador y 2) la que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo, así como la cuota del convenio especial con la Seguridad Social.

39 LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI JIMÉNEZ, D.: *Reformas de la Seguridad Social 2007*, Francis Lefebvre, Madrid, 2007, pág. 227.

Se modifican los coeficientes reductores de la pensión de jubilación anticipada. Cuando se acreditan 30 años de cotización, antes era del 8 por 100 y ahora del 7,5 por 100. La escala de aplicación de los coeficientes reductores queda así:

- 1º Entre 30 y 34 años de cotización acreditados: 7,5 por 100
- 2º Entre 35 y 37 años de cotización acreditados: 7 por 100
- 3º Entre 38 y 39 años de cotización acreditados: 6,5 por 100
- 4º Con 40 o más años de cotización acreditados: 6 por 100

En cuanto a los mutualistas, la nueva disposición transitoria 3ª de la LGSS ya no exige 31 años sino 30, quedando la escala igual que la de la jubilación anticipada del art. 161 bis de la LGSS. Se unifican así los coeficientes reductores. Asimismo establece que se considerará, en todo caso, que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el art. 208.1.1 de la LGSS.

Se mejoran las pensiones por jubilación anticipada causadas antes del 1-1-2002. Los trabajadores que accedieron a la jubilación anticipada antes de dicha fecha no pudieron beneficiarse de la minoración de los coeficientes reductores establecidos a partir del 1-1-2002 por el Real Decreto-ley 16/2001 y la Ley 35/2002⁴⁰. Para evitar este perjuicio, se establece una mejora de sus pensiones en la disposición adicional 4ª de la LMSS. Sus requisitos son: 1) que se trate de trabajadores que antes de dicha fecha hayan causado derecho a pensión de jubilación anticipada, acreditando la condición de mutualistas; 2) que tuvieran al menos 35 años de cotiza-

40 El Real Decreto-ley 16/2001, de 27-12 (que posteriormente dio lugar a la Ley 35/2002, de 12-7), modificó la disposición transitoria 3ª de la LGSS, permitiendo que los mutualistas que acreditaran más de 30 años de cotización y cuyo contrato de trabajo se hubiera extinguido por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, se jubilaran anticipadamente con los coeficientes reductores siguientes: entre 31 y 34 años: 7,5 por 100; entre 35 y 37 años: 7 por 100; entre 38 y 39 años: 6,5 por 100; con 40 y más años: 6%.

ción; y 3) que la extinción del contrato de trabajo del que hubiera derivado el acceso a la jubilación anticipada se hubiera producido por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, comprendida entre los supuestos recogidos en el artículo 208.1.1 de la LGSS.

La mejora de la pensión consiste en un incremento de su importe íntegro mensual, variable según la edad del trabajador tenida en cuenta para la determinación del coeficiente reductor del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión, conforme a los siguientes tramos:

Sesenta años, 63 euros mensuales.

Sesenta y un años, 54 euros mensuales.

Sesenta y dos años, 45 euros mensuales.

Sesenta y tres años, 36 euros mensuales.

Sesenta y cuatro años, 18 euros mensuales.

4. JUBILACIÓN PARCIAL

Hay dos modalidades de jubilación parcial: la de los trabajadores que alcanzan la edad ordinaria de jubilación (65 años), que no precisa la concertación de un contrato de relevo; y la jubilación parcial anticipada, que sí que lo exige. Las reformas de la jubilación parcial anticipada llevadas a cabo en los ejercicios 2001 y 2002 configuraron unas condiciones muy ventajosas, con el peligro de que la evolución del sistema de pensiones convirtiese una institución jurídica pensada para momentos de crisis económica y de reparto de mercado de trabajo, en la vía de acceso normal a la jubilación⁴¹. El número de contratos de relevo registrado ha sido el siguiente⁴²:

41 PANIZO ROBLES, J. A.: «La reforma de la Seguridad Social...», ob. cit., pág. 50.

42 Fuente: Movimiento Laboral Registrado del Ministerio de Trabajo e Inmigración.

año	contratos de relevo	año	contratos de relevo
2001	2.194	2004	16.030
2002	7.312	2005	22.751
2003	10.766	2006	30.206

Se trata de una institución cuyo objetivo era establecer una vía de jubilación progresiva hasta la edad ordinaria de jubilación que, en parte, se ha convertido en una forma de jubilación anticipada que elude los inconvenientes de ésta: la minoración de la pensión de jubilación⁴³. La LMSS lleva a cabo una nueva reforma, cuya importancia ha hecho que parte de la doctrina científica sostenga que nos encontramos ante una nueva regulación de la jubilación parcial anticipada, endureciendo los requisitos de acceso a esta prestación⁴⁴. Se ha pasado de una reforma que pretendía potenciar el uso de esta fórmula de acceso progresivo y gradual de los trabajadores a la jubilación total, a otra reforma que pretende limitar el acceso a esta institución⁴⁵.

4.1. Jubilación parcial anticipada

A) Requisitos del jubilado parcial

1) El trabajador jubilado parcial debe tener una relación laboral a tiempo completo. El art. 166.2 de la LGSS, en la redacción conforme a la LMSS, establece: «*Asimismo, siempre que con carácter simultáneo se celebre un contrato de relevo (...) los trabajadores a tiempo completo podrán acceder a la jubilación parcial cuando reúnan los siguientes requisitos*».

43 CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, E. J.: «La jubilación», en CAVAS MARTÍNEZ, F. (director): *La reforma de la Seguridad Social...*, ob. cit., pág. 102.

44 LÓPEZ BALAGUER, M. en SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M. y LÓPEZ TERRADA, E.: *La Ley de medidas...*, ob. cit., pág. 89.

45 LÓPEZ BALAGUER, M. en SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M. y LÓPEZ TERRADA, E.: *La Ley de medidas...*, ob. cit., pág. 91.

2) El trabajador ha de tener una antigüedad en la empresa o en el grupo de empresas, de seis años. Se establece un periodo paulatino de aplicación. El art. 166.2.b) de la LGSS establece que se computará la antigüedad en la empresa anterior si ha habido sucesión de empresa *ex art. 44 del ET*. A ello habrá que añadir los supuestos de sucesión empresarial impuestos por convenio colectivo.

Se ha sostenido que esta antigüedad puede provenir de una relación laboral de duración indefinida, de varios contratos temporales sucesivos o de un contrato que haya estado suspendido por algunas de las causas del art. 45 del ET y posteriormente se reanude. Lo relevante es que el trabajador tenga una antigüedad en la empresa de seis años⁴⁶.

Este requisito pretende evitar los fraudes en la jubilación parcial: la regulación anterior permitía contratar a un trabajador y que éste, poco tiempo después de ser contratado, se jubilase parcialmente.

3) La edad mínima aumenta de 60 a 61 años. Se exige el cumplimiento efectivo de la edad, no siendo aplicables, a estos efectos, los coeficientes reductores por trabajos penosos, tóxicos o insalubres o por tratarse una persona discapacitada con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100 o al 45 por 100, cuando concurren los correspondientes requisitos. Este aumento se produce en un proceso paulatino de seis años, a razón de dos meses por año.

La finalidad de esta modificación es equiparar la jubilación parcial anticipada a la jubilación anticipada por lo que a la edad de acceso se refiere: 61 años sin coeficientes reductores⁴⁷.

Se permite la jubilación a los 60 años en los supuestos siguientes:

46 SEGOVIANO ASTABURUAGA, M. L.: «El Acuerdo de 13-7-2006...», *ob. cit.*, pág. 43.

47 LÓPEZ BALAGUER, M. en SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M. y LÓPEZ TERRADA, E.: *La Ley de medidas...*, *ob. cit.*, págs. 94 y 95.

a) Los mutualistas: si se trata de los trabajadores a que se refiere la disposición transitoria 3ª de la LGSS, la edad será de 60 años.

b) La disposición transitoria 17ª de la LGSS, incorporada por la LMSS, permite jubilarse parcialmente a los 60 años hasta el 31-12-2012 si en el momento del hecho causante se acreditaran seis años de antigüedad en la empresa y 30 años de cotización a la Seguridad Social, con una reducción máxima del 85 por 100 de la jornada, a condición de que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida

c) La citada disposición transitoria 17ª asimismo prevé que se siga aplicando el régimen jurídico de la jubilación parcial vigente en la fecha de entrada en vigor de la LMSS a los trabajadores afectados por los compromisos adoptados con anterioridad a esta fecha, mediante Convenios y acuerdos colectivos. Esta normativa regirá hasta que finalice la vigencia de los mencionados compromisos y, como máximo, hasta el 31-12-2009.

4) El trabajador ha de acreditar un periodo efectivo de cotización de 30 años, sin computar los días-cuota, aplicable paulatinamente. Se ha pasado de la exigencia del periodo mínimo para acceder a la pensión de jubilación (15 años, computando los días-cuota) a 30 años sin días cuota.

Se equipara así la jubilación parcial anticipada a la jubilación anticipada. En la actualidad, la mayoría de los trabajadores de los sectores que más utilizan esta figura, reúnen la cotización de 30 años. El problema se suscitará en el futuro, cuando cumplan 61 años trabajadores con carreras de seguro irregulares, lo que limitará las posibilidades de acceso progresivo y gradual a la jubilación a través de la jubilación parcial anticipada⁴⁸.

⁴⁸ En este sentido se pronuncia LÓPEZ BALAGUER, M. en SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M. y LÓPEZ TERRADA, E.: *La Ley de medidas...*, ob. cit., pág. 95, nota 28, quien recoge una información del periódico *Cinco Días: El pacto*

5) Se disminuye el abanico de reducción de jornada, pasando de una reducción entre el 85 y el 25 por 100 a otra entre el 75 y el 25 por 100. Esta norma persigue combatir el fraude, puesto que en algunos casos el 15 por 100 de jornada encomendada al trabajador jubilado parcialmente era ficticia, lo que suponía que no se trataba de un supuesto de jubilación parcial sino de jubilación anticipada sin coeficientes reductores. Esta medida también se aplica gradualmente.

Como excepción, se puede mantener el intervalo entre el 85 y el 25 por 100 cuando se contrate mediante un contrato de relevo a un trabajador por tiempo indefinido a jornada completa y el jubilado acredite seis años de antigüedad en la empresa y 30 años de cotización a la Seguridad Social (sin aplicación paulatina de estos dos plazos, como ocurre como regla general).

B) Requisitos del trabajador relevista

Las novedades que introduce la LMSS son las siguientes.

a) Duración del contrato de relevo

La LMSS clarifica la cuestión relativa a la duración del contrato de relevo. Salvo cuando la reducción de jornada y de salario alcance el 85 por 100 (en cuyo caso el contrato de relevo debe concertarse con duración indefinida), la duración del contrato de relevo tendrá que ser indefinida o como mínimo, igual al tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de 65 años.

Parte de la doctrina científica sostiene que la nueva regulación legal permite la ruptura de la conexión entre el contrato a tiempo parcial del jubilado parcial y el contrato de relevo, puesto

de pensiones no evitará el recurso a la jubilación parcial, según el cual, fuentes de distintas patronales como la del metal o del automóvil, que son los que más utilizan esta jubilación, aseguran que la mayoría de los trabajadores cumplen los nuevos requisitos. Y según UGT, el 94 por 100 de los trabajadores que ya han accedido a esta jubilación tenían más de 30 años cotizados.

que éste pasa a ser un contrato con una duración cierta, independizándose del primero, que puede extinguirse por cualquier causa, sin que ello conlleve la extinción del contrato de relevo⁴⁹.

b) Correlación entre el puesto de trabajo del jubilado y del relevista

Esta materia está regulada tanto en el art. 166 de la LGSS como en el art. 12 del ET, lo que obliga a coherencia ambas regulaciones.

El art. 166.2.e) de la LGSS establece el requisito siguiente: «*Que, en los supuestos en que, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo de éste no pueda ser el mismo o uno similar que el que vaya a desarrollar el trabajador relevista, exista una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por 100 de la base por la que venía cotizando el trabajador que accede a la jubilación parcial. Reglamentariamente se desarrollarán los requerimientos específicos del trabajo para considerar que el puesto de trabajo del trabajador relevista no pueda ser el mismo o uno similar al que venía desarrollando el jubilado parcial*».

La LMSS introduce un cierto margen de flexibilidad en relación con el puesto de trabajo del relevista. Esta norma permite la jubilación parcial aunque el puesto de trabajo del jubilado no pueda ser el mismo o uno similar que el del trabajador relevista, siempre que exista una correspondencia entre las bases de cotización de ambos. Y remite a un ulterior reglamento la concreción de cuándo puede considerarse que el puesto de trabajo es el mismo o un similar al del jubilado parcial.

Como ha explicado parte de la doctrina científica, este precepto evidencia que la finalidad de la jubilación parcial anticipada no es tanto la creación de empleo estable como el asegura-

49 LÓPEZ BALAGUER, M. en SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M. y LÓPEZ TERRADA, E.: *La Ley de medidas...*, ob. cit., págs. 98 y 99.

miento de cotizaciones por un nuevo trabajador que compensen las que deja de ingresar el que se jubila parcialmente⁵⁰.

Por su parte, el art. 12.7.d) del ET establece: «El puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido o uno similar, entendiendo por tal el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente.

En los supuestos en que, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo que vaya a desarrollar el relevista no pueda ser el mismo o uno similar que el del jubilado parcial, deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, en los términos previstos en el artículo 166.2.e) de la Ley General de la Seguridad Social.

Reglamentariamente se desarrollarán los requerimientos específicos del trabajo para considerar que el puesto de trabajo del trabajador relevista no pueda ser el mismo o uno similar al que venía desarrollando el jubilado parcial».

Por tanto, el primer párrafo del art. 12.7.d) del ET, a diferencia del art. 166 de la LGSS, define qué debe entenderse por un puesto de trabajo similar: el correspondiente al mismo grupo profesional o categoría equivalente. Una pluralidad de TSJ interpretaron el art. 12.6.c) del ET, en la redacción anterior a la LMSS, cuyo tenor literal era el mismo, en el sentido de que se remitía a la clasificación profesional establecida en la norma colectiva aplicable, examinando los grupos profesionales y las categorías profesionales reguladas en los convenios colectivos. Si el trabajador jubilado y el relevista estaban incluidos en el mismo grupo profesional, los TSJ concluían que concurría el citado requisito de la jubilación parcial⁵¹. Por consiguiente, el citado precepto contenía

50 LÓPEZ BALAGUER, M. en SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M. y LÓPEZ TERRADA, E.: *La Ley de medidas...*, ob. cit., pág. 99.

51 Por todas, sentencias del TSJ de Castilla y León con sede en Valladolid nº 576/2006, de 2-5; La Rioja nº 24/2007, de 30-1; y Madrid nº 651/2006, de 13-12; 154/2007, de 5-3.

una remisión a la negociación colectiva: la definición más o menos amplia de los grupos profesionales en los convenios colectivos afectaba a la jubilación parcial.

El segundo párrafo del art. 12.7.d) del ET amplía las posibilidades de la jubilación parcial anticipada, al remitirse al art. 166.2.e) de la LGSS: si el puesto de trabajo del relevista no puede ser similar al del jubilado, se admite la jubilación parcial cuando exista una correspondencia entre sus bases de cotización.

Y el último párrafo del art. 12.7.d) del ET, al igual que el art. 166.2.e) de la LGSS, remite al desarrollo reglamentario la determinación de los requisitos específicos del trabajo para considerar que el puesto de trabajo del trabajador relevista no pueda ser el mismo o uno similar al que venía desarrollando el jubilado parcial.

En relación con este requisito del trabajador relevista, es menester tener en cuenta que la sentencia del TS de 22-9-2006, recurso 1289/2005, relativa a una jubilación anticipada a los 64 años de conformidad con lo dispuesto en el RD 1194/1985, de 17-7, sostuvo que *«las posibles irregularidades de la contratación entre la empresa y el sustituto podrán originar los perjuicios correspondientes para ambas partes contratantes, pero no se proyectan a la jubilación anticipada del trabajador sustituido, salvo el caso de que se alegue y pruebe su participación en tales irregularidades»*. Varios TSJ han aplicado literalmente la citada doctrina a pleitos de jubilación parcial en los que se discutía si el trabajador relevista ocupaba un puesto de trabajo similar al del trabajador jubilado. A título meramente ejemplificativo, la sentencia del TSJ de Asturias nº 3179/2007, de 13-7, con cita de la referida sentencia del TS, argumenta que *«las irregularidades que puedan observarse en la contratación del relevista deberán solventarse entre las partes que hayan suscrito aquel contrato, pero en modo alguno debe de condicionar el acceso a la prestación de jubilación anticipada parcial del trabajador sustituido, cuya vinculación*

con aquél solo lo es respecto de la jornada a cubrir y no en relación con los restantes requisitos»⁵².

A nuestro juicio, si la LGSS exige que haya una correlación entre el puesto de trabajo del trabajador jubilado y del relevista, estableciendo como requisito para la jubilación parcial que el puesto de trabajo del jubilado sea el mismo o uno similar al que vaya a desarrollar el relevista, o bien que exista una correspondencia entre sus bases de cotización, en el supuesto de que no concorra este requisito, no podrá devengarse la pensión de jubilación parcial. La denegación de la pensión de jubilación parcial en tal caso, no constituye materialmente una sanción para el trabajador que se pretende jubilar parcialmente, cuya imposición al mismo exigiría que éste hubiera participado en dichas irregularidades. Se trata, lisa y llanamente, de un requisito esencial de acceso a la pensión de jubilación parcial, cuyo incumplimiento impide que se reconozca ésta. La finalidad de este requisito es que se produzca una sustitución del trabajador jubilado parcialmente por un trabajador relevista en un puesto análogo, evitando que se utilice la jubilación parcial como instrumento para la precarización laboral. Si se constata que este requisito se ha incumplido, porque el puesto de trabajo del relevista ni es idéntico, ni es similar, ni existe la correspondencia entre las bases de cotización prevista en el art. 166.2.e) de la LGSS, normalmente porque se ha jubilado parcialmente un trabajador con una elevada cualificación y retribución salarial, y se ha contratado como relevista a un trabajador cuyo puesto de trabajo es completamente ajeno a aquél, y su retribución es mucho menor, en tal caso no se devengará la pensión de jubilación parcial, al no concurrir un requisito esencial para su reconocimiento.

52 En el mismo sentido pueden citarse las sentencias del TSJ de Asturias nº 2372/2007, de 25-5; y Madrid nº 82/2007, de 9-2 y 199/2007, de 20-3.

4.2. Jubilación parcial no anticipada

El art. 166.1 de la LGSS, en la redacción dada por la LMSS, permite que los trabajadores que hayan cumplido 65 años de edad y reúnan los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación, siempre que se produzca una reducción de su jornada de trabajo comprendida entre un mínimo de un 25 por 100 y un máximo de un 75 por 100, puedan acceder a la jubilación parcial sin necesidad de la celebración simultánea de un contrato de relevo. La reforma operada por la LMSS se limita al porcentaje de reducción de jornada: se sustituye la reducción máxima anterior del 85 por 100 por la del 75 por 100. No es necesario suscribir un contrato de relevo, aunque puede hacerse. Se trata de la denominada jubilación parcial autónoma⁵³.

5. JUBILACIÓN FLEXIBLE

La jubilación flexible, regulada en el art. 165.1, párrafo 2º de la LGSS en relación con el art. 5 del Real Decreto 1132/2002, de 31-10, está definida por este último precepto como la situación derivada de la posibilidad de compatibilizar la pensión de jubilación, una vez causada, con un trabajo a tiempo parcial, dentro de los límites de jornada del art. 12.6 del ET, con la consecuente minoración de aquélla en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista, en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable.

La modificación del art. 12.6 del ET por la LMSS obliga a aplicar a la jubilación flexible los nuevos límites de reducción de jornada establecidos por esta norma: entre un 25 por 100 como mínimo y un 75 por 100 como máximo, de la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable.

⁵³ La denominación: jubilación parcial autónoma, la utilizó por primera vez RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO FERRER, M.: «La flexibilidad de la edad de jubilación (III): jubilación aplazada y jubilación gradual», *RL*, n° 2, 2002. pág. 144.

6. PROLONGACIÓN DE LA VIDA LABORAL

La Ley 35/2002 modificó el art. 163 de la LGSS, permitiendo que la cuantía de la pensión de jubilación se incrementase por encima del 100 por 100 de la base reguladora cuando se accedía a la pensión de jubilación una vez cumplidos los 65 años de edad, siempre que en dicha fecha el interesado hubiese acreditado 35 años de cotización. Sin embargo, esta reforma apenas tuvo efectos prácticos porque solo se aplicaba este incentivo en los casos de largas carreras de cotización y porque el incremento de pensión podía no percibirse, si su cuantía se veía afectada por el tope máximo de pensión⁵⁴. La prolongación de la vida laboral puede ser más atractiva para trabajadores con una elevada cualificación y salarios, que desarrollan trabajos más creativos y con menos exigencias físicas, que para trabajadores manuales, con unas exigencias físicas mayores. Muchos de aquéllos trabajadores no tenían incentivos para prolongar la vida laboral porque percibían la pensión de jubilación en su importe máximo.

Con la finalidad de aumentar la tasa de actividad de las personas con 65 o más años, la LMSS reforma el art. 163 de la LGSS. Si se accede a la pensión de jubilación a una edad superior a los 65 años, y al cumplir esta edad se acreditaba el período mínimo de cotización de 15 años, se reconoce un porcentaje adicional de un 2 por 100 por cada año completo transcurrido entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión. Dicho porcentaje se elevará al 3 por 100 cuando el interesado hubiera acreditado al menos cuarenta años de cotización al cumplir 65 años. Este porcentaje adicional se suma al que con carácter general corresponda al interesado, aplicándose el porcentaje resultante a la base reguladora, sin que la pensión pueda superar el límite máximo de la pensión pública.

54 PANIZO ROBLES, J. A.: «La reforma de la Seguridad Social...», ob. cit., pág. 57.

presenta unas dolencias que le impiden trabajar. En este supuesto no se sustituyen rentas reales pero sí rentas potenciales: las que podría percibir si trabajase, lo que definitivamente no puede hacer.

En cambio, cuando el beneficiario es una persona distinta del causante, del que puede estar completamente desvinculado (como puede suceder en caso de separación, de hecho o judicial, o divorcio), en algunas ocasiones no solo no hay una situación de necesidad sino que ni siquiera se están sustituyendo rentas, reales ni potenciales, porque el beneficiario no las percibía antes del fallecimiento del causante, ni pudo llegar a percibir las. Antes de la reforma operada por la LMSS, incluso podía producirse un doble enriquecimiento del beneficiario: si ambos cónyuges trabajaban, se separaban, uno le abonaba al otro una pensión compensatoria (debido a la diferencia de rentas) y posteriormente fallecía el receptor de esta pensión compensatoria. En tal caso 1) el cónyuge que abonaba la pensión compensatoria ya no tenía que pagarla y 2) además, hasta la entrada en vigor de la LMSS, percibía una pensión de viudedad. Y, a diferencia de las pensiones de jubilación e incapacidad, el reconocimiento de una pensión de viudedad no quiere decir nada acerca de la capacidad de ganancia del beneficiario, que puede ser una persona joven, en activo, que perciba unos importantes ingresos por su trabajo.

Por tanto, la diferencia entre 1) las prestaciones contributivas de jubilación o incapacidad y 2) la de viudedad, radica en que, aunque todas ellas operan con una presunción *iuris et de iure* de necesidad (por la concurrencia de la contingencia protegida se considera *iuris et de iure* que concurre la situación de necesidad), en el caso de las pensiones de jubilación o incapacidad, su mero reconocimiento conlleva la existencia de una limitación de la capacidad laboral del beneficiario, debido a su edad o enfermedad, que condiciona su capacidad de ganancia. Como el causante y el beneficiario son la misma persona no es imprescindible exigir la acreditación de la situación de necesidad.

Sin embargo, el salto de la persona del causante a la del beneficiario de la pensión de viudedad, puede suponer que no haya ninguna situación de necesidad, dependencia o sustitución de rentas. Por ello, en la pensión de viudedad, al no ser el mismo el causante y el beneficiario, sin que su mero reconocimiento implique que el beneficiario tenga limitada su capacidad de ganancia, debería exigirse que concurra una efectiva situación de necesidad. El problema se plantea con la pensión de viudedad y no con la de orfandad, porque ésta exige requisitos etarios o de inhabilidad laboral que son ajenos a aquélla. Hay tres niveles de situación de necesidad:

1) Aquél en el que verdaderamente hay una situación de necesidad porque el beneficiario necesita la pensión de viudedad para sobrevivir. En este primer nivel se encuentran la mayoría de las perceptoras de una pensión de viudedad.

2) Aunque el beneficiario tiene unos ingresos suficientes para sobrevivir (por ejemplo, un viudo joven con un buen trabajo), el fallecimiento del cónyuge conlleva una disminución de ingresos. En este nivel hay un grupo no mayoritario pero numéricamente importante de viudos. Es lícito preguntarse hasta qué punto esta protección está justificada.

3) Ni hay una situación de necesidad, ni hay sustitución de rentas, porque el fallecido no las aportaba. Es un caso menos frecuente pero que existe.

En definitiva, las prestaciones contributivas de jubilación, incapacidad o maternidad, se reconocen a beneficiarios en quienes concurre una situación de necesidad en sentido amplio. Se trata de personas que tienen una avanzada edad, lo que limita su capacidad laboral; están incapacitados para trabajar, debido a sus dolencias; o están cuidando a un hijo recién nacido, por lo que no trabajan. No hace falta exigir además una acreditación de la situación de necesidad porque ésta está implícita en la propia con-

tingencia protegida. En cambio, el mero hecho de que una persona esté casada o conviva con otra que ha fallecido, en sí mismo, no quiere decir que esta persona esté en una situación de necesidad, ni que tenga limitada su capacidad de ganancia, ni que el fallecimiento conlleve una disminución de sus rentas.

Si buscamos el fundamento de la pensión de viudedad es imprescindible acudir a argumentos sociológicos. En la mayor parte de los casos, el fallecimiento del causante ocasiona una situación de necesidad o, cuando menos, una disminución de los ingresos de la unidad familiar. En muchas familias solo trabaja uno de los cónyuges, por lo que su fallecimiento le causa al supérstite una situación de necesidad. E incluso en las familias en que trabajan los dos, los ingresos de cada uno de ellos son necesarios para mantener el nivel de vida adoptado por la familia. Su fallecimiento ocasiona un desequilibrio económico, incluso en supuestos en los que ambos cónyuges perciben rentas elevadas. Y hay casos en los que el causante no aportaba ingresos desde hacía años, debido a una enfermedad crónica o a la adicción a las drogas, pese a lo cual se le considera en situación de alta, reconociéndose la pensión de viudedad, que viene a sustituir las rentas que hubiera podido aportar a la familia el causante si no hubiera sufrido esas dolencias o adicción. Se sustituyen unas rentas potenciales que podría haber aportado el causante. Ahora bien, este argumento sociológico no es suficiente. El hecho de que no sean mayoritarios los supuestos en los que se reconocen pensiones de viudedad que no responden a una situación real de necesidad no hace admisible su reconocimiento.

Tal vez habría que profundizar en la alegación del Abogado del Estado efectuada en el recurso que dio lugar a las sentencias del TC nº 103/1983, de 22-11 y 104/1983, de 23-11, consistente en que esta cuestión se sitúa realmente en el marco más modesto de las puras técnicas legislativas que se ven forzadas a una simple labor de simplificación en favor de la necesaria generalización de

los preceptos, partiendo de una presunción de necesidad⁵⁸. En el caso de las pensiones de viudedad, es un hecho cierto que en la mayoría de los casos el fallecimiento del causante origina una disminución de los ingresos de los beneficiarios. Sin embargo, en atención al enorme número de prestaciones de esta clase, la ley no exige que se acredite una situación de necesidad concreta para el devengo de cada prestación, pero ello no supone que esta situación de necesidad no esté subyaciendo en la mayoría de las prestaciones por muerte y supervivencia. Lo que ocurre es que el legislador ha optado por no exigir su acreditación en cada caso concreto, facilitando la gestión de la prestación y disminuyendo su coste. Es cierto que en otras prestaciones por muerte y supervivencia (las prestaciones en favor de familiares) sí que se exige que concurra esta situación de necesidad, pero se trata de prestaciones cuantitativamente mucho menos importantes, lo que facilita su gestión.

A nuestro juicio, el cambio en el modelo social de familia obliga a replantearse si esta presunción *iuris et de iure* de necesidad es admisible. La excesiva extensión subjetiva de la pensión de viudedad es uno de los factores que determinan su cuantía exigua. Limitar aquélla permitiría mejorar ésta.

2. LA LMSS

El Acuerdo de 13-7-2006 explica en su apartado III.3.a) que *«la pensión de viudedad debe recuperar su carácter de renta de sustitución y reservarse para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supervivientes»*. Sin embargo, el Preámbulo de la LMSS únicamente menciona *«el propósito de modernización del sistema al abordar las situaciones creadas por las nuevas realidades familiares»*, sin hacer referencia a la

58 Sentencia del TC nº 103/1983, de 22-11, FD 6º y nº 104/1983, de 23-11, FD 6º.

recuperación de su carácter de renta de sustitución. Esta LMSS no ha supuesto la esperada reforma en profundidad de la pensión de viudedad, como lo evidencia su disposición adicional 25ª, que prevé que el Gobierno, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, elaborará un estudio que aborde la reforma integral de esta pensión.

La nueva regulación de la pensión de viudedad diferencia entre una pensión vitalicia y una prestación temporal. Y distingue los supuestos siguientes:

1) Matrimonio no separado judicialmente: es irrelevante si efectivamente existe dependencia económica o situación de necesidad. El único límite hace referencia a la enfermedad común preexistente.

2) Divorcio, separación o nulidad matrimonial: se exige dependencia económica, patentizada en una pensión o indemnización a favor del beneficiario, extinguida con su fallecimiento. La pensión de viudedad pretende compensar por la pérdida de ingresos del beneficiario, aunque en el caso de nulidad matrimonial en que se haya fijado una indemnización a tanto alzado que ya se ha percibido, no hay tal.

3) Pareja de hecho: se requiere dependencia económica o, en su defecto, situación de necesidad.

De ello se deduce que nos encontramos ante una pensión de viudedad plural: hay tres pensiones de viudedad distintas, con requisitos ontológicamente diferentes. En algunos supuestos se exige dependencia económica, en otros situación de necesidad, y en otros ni una, ni otra.

Ello se debe a que, cuando la LMSS ha ampliado el ámbito de la pensión de viudedad, incluyendo a determinadas parejas de hecho, sí que ha exigido dependencia económica o subsidiariamente situación de necesidad. Pero respecto de las pensiones de viudedad ya preexistentes, el alcance de la reforma ha sido menor.

Únicamente exige dependencia económica respecto de los cónyuges históricos (o del cónyuge separado legalmente), para evitar que una persona divorciada, separada o con su matrimonio anulado, que no mantiene ningún vínculo económico con el causante, resulte beneficiaria de una pensión de viudedad que, ni se reconoce a un viudo (puesto que ya no existía matrimonio, salvo en el caso de separación), ni sustituye renta alguna dejada de percibir por el fallecimiento de un causante que no le aportaba ningún recurso.

2.1. Matrimonio no separado judicialmente

La novedad introducida por la LMSS consiste en la prestación temporal de viudedad⁵⁹. El art. 174.1, párrafo 3º de la LGSS establece que «en los supuestos excepcionales» en que el fallecimiento del causante se deba a una enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal, el matrimonio se tendrá que haber celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento. La propia norma legal habla de la excepcionalidad de este supuesto, lo que obliga a interpretar restrictivamente este requisito de la pensión de viudedad.

Se trata de una norma, habitual en Derecho comparado, que pretende evitar los «matrimonios de conveniencia», celebrados con el objeto de percibir la pensión de viudedad⁶⁰. Sin embargo, si su finalidad es evitar el fraude, no se entiende por qué no se incluyen también los supuestos en que el fallecimiento se debe a una enfermedad profesional, o incluso a un accidente de trabajo por enfermedad profesional no listada, *ex* art. 115.2.e) del ET. Los datos relevantes, a estos efectos, son los de preexistencia de la

59 La Ley de Seguridad Social de 1966 establecía en su art. 161 un subsidio temporal de viudedad para los que no causaban pensión de viudedad por no reunir todos los requisitos legales.

60 PANIZO ROBLES, J. A.: «La reforma de la Seguridad Social...», *ob. cit.*, pág. 68.

enfermedad, con independencia de su etiología, proximidad temporal entre la celebración del matrimonio y el deceso, inexistencia de hijos comunes y de convivencia marital anterior.

Si no concurre el citado requisito, el beneficiario tendrá derecho a una prestación temporal en cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años⁶¹.

No se exige esta duración del vínculo matrimonial cuando concurre alguno de los supuestos siguientes:

1) Cuando haya hijos comunes

El Acuerdo de 13-7-2006 exigía que los hijos comunes tuvieran derecho a la pensión de orfandad. La LMSS suprime esta última exigencia. Se ha criticado la exclusión de la pensión de viudedad cuando haya hijos de uno solo de los cónyuges, argumentando que cabe ser beneficiario de la pensión de viudedad teniendo hijos comunes sin derecho a pensión de orfandad pero no se reconoce el derecho a la pensión de viudedad aunque se tengan hijos de vínculo sencillo beneficiarios de la pensión de orfandad⁶².

2) Cuando en su fecha de celebración se acredite «en los términos establecidos en el párrafo 4º» del art. 174.3, un período de convivencia marital con el causante que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años.

En cuanto a la acreditación de esta convivencia marital, parte de la doctrina científica ha sostenido que la pareja de hecho deberá estar «totalmente legalizada»⁶³ a través de la inscripción en los registros específicos o mediante su formalización en documento

61 El Acuerdo de 13-7-2006 preveía que su duración fuera equivalente a la del matrimonio.

62 RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «La protección por muerte y supervivencia», en CAVAS MARTÍNEZ, F. (director): *La reforma de la Seguridad Social...*, ob. cit., pág. 172.

63 Resulta una antinomia exigir que una pareja de hecho esté totalmente legalizada.

público⁶⁴. Como explicaremos más adelante, el párrafo 5º del art. 174.3 de la LGSS contiene una remisión a la normativa autonómica en materia de parejas de hecho que puede dejar sin efecto la exigencia de inscripción registral o de documentación pública. Sin embargo, lo cierto es que el art. 174.1, párrafo 3º de la LGSS se remite expresamente al párrafo 4º y no al 5º del art. 174.3 de la LGSS, de lo que se deduce, a estos efectos, la necesidad en todo caso de inscripción en los registros específicos o formalización en documento público.

Ello supone que hay comunidades autónomas en las que, en virtud de la remisión normativa del art. 174.3, párrafo 5º de la LGSS, no se exige inscripción registral para el devengo de pensiones de viudedad de parejas de hecho, y sin embargo sí que es exigible respecto de los matrimonios precedidos por una convivencia de hecho *ex art.* 174.1, párrafo 3º de la LGSS. Esta regulación legal puede ocasionar inseguridad jurídica puesto que puede haber parejas de hecho que no se inscriben en ningún registro, porque su ley autonómica reguladora de las parejas de hecho no lo exige, o incluso no prevé la creación de un registro autonómico de parejas de hecho, y posteriormente resulten perjudicadas porque su convivencia anterior al matrimonio no compute a estos efectos, lo que pugna con un elemental principio de seguridad jurídica.

En este caso: matrimonio no separado judicialmente, se ha afirmado que se presume la dependencia económica, a diferencia de los excónyuges y de las parejas de hecho⁶⁵. Se trata de una presunción *iuris et de iure*, porque no admite prueba en contrario.

64 PÉREZ ALONSO, M.A.: *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el Régimen General de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 18.

65 PÉREZ ALONSO, M.A.: *Nueva pensión de viudedad...*, *ob. cit.*, pág. 15.

En realidad, por aplicación del art. 9 de la LMSS, la nueva regulación de la pensión de viudedad y orfandad se aplica a todos los regímenes de la Seguridad Social, no solo al Régimen General.

El Acuerdo de 13-7-2006 iba mucho más lejos en la reforma de esta pensión. En caso de matrimonio, cuando el fallecimiento se debía a enfermedad común, exigía un periodo previo de vínculo conyugal de dos años o hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. En caso contrario, se reconocería una pensión temporal con una duración equivalente al periodo acreditado de convivencia matrimonial.

2.2. Separación judicial, divorcio o nulidad

A) Separación judicial y divorcio

En los casos de separación judicial o divorcio, los requisitos adicionales son los siguientes:

1) El interesado no debe haber contraído nuevas nupcias, ni haber constituido una pareja de hecho. El art. 174.2 de la LGSS, en la redacción conforme a la LMSS, se refiere a la pareja de hecho «en los términos a que se refiere el apartado siguiente», lo que remite a la problemática que expondremos más adelante, relativa a si es necesaria la inscripción en el registro de la comunidad autónoma o ayuntamiento o documento público.

2) El interesado tenía que ser acreedor de la pensión compensatoria del art. 97 del Código Civil, que debe quedar extinguida por el fallecimiento del causante. Si no había pensión compensatoria, no se reconoce la pensión de viudedad. La finalidad es que la pensión de viudedad cumpla una función sustitutoria de la pensión compensatoria dejada de percibir como consecuencia del fallecimiento del causante. Se introduce así el requisito de dependencia económica, pero no con carácter general, sino que se limita a determinadas modalidades de la pensión.

En la actualidad, la pensión compensatoria del art. 97 del Código Civil se concibe, en principio, de forma temporal y no permanente, porque su verdadera naturaleza es la de corregir la

descompensación económica en los patrimonios de los cónyuges hasta que el que percibe menos ingresos se rehaga (sentencias del TS/I de 9-12-2005, recurso 1024/2005 y 28-4-2005, recurso 307/2005)⁶⁶. Resulta anómalo que la pensión compensatoria, en principio, sea temporal, y la pensión de viudedad que la sustituye, sea permanente. Puede suceder que el beneficiario estuviera percibiendo una pensión de viudedad que se iba a extinguir el mes siguiente al fallecimiento del causante, pero como la estaba percibiendo al fallecer éste y se extinguió por su fallecimiento (aunque solo le quedase un mes), pasa a percibir una pensión de viudedad vitalicia.

Si, habiendo mediado divorcio, concurren varios beneficiarios con derecho a pensión (el cónyuge viudo y el cónyuge histórico, o varios cónyuges históricos), ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose el 40 por 100 a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente.

La mención a que, en caso de concurrencia de beneficiarios, la pensión de viudedad se reconocerá *«en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante»*, se ha interpretado en el sentido de que ha perdido vigencia la interpretación del TS que atribuía los periodos sin convivencia a quien tuviera la condición de cónyuge en el momento del fallecimiento⁶⁷. Y al referirse al *«tiempo vivido»* con el causante, la cuantía de la pensión ya no depende de la duración del matrimonio sino de la convivencia con el causante.

66 PÉREZ ALONSO, M.A.: *Nueva pensión de viudedad...*, ob. cit., pág. 21.

67 LÓPEZ TERRADA, E. en SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M. y LÓPEZ TERRADA, E.: *La Ley de medidas...*, ob. cit., pág. 115.

Las parejas de hecho «actuales» (en el momento del fallecimiento del causante), sí que tienen derecho a pensión de viudedad (si reúnen los requisitos exigidos): el art. 174.3, párrafo 1º de la LGSS se refiere a «*quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho*». Y el párrafo 4º del citado precepto exige que se acredite una convivencia «*con carácter inmediato al fallecimiento del causante*». Si asimismo existe un cónyuge histórico (o varios), se procederá al reparto de la pensión conforme al tiempo vivido, con un mínimo del 40 por 100 a favor del conviviente en el momento del fallecimiento. Pero desde el momento que la convivencia debe ser inmediata al deceso del causante, las parejas de hecho «históricas» (que convivieron con el causante en el pasado pero no lo hacen en el momento del deceso), no tienen derecho a pensión de viudedad, a diferencia de los cónyuges históricos, aunque la convivencia se prolongara durante muchos años. Se produce así una situación de desigualdad: las parejas de hecho históricas en ningún caso devengan la pensión de viudedad, mientras que los cónyuges históricos sí que pueden devengarla.

Si el causante contrajo matrimonio, se divorció y posteriormente inició una convivencia de hecho que no alcanzó los cinco años en el momento de su fallecimiento, la única pensión de viudedad le corresponderá al cónyuge histórico, ya que el conviviente no reunirá el requisito de convivencia quinquenal.

La expresión contenida en el art. 174.2 de la LGSS, en la redacción dada por la LMSS: «*Si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión*», se ha interpretado en el sentido de que, cuando no hay concurrencia de acceso a la pensión de viudedad desde la situación de divorcio (o nulidad), la pensión se reconoce en su integridad a la única persona titular, superando la doctrina jurisprudencial que establecía su reparto en función del tiempo de convivencia⁶⁸.

68 PANIZO ROBLES, J. A.: «La reforma de la Seguridad Social...», *ob. cit.*, pág. 70.

B) Nulidad matrimonial

En caso de nulidad matrimonial, parte de la doctrina científica propuso la supresión del derecho a la pensión de viudedad⁶⁹ porque el cónyuge de buena fe tiene derecho a una indemnización, si ha existido convivencia conyugal, pero no a una pensión compensatoria. En sentido contrario, otro sector doctrinal ha defendido el mantenimiento de la pensión de viudedad en estos casos, argumentando que la indemnización, al igual que la pensión, podría calificarse como compensatoria⁷⁰.

La LMSS exige que el interesado no haya contraído nuevas nupcias, ni haya constituido una pareja de hecho, así como que se le haya reconocido el derecho a la indemnización del art. 98 del Código Civil.

C) Eficacia temporal de esta modificación legal

La disposición final 3ª de la LMSS establece que, como regla general, la nueva regulación de las prestaciones de Seguridad Social solo se aplicará a los hechos causantes producidos a partir de su entrada en vigor: el 1-1-2008. En relación con la pensión de viudedad, se ha argumentado que la exigencia de pensión compensatoria o de la indemnización del art. 98 del Código Civil, si se aplica a divorcios, separaciones o nulidades matrimoniales generadas antes del 1-1-2008 puede ocasionar la desprotección de muchos excónyuges que, en el momento de su divorcio o separación, no pactaron pensión compensatoria para aligerar el proceso de divorcio, separación o nulidad matrimonial, por lo que se ha postulado que se aplique a los procesos de disolución pro-

69 GALA DURÁN, C.: «El derecho a la pensión de viudedad en los casos de nulidad, separación y divorcio: la nueva redacción del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social», AS 1998-V, pág. 587.

70 LÓPEZ TERRADA, E. en SALA FRANCO, T.; ROQUETA BUJ, R.; LÓPEZ BALAGUER, M. y LÓPEZ TERRADA, E.: *La Ley de medidas...*, ob. cit., pág. 117.

ducidos a partir del 1-1-2008⁷¹. Sin embargo, el tenor literal de la citada disposición final tercera es claro: el nuevo régimen jurídico de la pensión de viudedad se aplicará a las prestaciones cuyos hechos causantes sean posteriores al 1-1-2008, con independencia de la fecha de la separación, divorcio o nulidad matrimonial.

2.3. Pareja de hecho

La LMSS amplía el ámbito subjetivo de la pensión de viudedad, incluyendo determinadas parejas de hecho, estableciendo diferencias sustanciales con la pensión de viudedad en caso de matrimonio. Como consecuencia de los requisitos exigidos en este ámbito, se prevé que el impacto de esta reforma sea limitado. La Memoria económica del borrador del Anteproyecto de esta ley preveía que con la introducción de la pensión de viudedad a las parejas de hecho, el número de pensiones aumentase un 2,7 por 100. Se ha hecho una proyección en términos de cuantía de pensión, conforme a la cual, el incremento del gasto sería de unos tres millones de euros⁷².

El art. 174.3 de la LGSS establece dos regímenes distintos. El párrafo 4º de este precepto 1) define la pareja de hecho; 2) exige cinco años de convivencia estable y notoria previa al fallecimiento, acreditada mediante certificado de empadronamiento; 3) establece otro requisito formal: la acreditación de la pareja de hecho mediante la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o con un documento público en el que conste la constitución de dicha pareja; y 4) estatuye que la citada inscripción o documentación deben anteceder en dos o más años a la fecha del fallecimiento del causante.

71 PÉREZ ALONSO, M. A. *Nueva pensión de viudedad...*, ob. cit., pág. 15, nota 5.

72 LAMARCA I MARQUÈS, A. y ALASCIO CARRASCO, L. «Parejas de hecho y pensión de viudedad», *Indret*, 4/2007, pág. 9, disponible en: http://www.indret.com/pdf/485_es.pdf.

El Proyecto de Ley de medidas en materia de Seguridad Social no preveía que el art. 174.3 de la LGSS tuviera ningún párrafo más. Sin embargo, una enmienda del Grupo Parlamentario Catalán presentada en el Congreso (también presentó una enmienda a este precepto el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana), que fue objeto de una mejora técnica en el Senado, fue incorporada al texto⁷³, lo que añadió un nuevo párrafo 5º con el contenido siguiente:

73 La enmienda 97 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), presentada en el Congreso, postulaba que el párrafo 4º del art. 174.3 de la LGSS quedase redactado así:

«A efectos de lo establecido... (igual) con respecto a la fecha del fallecimiento del cónyuge. En las Comunidades Autónomas con derecho civil propio, prevalecerán los requisitos de concurrencia y su acreditación definidos en la propia ley autonómica.»

La justificación de la enmienda consistía en *«adaptar el texto del Proyecto de Ley a la competencia exclusiva en derecho civil que tienen algunas Comunidades Autónomas.»*

Por su parte, la enmienda 138 del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC), propuso adicionar al art. 137 de la LGSS un punto nuevo, el 5, con el siguiente tenor literal: *«A efectos de esta Ley, las uniones estables de pareja se consideran constituidas de acuerdo con los criterios establecidos por las normas de Derecho civil aplicable.»*

La justificación de la enmienda era la siguiente: *«Consideramos que es necesaria la adición de este artículo, como en la anterior enmienda, por cuanto la regulación especial que contienen determinados derechos propios deben ser considerados en el proyecto, dado que, de no ser así, aparecerán innumerables conflictos de interpretación de compleja solución, y conllevaría además la aparición de situaciones de desigualdad por razón de territorio.»* (BO de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VIII Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley. 5-6-2007. Nº 126-12).

El Informe de la Ponencia propuso añadir un nuevo párrafo con el contenido siguiente:

«En las comunidades autónomas con Derecho civil propio, la existencia de la pareja de hecho se acreditará conforme establezca su legislación específica.» (BO de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VIII Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley. 26-6-2007. Nº 126-14). Únicamente se mencionaba la existencia de la pareja de hecho.

El Pleno del Congreso aprobó la citada redacción.

En el Senado, el Grupo Parlamentario Catalán formuló la enmienda 79, en virtud de la cual el último párrafo del art. 174.3 quedaría redactado así:

«En las comunidades autónomas con Derecho civil propio, la consideración de pareja de hecho y su acreditación, se atenderá a su legislación específica.»

La justificación de la enmienda era la *«mejora técnica»*. (BO de las Cortes Generales. Senado. VIII Legislatura. Serie II: Proyectos de Ley. 16-10-2007. Nº 118 -d-).

Finalmente, el Dictamen de la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales propuso la misma redacción que posteriormente entró en vigor. (BO de las Cortes Generales. Senado. VIII Legislatura. Serie II: Proyectos de Ley. 31-10-2007. Nº 118 -f-).

«En las comunidades autónomas con Derecho civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica».

Por tanto, este párrafo establece un régimen jurídico distinto para las comunidades autónomas con Derecho civil propio, remitiéndose a su legislación específica respecto de la consideración y acreditación de la pareja de hecho.

A) Requisitos comunes

Los requisitos comunes a uno y otro régimen son los siguientes:

a) Dependencia económica o situación de necesidad

a).1. Pensión de viudedad por dependencia económica

Si la pareja de hecho tiene hijos comunes con derecho a pensión de orfandad, el interesado debe acreditar que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 por 100 de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Si no tiene dichos hijos, el porcentaje es del 25 por 100. Este requisito se exige en el momento de devengo de la pensión, referido a los ingresos del año natural anterior, pero no durante la dinámica del derecho. La referencia al año natural, es decir, al que comienza el 1 de enero y finaliza el 31 de diciembre, obedece a que las declaraciones fiscales facilitan conocer cuáles fueron los ingresos del año fiscal anterior al fallecimiento.

Se exige dependencia económica del causante, intentando recuperar la naturaleza de la pensión de viudedad, como pensión sustitutoria de rentas dejadas de percibir. La exigencia de que los ingresos no alcancen el 50 por 100 del total, necesariamente excluye a uno de los integrantes de la pareja de hecho. Si uno de los con-

vivientes aporta el 40 por 100 de los ingresos, eso significa que el otro aporta el 60 por 100. Lo que supone que si fallece aquél, éste no tendrá derecho a pensión de viudedad, puesto que su aportación económica a la pareja de hecho era mayoritaria (salvo que tenga derecho a pensión de viudedad por concurrir la situación de necesidad prevista en el párrafo siguiente del art. 174.3 de la LGSS).

Y si no tienen hijos comunes, puede ocurrir que ambos convivientes estén excluidos de la pensión de viudedad. En el ejemplo citado, ni el conviviente que aportaba el 60 por 100, ni el que aportaba el 40 por 100, cumplen el requisito de no alcanzar el 25 por 100 de los ingresos totales, por lo que no se devengará esta pensión. De ello se deriva que la pensión de viudedad en caso de parejas de hecho sin hijos comunes únicamente se devenga en los supuestos en que la aportación de uno de los convivientes a los ingresos de la pareja es mínima y fallece el otro (o cuando concurre la situación de necesidad). Es importante reparar en que la mayoría de las pensiones de viudedad se devengan a una edad avanzada. En la mayoría de los casos, tanto el causante como el beneficiario son personas de la tercera edad, que es cuando la mortalidad es mayor. La Memoria económica de este proyecto de ley explicaba que la edad media de alta en la pensión de viudedad es de 70 años. En tal caso, los hijos suelen ser mayores, lo que supone que no devengan la pensión de orfandad, aplicándose el porcentaje restrictivo del 25 por 100 definitorio de la dependencia económica. En la práctica, ello supone que solo en los casos en que uno de los cónyuges no tenga ingresos, o éstos sean mínimos en relación con el otro, se devengará esta pensión.

Esta exigencia de dependencia económica configura una pensión de viudedad de parejas de hecho ontológicamente diferente de la pensión de viudedad matrimonial, tratándose de un requisito restrictivo que conlleva una diferencia de trato en perjuicio

de las parejas de hecho carente de justificación⁷⁴. Si que está justificado que el legislador exija determinados requisitos formales para el devengo de la pensión de viudedad en caso de parejas de hecho, los cuales no se exigen en caso de viudedad matrimonial, pues intenta evitar el fraude en esta prestación de Seguridad Social. Pero la exigencia de dependencia económica únicamente respecto de las parejas de hecho no está justificada: o se exige en todas las pensiones de viudedad, o en ninguna. Desde la perspectiva de la Seguridad Social, la relación económica que existe entre los convivientes de una pareja de hecho y los cónyuges de un matrimonio, es la misma: se trata de una unión de dos personas, con hijos o sin ellos, que han constituido una comunidad de vida, lo que supone que el daño que sufren por la muerte de uno de los dos es el mismo en ambos casos⁷⁵. El hecho de que un viudo que aportaba el 90 por 100 de las rentas familiares perciba pensión de viudedad, mientras que el supérstite de una pareja de hecho que aportaba el 51 por 100, no tenga derecho a esta pensión, constituye una diferencia de trato injustificada.

La regulación de la pensión de viudedad precisa de una profunda reforma. La propia disposición adicional 25ª de la LMSS encomienda al gobierno elaborar un estudio que aborde la reforma integral de esta pensión. Sin embargo, la LMSS no lleva a cabo esta reforma. Y amplía todavía más el ámbito subjetivo de esta pensión, incluyendo determinadas parejas de hecho. Al ampliarla, sí que exige para su devengo la concurrencia de los requisitos de dependencia económica o situación de necesidad. Asimismo,

74 LAMARCA I MARQUÈS, A. y ALASCIO CARRASCO, L.: «Parejas de hecho y pensión...», *ob. cit.*, pág. 24, sostiene que la exigencia de estos requisitos económicos es «ignominiosa».

75 LAMARCA I MARQUÈS, A. y ALASCIO CARRASCO, L.: «Parejas de hecho y pensión...», *ob. cit.*, pág. 8.

Estos autores sostienen que la negativa a reconocer la pensión de viudedad a las parejas de hecho hasta la LMSS, ha sido una cuestión de orden jurídico o político, incluso formal o moral.

introduce estos requisitos respecto de las pensiones de viudedad en caso de separación matrimonial, divorcio o nulidad. Pero respecto de los matrimonios no separados judicialmente, la LMSS no ha introducido estos requisitos de dependencia económica o situación de necesidad. La consecuencia de ello es la coexistencia de dos regímenes distintos de pensión de viudedad, uno de ellos anudado a la existencia de dependencia económica o situación de necesidad y el otro no. La solución es insatisfactoria porque o bien se llega a la conclusión de que la situación de necesidad es consustancial a la pensión de viudedad, en cuyo caso tendría que exigirse tanto en el caso de matrimonio como de pareja de hecho, o se llega a la conclusión de que no es consustancial, en cuyo caso no debería exigirse en ninguno de ellos. Pero lo que no es admisible es que se exija respecto de las parejas de hecho pero no respecto de los matrimonios, configurando dos pensiones de viudedad esencialmente distintas. La existencia de pareja de hecho justifica un tratamiento diferenciado en cuanto a los requisitos de acreditación de la convivencia, para evitar fraudes, pero no justifica que se impongan requisitos adicionales de dependencia económica inexistentes en el caso de matrimonio.

Este requisito puede ocasionar una importante conflictividad judicial. La existencia de una situación de desempleo o de excedencia por cuidado de hijos o familiares, puede conllevar que no se perciban retribuciones temporalmente, lo que puede impedir que concorra el requisito de dependencia económica en el año anterior al deceso del causante. Por ello, se ha considerado lógico atemperar este requisito cuando se acrediten cambios de circunstancias en el año del fallecimiento del causante⁷⁶.

76 PÉREZ ALONSO, M.A.: *Nueva pensión de viudedad...*, ob. cit., págs. 23 y 24, nota 19.

a).2. Pensión de viudedad por situación de necesidad

Alternativamente, se reconoce esta pensión aunque no haya dependencia económica, si se acredita la existencia de una situación de necesidad: cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el SMI vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante, como durante el período de su percepción. Este límite se incrementará en 0,5 veces la cuantía del SMI vigente por cada hijo común con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.

Si se excede del citado límite, se suscita el problema de si operará como causa de extinción o de suspensión de la pensión vitalicia de viudedad. No está prevista como causa de extinción de la pensión de viudedad. Y, desde la perspectiva de la aplicación analógica de las normas, el Real Decreto 1465/2001, de 27-12, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia, considera como causa de suspensión de la pensión de orfandad la realización por el huérfano mayor de 18 años de un trabajo por cuenta propia o ajena que le proporcione unos ingresos superiores al límite legal.

A nuestro juicio, operará como una causa de suspensión, que no impedirá que, si en el futuro el solicitante sufre una minoración de sus ingresos, pueda reclamar la pensión de viudedad.

En cuanto al cómputo de estos ingresos, se remite al reconocimiento de los complementos por mínimos de pensiones⁷⁷.

77 De conformidad con lo dispuesto en el art. 6.2 del Real Decreto 1764/2007, de 28-12, de revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2008, deberán computarse los rendimientos íntegros de trabajo personal por cuenta propia o ajena, los de capital, los rendimientos sustitutivos de aquéllos, las plusvalías o ganancias patrimoniales, valoradas conforme a la legislación fiscal, así como los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor un tipo de interés del 2,75 por 100, con la excepción de la vivienda habitualmente ocupada por el pensionista y de los bienes cuyas rentas hayan sido computadas.

b) Convivencia con el causante

Convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. Esta convivencia deberá acreditarse mediante certificado de empadronamiento.

b).1. Convivencia estable y notoria

El requisito de estabilidad hace referencia tanto a que sea continuada en el tiempo como a que no es ocasional, que tiene vocación de permanencia. El término «notorio» quiere decir que no es una convivencia secreta: que es pública y puede ser conocida por terceros⁷⁸.

b).2. De cinco años ininterrumpidos

La exigencia de una convivencia estable de cinco años limita notablemente el ámbito de aplicación de esta pensión de viudedad porque muchas parejas de hecho no alcanzan el citado plazo de convivencia. Antes de alcanzar los cinco años de convivencia, no es inusual que se disuelva la pareja de hecho o se contraiga matrimonio. Ello introduce una diferencia importante con la viudedad matrimonial. Un matrimonio celebrado días antes del fallecimiento del causante (o incluso horas antes), devenga la pensión de viudedad salvo en el caso de enfermedad común preexistente

De los rendimientos íntegros percibidos por el pensionista, y computados en los términos establecidos en la legislación fiscal, se excluirán los siguientes: a) En los rendimientos íntegros procedentes del trabajo, los gastos deducibles, de acuerdo con la legislación fiscal. b) En los casos de rendimientos íntegros procedentes de actividades empresariales, profesionales y agrícolas o ganaderas, los gastos deducibles, de acuerdo con la legislación fiscal.

78 LAMARCA I MARQUÈS, A. y ALASCIO CARRASCO, L.: «Parejas de hecho y pensión...», ob. cit., pág. 16.

En este sentido, APILLUELO MARTÍN, M.: «La pensión de viudedad tras la nueva Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social», *AL*, nº 9, 2008, pág. 1055, nota 32, cita la sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 1-6-1987, que exigió la publicidad de la pareja de hecho como uno de los requisitos de la unión.

causante del deceso. E incluso, en este caso, se devenga una prestación temporal de viudedad. En cambio, una pareja de hecho con una convivencia de cuatro años no devenga prestación alguna.

El requisito de duración ininterrumpida excluye, en principio, que se puedan sumar diferentes periodos de convivencia⁷⁹. Puede suceder que una prolongada convivencia marital se interrumpa durante un breve periodo, reconciliándose posteriormente los convivientes. En tal caso, en principio, no será dable sumar la convivencia anterior y posterior a la ruptura a efectos del cumplimiento del requisito de duración ininterrumpida no inferior a cinco años. Por el contrario, se ha argumentado que los supuestos de residencia obligatoria temporal fuera del domicilio o de enfermedad, no impiden la concurrencia de este requisito porque lo relevante es la voluntad de la pareja de estar juntos⁸⁰.

b).3. Acreditada mediante certificado de empadronamiento

En cuanto a la exigencia formal de certificado de empadronamiento, pretende evitar el fraude en el reconocimiento de estas pensiones. Sin embargo, no puede decirse que las inexactitudes, ni los fraudes en el padrón municipal sean infrecuentes, sin que exista un control efectivo de la veracidad del padrón. Muchas personas residen en una vivienda distinta de aquella en la que están empadronadas.

Conforme al tenor literal de la norma, la única forma de acreditar esta convivencia es mediante el certificado de empadronamiento, lo que supone que el empadronamiento de los convivientes en la misma vivienda, deberá ser anterior en cinco o más años al fallecimiento. Es decir, no parece que baste con que se presente un certificado que acredite el empadronamiento, por ejemplo, dos

79 LAMARCA I MARQUÈS, A. y ALASCIO CARRASCO, L.: «Parejas de hecho y pensión...», *ob. cit.*, pág. 16.

80 APILLUELO MARTÍN, M.: «La pensión de viudedad...», *ob. cit.*, pág. 1054.

años antes del deceso, y que se intente demostrar mediante los restantes medios de prueba admitidos en derecho, que con anterioridad al empadronamiento ya vivían juntos ambos.

Por el contrario, sí que sería admisible que se acreditase este extremo mediante varios certificados de empadronamiento, incluso de varias ciudades, con tal de que en todos ellos ambos convivientes compartiesen la misma vivienda, aunque hayan cambiando de vivienda a lo largo de este periodo de cinco años.

B) Régimen general

a) Existencia de pareja de hecho

La LMSS define la pareja de hecho⁸¹ a estos efectos⁸², exigiendo:

a) Análoga relación de afectividad a la conyugal

Esta mención debe interpretarse como una remisión a los arts. 66, 67 y 68 del Código Civil, que regulan los derechos y deberes de los cónyuges. Se excluye como pareja de hecho, a estos efectos, cualquiera que no persiga los fines propios del matrimonio, como los hermanos que viven juntos. Las relaciones de vecindad, amistad o familiares que no tengan la afectividad característica de la unión conyugal están excluidas⁸³.

b) Inexistencia de impedimento para contraer matrimonio

Los convivientes de hecho deben poder ejercer el *ius conubii* entre ellos. Se suscita el problema de que algunos de estos

81 En cuanto al régimen jurídico de las uniones no matrimoniales véase MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.; DE PABLO CONTRERAS, P. y PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: *Curso de Derecho civil (IV). Derecho de Familia*, Colex, Madrid, 2007, págs. 285 a 295.

82 Como explican LAMARCA I MARQUÈS, A. y ALASCIO CARRASCO, L.: «Parejas de hecho y pensión...», *ob. cit.*, pág. 32, aunque la LGSS afirma que la consideración de pareja de hecho lo es «a efectos de lo establecido en este apartado», en la práctica establece una noción de pareja de hecho a efectos de Seguridad Social muy diferente de la de la legislación civil, prescindiendo de la normativa vigente en muchas comunidades autónomas.

83 PÉREZ ALONSO, M.A.: *Nueva pensión de viudedad...*, *ob. cit.*, pág. 24.

impedimentos, regulados en los arts. 46 y 48 del Código Civil, pueden ser objeto de dispensa⁸⁴, habiéndose pronunciado parte de la doctrina científica en el sentido de que estas dispensas no se pueden aplicar a las parejas de hecho, por la diferencia en cuanto a la constitución de las mismas⁸⁵. A nuestro juicio, se trata de una conclusión rigurosa. Si una pareja de hecho está formada por dos personas que son parientes colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado (un tío con su sobrina), que mantiene una relación de afectividad análoga a la conyugal, y éstos hubieran podido contraer matrimonio previa dispensa judicial, no parece que deba negárseles la pensión de viudedad. Y lo mismo sucede si se trata de un menor de edad no emancipado mayor de 14 años.

c) Inexistencia de vínculo matrimonial

Es un requisito reiterativo porque entre los impedimentos matrimoniales se encuentra el del vínculo: art. 46.2 del Código Civil⁸⁶. Este requisito excluye de la pensión de viudedad algunas parejas de hecho, en las que alguno de los convivientes contrajo matrimonio y está separado pero no se ha divorciado, por lo que concurre este impedimento, que trata de evitar una situación de poligamia de facto: cuando el esposo está casado con una mujer y a la vez convive *more uxorio* con una o más mujeres.

b) Acreditación de la pareja de hecho

Como regla general, el párrafo 4º del art. 174.3 de la LGSS exige un requisito formal: certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autó-

84 El art. 48 del Código Civil establece que el Ministro de Justicia puede dispensar, a instancia de parte, el impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior. Y el Juez de Primera Instancia puede dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos del grado tercero entre colaterales y de edad a partir de los catorce años.

85 PÉREZ ALONSO, M.A.: *Nueva pensión de viudedad...*, ob. cit., pág. 25.

86 LAMARCA I MARQUÈS, A. y ALASCIO CARRASCO, L.: «Parejas de hecho y pensión...», ob. cit., pág. 10.

nomas o ayuntamientos del lugar de residencia o documento público en el que conste la constitución de dicha pareja⁸⁷. El legislador estatal ha optado por el sistema de parejas registradas a efectos de Derecho público, dejando en una posición diferente a muchas parejas de hecho, que no han optado por el registro. Se trata de una opción legislativa que se sitúa en las antípodas de la mayoría de las legislaciones autonómicas sobre parejas de hecho⁸⁸.

Si se examina en su conjunto, este párrafo 4º del art. 174.3 de la LGSS, *prima facie*, exige que se acrediten dos extremos: la convivencia y la existencia de pareja de hecho. La primera mediante certificado de empadronamiento y la segunda, en principio, mediante inscripción en el correspondiente registro de parejas de hecho o documento público. La LGSS establece estas dos exigencias como si se tratase de cuestiones distintas. Pero no lo son. La convivencia ininterrumpida durante al menos cinco años inmediatamente anterior al fallecimiento, se refiere a la convivencia propia de una pareja de hecho. Si se acredita que se ha convivido durante cinco años como pareja de hecho, aportando el correspondiente certificado de empadronamiento, en principio no sería necesario acreditar nada más. Sin embargo, este precepto exige una prueba adicional: debe acreditarse «la existencia de pareja de hecho» con certificación registral o documento público, debiendo tener la inscripción registral o la suscripción del documento, una antelación mínima de dos años a la fecha del fallecimiento del causante⁸⁹.

87 LAMARCA I MARQUÈS, A. y ALASCIO CARRASCO, L.: «Parejas de hecho y pensión...», *ob. cit.*, pág. 17, critican la severidad de estos requisitos y el carácter extremadamente restrictivo de esta norma, que consideran prácticamente un despropósito.

88 LAMARCA I MARQUÈS, A. y ALASCIO CARRASCO, L.: «Parejas de hecho y pensión...», *ob. cit.*, pág. 4.

89 LAMARCA I MARQUÈS, A. y ALASCIO CARRASCO, L.: «Parejas de hecho y pensión...», *ob. cit.*, pág. 17, hacen hincapié en el contraste entre la doble prueba de la pareja de hecho exigida por el art. 174 de la LGSS y la normativa autonómica sobre esta materia: o se acredita la convivencia y, con ella, la existencia de la pareja, o ésta resulta de la constitución formal, que presupone la convivencia.

Tanto la certificación registral como el documento público hacen prueba plena de su fecha y del acto documentado: acreditan fehacientemente que en la correspondiente fecha acudieron al registro o al notario dos personas, las cuales manifestaron que eran una pareja de hecho. La finalidad de este requisito es la constancia fehaciente de la citada fecha, que debe preceder en dos o más años al deceso.

Se trata de una exigencia probatoria reiterativa, que patentiza la desconfianza del legislador, que exige sendas pruebas tasadas, configurando un requisito formal, relativo a la publicidad de la situación de convivencia frente a la sociedad⁹⁰. Este requisito formal solo se exige en el caso de la viudedad *ad futurum*, no en la denominada «pensión de viudedad en supuestos especiales», a fin de evitar la desprotección que supondría exigir *a posteriori* un requisito que no estaba vigente cuando se inició la convivencia de hecho, lo que pugnaría con la seguridad jurídica. En cambio, el requisito de empadronamiento sí que parece exigirse en la «pensión de viudedad en supuestos especiales», puesto que la disposición adicional 3ª de la LMSS se remite a la convivencia interrumpida prevista en el primer inciso del párrafo 4º del art. 174.3 de la LGSS, el cual menciona el citado certificado de empadronamiento.

Por tanto, para evitar el fraude, en principio, la acreditación de la existencia de pareja de hecho precisa prueba *ad solemnitatem*: inscripción en el registro de parejas de hecho o documento público. Tanto uno como otro deben anteceder al menos dos años a la fecha del fallecimiento del causante. Y la convivencia quinquenal tampoco está sometida al principio de prueba libre, sino que deberá acreditarse mediante un documento administrativo: el certificado de empadronamiento.

90 PÉREZ ALONSO, M.A.: *Nueva pensión de viudedad...*, ob. cit., pág. 23, sostiene que este requisito se refiere a la publicidad de la situación de una pareja de hecho que trata de dar a conocer frente a la sociedad su carácter de permanencia y consolidación como pareja.

Parte de la doctrina científica ha resaltado la diferencia entre el plazo de cinco años de convivencia exigido y el de dos años relativo a la inscripción registral o el otorgamiento de la escritura pública. Si la convivencia debe durar cinco años ¿por qué la inscripción registral o documentación pública no debe tener también una antigüedad mínima de cinco años? Se ha considerado que ello se debe a que esta inscripción o documentación cumplen únicamente el requisito de manifestación formal de la voluntad de constituir una pareja de hecho, al igual que ocurre con el matrimonio⁹¹.

En realidad, la pareja de hecho ya está acreditada mediante el certificado de empadronamiento. Se trata de un requisito de forma añadido que conlleva que no se trata propiamente de una pensión de viudedad para las parejas de hecho sino de una pensión de viudedad para las parejas de hecho registradas (o que han formalizado su relación ante un notario, con un coste superior al que supone contraer matrimonio), lo que puede limitar notablemente sus efectos prácticos porque muchas parejas de hecho no contraen matrimonio porque no quieren formalizar su relación. Exigirles que la formalicen, aunque sea acudiendo al correspondiente registro, conducirá a que muchas parejas de hecho no lleguen a devengar esta pensión. Particularmente, en el caso de parejas de hecho con hijos comunes, las citadas exigencias formales no están justificadas.

Esta regulación deja sin resolver el problema causado por el consentimiento nupcial expresado según un rito étnico no reconocido legalmente. El TC⁹² y varios TSJ⁹³ le negaron eficacia a

91 LAMARCA I MARQUÈS, A. y ALASCIO CARRASCO, L.: «Parejas de hecho y pensión...», *ob. cit.*, pág. 17.

92 Sentencia del TC 69/2007, de 16-4, que cuenta con un voto particular de Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

93 Sentencias del TSJ de Cataluña nº 6818/1999, de 7-10 (comentada por CASTRO ARGÜELLES, M. A.: «El vínculo conyugal como requisito para acceder a la pensión de viu-

efectos del devengo de la pensión de viudedad porque no había habido matrimonio. Con posterioridad a la entrada en vigor de la LMSS, únicamente en el caso de que la pareja se hayan inscrito en el correspondiente registro o haya formalizado un documento público, se devengará la pensión de viudedad.

La familia matrimonial recibe un trato más favorable a estos efectos. En cuanto a la problemática relativa a la desigualdad ante la ley entre las pensiones de viudedad de las parejas de hecho y las de matrimonios no separados judicialmente, que no exigen dependencia económica, ni situación de necesidad⁹⁴, parte de la doctrina científica ha sostenido que esta diferencia de trato es discriminatoria⁹⁵. Sin embargo, si el TC consideró conforme con la CE la diferencia de trato existente antes de esta LMSS, que negaba de plano la pensión de viudedad de las parejas de hecho, porque la existencia de matrimonio justificaba esta diferencia de trato, *a fortiori*, forzoso es concluir que la situación actual, en la que al menos se reconoce el derecho, aunque con mayores exigencias, no vulnera el art. 14 de la CE.

C) Comunidades autónomas con Derecho Civil propio

a) *Ámbito territorial*

El párrafo 4º del art. 174.3 de la LGSS define la pareja de hecho «a efectos de lo establecido en este apartado». Sin embargo, el párrafo 5º establece que en las comunidades autónomas con Derecho civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia del

dedad. Ineficacia del matrimonio por el «rito gitano», AS 1999-IV, págs. 2754 a 2757) y 7949/2002, de 12-12, y del TSJ de Madrid, Sección 4ª, nº 637/2002 de 7-11 y de 10-10-2003, recurso 860/2003.

94 El Preámbulo de esta LMSS hace referencia a la «imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho» que «hace inviable la plena equiparación en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad».

95 LAMARCA I MARQUÈS, A. y ALASCIO CARRASCO, L.: «Parejas de hecho y pensión...», ob. cit., págs. 9 y 26 y ss.

párrafo anterior, «la consideración de pareja de hecho y su acreditación» se llevará a cabo conforme a su legislación específica.

Este párrafo 5º del art. 174.3 de la LGSS mantiene el requisito de convivencia (en realidad, de certificado de empadronamiento acreditativo de dicha convivencia quinquenal), pero en cuanto al concepto de pareja de hecho y su acreditación, se remite a las normas autonómicas, lo que permite que se establezca un régimen que se separa del estatuido con carácter general en el apartado anterior.

El Proyecto de Ley de medidas en materia de Seguridad Social no contenía mención alguna a las comunidades autónomas con Derecho civil propio. Fueron dos enmiendas del Grupo Parlamentario Catalán y de Esquerra Republicana de Catalunya las que motivaron su introducción. La justificación de la primera de las citadas consistía en «adaptar el texto del Proyecto de Ley a la competencia exclusiva en derecho civil que tienen algunas Comunidades Autónomas»⁹⁶.

En la actualidad 15 comunidades autónomas han aprobado normas relativas a las parejas de hecho: Cataluña: Ley 10/1998, de 15-7, de uniones estables de pareja; Aragón: Ley 6/1999, de 26-3, relativa a parejas estables no casadas; Navarra: Ley Foral 6/2000, de 3-7, para la igualdad jurídica de las parejas estables; Castilla-La Mancha: Decreto 124/2000, de 11-7, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del registro de parejas de hecho de la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha; Comunidad Valenciana: Ley 1/2001, de 6-4, por la que se regulan las uniones de hecho; Comunidad de Madrid: Ley 11/2001, de 19-12, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid; Islas Baleares: Ley 18/2001, de 19-12, de parejas estables; Asturias: Ley 4/2002, de 23-5, de parejas estables; Castilla y León: Decreto

96 BO de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VIII Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley. 5-6-2007. Nº 126-12. El subrayado es nuestro.

117/2002, de 24-10, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León y se regula su funcionamiento; Andalucía: Ley 5/2002, de 16-12, de parejas de hecho; Canarias: Ley 5/2003, de 6-3, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias; Extremadura: Ley 5/2003, de 20-3, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura; País Vasco: Ley 2/2003, de 7-5, reguladora de parejas de hecho y Cantabria: Ley 1/2005, de 16-5, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria. En cuanto a Galicia, la Ley 10/2007, de 28-6, reformó la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14-6, de Derecho civil de Galicia, definiendo las parejas de hecho.

Hasta la fecha, únicamente carecen de su propia normativa en esta materia las comunidades autónomas de La Rioja y Murcia (así como Ceuta y Melilla).

Ello obliga a examinar si la remisión normativa únicamente debe hacerse a las comunidades autónomas con Derecho civil propio, lo que excluiría de plano Andalucía, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León y la Comunidad de Madrid, a pesar de que tienen normas relativas a las parejas de hecho. En este sentido se ha pronunciado parte de la doctrina científica⁹⁷. O si cabe una interpretación correctora del citado precepto, que permitiría llegar a la conclusión contraria.

A favor de la primera tesis puede argumentarse: 1) El tenor literal del art. 174.3, párrafo 5º de la LGSS, que se refiere a las «comunidades autónomas con Derecho civil propio», lo que remite al art. 149.1.8º de la CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva respecto de la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas, de los Derechos civiles, forales o especiales «allí donde

97 RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «La protección por muerte y supervivencia», en CAVAS MARTÍNEZ, F. (director): *La reforma de la Seguridad Social...*, ob. cit., págs. 181 a 183.

existan», de lo que se deduce que no todas las comunidades autónomas pueden tener competencias legislativas sobre un Derecho civil propio⁹⁸. 2) El origen de este precepto legal se encuentra en una enmienda cuya justificación era: «adaptar el texto del Proyecto de Ley a la competencia exclusiva en derecho civil que tienen algunas Comunidades Autónomas». La *voluntas legislatoris* parece clara. 3) Si se incluyesen todas las comunidades autónomas que han establecido normas jurídicas sobre las parejas de hecho, quedaría sin efecto parte del contenido del párrafo 4º del art. 174.3 de la LGSS, que se refiere expresamente a la inscripción en alguno de los registros específicos de las comunidades autónomas. Por tanto, al regular el régimen general, el art. 174.3, párrafo 4º, está pensando en las comunidades autónomas que, mediante una ley o un decreto autonómico, han creado registros de parejas de hecho. Y a continuación, el párrafo siguiente exceptúa de este régimen general las comunidades autónomas con Derecho civil propio, con la finalidad de respetar su competencia autonómica en materia de legislación civil, que no todas las comunidades autónomas tienen. La recta interpretación del art. 174.3 de la LGSS obliga a diferenciar entre las comunidades autónomas con Derecho civil propio, que se rigen por su propio régimen jurídico en cuanto a la consideración y acreditación de parejas de hecho, y las restantes comunidades autónomas. Si éstas tienen su propio registro de parejas de hecho, ello facilitará el registro previsto en el párrafo 4º del art. 174.3 de la LGSS, pero deberán regirse por el régimen general previsto en este precepto.

Por todo ello, debe concluirse que el citado precepto se refiere únicamente a las comunidades autónomas con Derecho civil pro-

98 LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. A.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVARRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F.; y RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho civil*, I Parte General, volumen primero, 4ª edición, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 87.

pio ex art. 149.1.8º de la CE. No ofrece duda la inclusión de Aragón, Cataluña, Galicia, Islas Baleares y Navarra⁹⁹.

En cuanto al País Vasco, aun cuando históricamente el Derecho civil propio se limitase a parte de Vizcaya y Álava, la antigua tierra de Ayala y ciertas figuras en Guipúzcoa¹⁰⁰, lo cierto es que se trata de una comunidad autónoma «con Derecho civil propio», como exige el art. 174.3, párrafo 5º de la LGSS, y el Estatuto de Autonomía del País Vasco le atribuye competencia exclusiva en materia de Derecho civil propio¹⁰¹.

Es discutible si debe incluirse Extremadura, por el Fuero de Baylío. Conforme al tenor literal del precepto que estamos interpretando, que se refiere a las comunidades autónomas con Derecho civil propio, desde el momento en que Extremadura tiene Derecho civil propio (el citado fuero), sería dable concluir que está incluida. Es cierto que su aplicación territorial es limitada, dentro de la propia comunidad autónoma de Extremadura, pero ello también ocurre respecto de otras comunidades autónomas con Derecho civil propio. El Estatuto de Autonomía de Extremadura atribuye a la Comunidad Autónoma la conservación, defensa y protección del Fuero del Baylío y demás instituciones de Derecho consuetudinario¹⁰².

Y respecto de la Comunidad Valenciana, tras perder su Derecho propio por Decreto de 1707, pasó a regirse por el Derecho castellano, conservando algunas especialidades consuetudinarias.

99 APILLUELO MARTÍN, M.: «La pensión de viudedad...», ob. cit., pág. 1057, únicamente incluye las citadas comunidades autónomas. Por su parte, RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «La protección por muerte y supervivencia», en CAVAS MARTÍNEZ, F. (director): *La reforma de la Seguridad Social...*, ob. cit., pág. 183, parece pronunciarse a favor de la inclusión de Extremadura.

100 ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, I, Introducción y parte general, 17ª edición, Edisofer, SL, Madrid, 2006, pág. 63.

101 Art. 10.5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco.

102 Art. 11.1 del Estatuto de Autonomía de Extremadura, en la redacción dada por la Ley Orgánica nº 12/1999, de 6-5.

Sin embargo, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana le atribuye competencia exclusiva sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano¹⁰³.

Aunque las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio son competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8 de la CE), las uniones no matrimoniales, con relevantes efectos civiles, tienen una regulación distinta en varias comunidades autónomas¹⁰⁴. La institución matrimonial presenta una uniformidad conceptual: se trata de un matrimonio con independencia de dónde se celebre la unión, mientras que el concepto de «pareja» no tiene uniformidad en cuanto al contenido y efectos en los distintos sistemas jurídicos¹⁰⁵.

b) Conflictos de leyes internos

La mayoría de estas legislaciones autonómicas han introducido criterios de aplicación de sus respectivas normativas, los cuales no coinciden. Así, la Ley 10/1998 de Cataluña, establece en su art. 1.1 que como mínimo uno de los dos miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña. El art. 2.3 de la Ley Foral 6/2000 exige que, al menos, uno de los miembros de la pareja tenga la vecindad civil navarra...

Los criterios de aplicación establecidos en las citadas normas son los siguientes: vecindad civil¹⁰⁶, vecindad administrativa¹⁰⁷,

103 Art. 31.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. Por su parte, la Ley 10/2007, de 20-3, de la Comunidad Valenciana, regula el régimen económico matrimonial valenciano.

104 En cuanto a la constitucionalidad de las leyes autonómicas sobre parejas de hecho, vide AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 289 y ss.

105 ZABALO ESCUDERO, M. E.: «La legislación autonómica sobre las parejas de hecho y los conflictos de leyes internos», en ROCA TRÍAS, E. (directora): *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial (Manuales de Formación Continuada, 28, 2004), Madrid, 2005, pág. 70.

106 Cataluña, Navarra y Baleares.

107 País Vasco.

empadronamiento¹⁰⁸, empadronamiento y residencia¹⁰⁹ y residencia habitual¹¹⁰. La utilización de estos criterios puede ser una condición de aplicación de la ley¹¹¹ o bien una condición para la constitución o registro de la pareja de hecho¹¹².

Podría ocurrir que, conforme al tenor literal de las citadas normas autonómicas, los integrantes de la misma pareja de hecho pudieran invocar las leyes de parejas de hecho de dos comunidades autónomas distintas. Imaginemos, a título meramente ejemplificativo, que uno de los miembros de la pareja de hecho tiene vecindad civil catalana (art. 1.1 de la Ley 10/1998 de Cataluña) y el otro, vecindad civil navarra (art. 2.3 de la Ley Foral 6/2000), lo que supone que, en principio, concurrirían los requisitos que permitirían invocar ambas leyes. Las normas autonómicas que exigen vecindad civil, la refieren al menos a uno de los miembros de la pareja, proyectando su aplicación a «parejas mixtas», en las que cada uno de sus miembros tienen diferente vecindad civil o incluso uno de ellos es de nacionalidad extranjera. Y podrían conllevar la extraterritorialidad de alguna de estas normas: si uno de los miembros de la pareja de hecho tiene vecindad civil catalana, podrá invocar la aplicación de la citada Ley 10/1998 de Cataluña, aunque la pareja resida en otra comunidad autónoma que tenga su propia norma legal sobre parejas de hecho. Por ello, se ha criticado la extrapolación del criterio de la vecindad civil

108 Comunidad Valenciana, Asturias y Canarias.

109 Madrid, Extremadura, Cantabria y Castilla-La Mancha.

110 Andalucía y Castilla y León.

111 Así, el art. 2.3 de la Ley Foral 6/2000 establece: «Las disposiciones de la presente Ley Foral se aplicarán a las parejas estables cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra».

112 El art. 1.2 de la Ley 18/2001 de las Islas Baleares establece que la inscripción en el Registro de Parejas Estables de las Illes Balears tiene carácter constitutivo. Y el art. 2.2 de esta norma legal estatuye: «Para poder acogerse a esta Ley, como mínimo uno de los dos miembros ha de tener la vecindad civil en las Illes Balears y se exige la sumisión expresa de ambos al régimen establecido por ésta».

a aspectos de Derecho público relativos a la pareja¹¹³, como el Derecho de la Seguridad Social, debiendo imperar el criterio de territorialidad.

Se puede producir un conflicto de leyes positivo. Y el legislador autonómico carece de competencia para resolver los conflictos de leyes, como resulta de la reserva estatal sobre las normas de solución de conflictos de leyes: art. 149.1.8º de la CE. Pese a ello, las normativas autonómicas que fijan como criterio de aplicación la vecindad civil de uno solo de los miembros de la pareja, están introduciendo en su ámbito de aplicación situaciones de interregionalidad, e incluso de internacionalidad, lo que excede sus competencias autonómicas¹¹⁴. Es necesario que se dicte una norma estatal de Derecho interregional que dé respuesta a estas cuestiones: *de lege ferenda* debe aprobarse una ley estatal de solución de conflictos, que debería aplicar el principio general de la autonomía de la voluntad.

De lege data, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra nº 99/2002, de 12-6, aplicó analógicamente como norma de conflicto el art. 9.2 del Código Civil, relativo a los efectos del matrimonio, considerando como ley de la unión estable a la de la «residencia habitual común». Esta sentencia considera la condición de aplicación de la ley navarra (que uno de los miembros de la pareja tenga vecindad civil navarra), como un requisito material, el cual opera tras haber declarado aplicable la ley navarra por la correspondiente norma de conflicto. Ello se justifica por la necesidad de buscar una interpretación conforme con la CE, porque si se entendiera como una norma de solución de conflictos de leyes sería inconstitucional, ya que las comunidades autónomas carecen de competencia en dicha materia¹¹⁵.

113 ZABALO ESCUDERO, M. E.: «La legislación autonómica...», ob. cit., págs. 50 y 51.

114 ZABALO ESCUDERO, M. E.: «La legislación autonómica...», ob. cit., págs. 54 y 55.

115 ZABALO ESCUDERO, M. E.: «La legislación autonómica...», ob. cit., pág. 61.

La aplicación analógica de las normas conflictuales relativas al matrimonio venía siendo rechazada por la mayor parte de la doctrina científica, argumentando que el matrimonio y la pareja de hecho constituyen situaciones diferentes, entre las que no concurre identidad de razón, postulando que el legislador estatal establezca soluciones especiales¹¹⁶. Se ha sostenido que si la pareja de hecho se inscribe en el registro de una comunidad autónoma o se constituye en documento público de acuerdo con una determinada norma autonómica, en tal caso existirá un acto jurídico formal expresivo de una manifestación de la autonomía de la voluntad de los miembros de la pareja, que justifica la aplicación de la correspondiente norma jurídica autonómica al amparo de la cual se llevó a cabo el registro o la documentación¹¹⁷. En tal caso, el problema se suscitará respecto de las normativas autonómicas que atribuyen *ex lege* la condición de pareja por el mero hecho de la convivencia, en el supuesto de que la pareja no se haya constituido formalmente. En dicho supuesto, se ha postulado la aplicación de cualquiera de las leyes con las que estuviera vinculada la pareja, siempre que cumpliera los requisitos señalados en la ley, argumentando que la opción por cualquiera de estas leyes favorecería el reconocimiento de la condición de pareja. El fundamento de esta solución se encontraría en el principio de autonomía de la voluntad, que debe salvaguardarse en la regulación de una relación basada en la voluntad de los convivientes¹¹⁸. En caso de desacuerdo de la pareja, se ha defendido la aplicación subsidiaria de la ley del lugar en que la convivencia ha tenido lugar¹¹⁹, o la aplicación de la ley que coincida con la residencia habitual de la pareja¹²⁰.

116 ZABALO ESCUDERO, M. E.: «La legislación autonómica...», ob. cit., pág. 63, nota 18.

117 ZABALO ESCUDERO, M. E.: «La legislación autonómica...», ob. cit., pág. 65.

118 ZABALO ESCUDERO, M. E.: «La legislación autonómica...», ob. cit., pág. 66.

119 CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Globalización y Derecho internacional privado*, Liberlibro.com, Albacete, 2000, pág. 222.

120 GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: «Nuevas normas catalanas: el Código de familia y la ley de parejas de hecho», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1998, 2, pág. 168.

A nuestro juicio, en esta materia existe un vacío normativo que obliga a aplicar analógicamente una norma conflictual que regule un supuesto semejante con el que exista identidad de razón. La citada sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra aplicó el art. 9.2 del Código Civil, regulador de los efectos del matrimonio. A ello cabe oponer que la pareja de hecho regulada en el art. 174.3 de la LGSS está integrada por dos personas que podrían haber contraído matrimonio, y no lo han hecho. Se trata, por tanto, de un supuesto distinto del matrimonio regulado en el art. 44 y concordantes del Código Civil. Además, el criterio relativo al lugar de residencia habitual común puede resultar inoperante cuando no exista tal residencia común.

Por ello, se ha defendido la aplicación del principio general de autonomía de la voluntad, que encontraría su apoyo en el art. 10.5 del Código Civil, conforme al cual se aplica a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate, partiendo de la consideración negocial de la pareja de hecho: los convivientes no solo inician su convivencia sino que manifiestan su voluntad de querer someterse a una legislación autonómica, al inscribirse en su registro.

La remisión a la normativa autonómica se refiere a los extremos siguientes:

1) Acreditación de la pareja de hecho

La principal problemática ocasionada por esta remisión normativa se debe a que algunas de las citadas leyes autonómicas establecen que la inscripción en el correspondiente registro es constitutiva¹²¹. Pero otras comunidades autónomas no prevén la cre-

¹²¹ Así, la Ley del País Vasco 2/2003, de 7-5, reguladora de las parejas de hecho, establece en su art. 3 que la inscripción de la pareja en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco tendrá carácter constitutivo, de modo que a las no inscritas no les será aplicable la presente Ley, aunque admite a estos efectos las inscripcio-

ación de un registro de parejas de hecho¹²² o, aunque establecen que se podrán crear registros de parejas de hecho, no exigen la inscripción registral, de forma que la existencia de pareja estable puede acreditarse a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho¹²³.

La LMSS establece que la mencionada inscripción registral o la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante. Sin embargo, a continuación se remite a la normativa autonómica respecto de la consideración y acreditación de la pareja de hecho. Como hemos explicado, algunas leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho no exigen necesariamente la inscripción en el correspondiente registro. Imaginemos que una pareja de hecho navarra no se inscribe en el correspondiente registro, habida cuenta de que la Ley Foral 6/2000, de 3-7, para la igualdad jurídica de las parejas estables, no exige la inscripción registral, permitiendo la acreditación de la pareja a través de cualquier medio de prueba admitido en derecho. Y posteriormente fallece uno de sus integrantes. En tal caso, no se cumple el requisito de que haya habido inscripción registral, ni suscripción de un documento público. Pero sí que se ha cumplido la normativa autonómica. A nuestro juicio, denegar la pensión de viudedad vulneraría la seguridad jurídica. Si esta norma autonómica no exige inscripción registral y la LMSS se remite a ella, forzoso es concluir que no será exigible para el reconocimiento de la pensión de viudedad.

nes practicadas en los registros municipales de aquellas localidades que cuenten con ellos, siempre y cuando al practicar dicha inscripción se hayan observado los requisitos establecidos en la presente Ley, lo que deberá ser verificado por el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

122 La Ley catalana 10/1998, de 15-7, de uniones estables de pareja, no prevé la creación de ningún registro de parejas de hecho.

123 Por todas, la Ley Foral 6/2000, de 3-7, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

El problema se suscita respecto de los ciudadanos de las comunidades autónomas sin Derecho civil propio o cuya normativa sí que exige inscripción registral, a los que se les exige un requisito formal para el devengo de la pensión de viudedad.

A título ejemplificativo, la Ley del País Vasco 2/2003, de 7-5, reguladora de las parejas de hecho, establece que la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco tendrá carácter constitutivo, de modo que a las no inscritas no les será aplicable la presente Ley, aunque admite a estos efectos las inscripciones practicadas en los registros municipales de aquellas localidades que cuenten con ellos. Si el superviviente de una pareja de hecho vasca solicita la pensión de viudedad, por aplicación del art. 174.3 de la LGSS en relación con el art. 3 de la Ley del País Vasco 2/2003, será necesaria la inscripción en el correspondiente registro. El ordenamiento jurídico aplicable a las parejas de hecho vascas les impone la inscripción registral si quieren beneficiarse de la pensión de viudedad. En tal caso, no se trata propiamente de una pensión de viudedad de parejas de hecho sino de una pensión de viudedad de parejas de hecho registradas (o documentadas). La esencia de la pareja de hecho es el rechazo a la formalización de la relación. Si se exige que la pareja de hecho se inscriba en un registro, en tal caso se está imponiendo un requisito de derecho a una figura que en sí misma es puramente fáctica, surgida de la mera convivencia marital.

En cambio, si se trata de una pareja de hecho navarra, el ordenamiento jurídico aplicable no le exige la inscripción registral con carácter constitutivo. Si fallece uno de sus miembros, el superviviente podrá reclamar la pensión de viudedad. Y para acreditar la pareja de hecho, por aplicación del art. 174.3 de la LGSS en relación con el art. 3 de la Ley Foral 6/2000, de 3-7, podrá utilizarse cualquier medio de prueba admitido en derecho.

En el primer caso, se trata de una pensión de viudedad de parejas de hecho registradas. En el segundo, de una pensión de

viudedad de parejas de hecho, sin sujeción a dicho requisito formal. Se trata de pensiones diferentes, cuyo ámbito subjetivo es muy distinto. Y es importante reparar en que muchas parejas de hecho no están inscritas en registro alguno porque algunas personas que quieren convivir integradas en una pareja de hecho rechazan formalizar su relación. Muchas de ellas consideran que inscribirse en un registro administrativo no es sino otra forma de formalizar su relación.

Ello supone que si en algunas comunidades autónomas es necesaria la inscripción registral y en otras no, en las primeras, el requisito citado excluye de la pensión de viudedad a muchas parejas de hecho, lo que no ocurre en las segundas, lo que ocasiona una diferencia de trato difícilmente justificable *ex art.* 14 de la CE.

Es cierto que, en las comunidades autónomas sin Derecho civil propio y en las que, aunque tienen Derecho civil propio, la inscripción registral es constitutiva, los integrantes de estas parejas deben saber que, a partir de la entrada en vigor de la LMSS, si pretenden devengar la pensión de viudedad, deberán inscribirse en el citado registro o suscribir un documento público. Y si no lo hacen, el ordenamiento jurídico no les reconoce esta pensión. En cambio, en las comunidades autónomas con Derecho civil propio en las que se permite la acreditación de la pareja de hecho conforme a cualquier medio de prueba, las parejas de hecho devengan esta pensión sin necesidad de este requisito formal. Pero se trata de una pensión contributiva de la Seguridad Social, reconocida por el INSS, cuyos requisitos deberían ser los mismos en todo el territorio del Estado. No se trata de una cuestión adjetiva sino que afecta a la propia naturaleza de la pensión de viudedad. Exigir, a estos efectos, inscripción registral o documentación pública a una pareja de hecho, supone que no se trata de una mera pensión de viudedad a favor de las parejas de hecho, sino una pensión de viudedad a favor de las parejas de hecho registradas: las que han cumplido el citado trámite, formalizando, de alguna

manera, la relación de hecho, lo que de facto excluye a muchas de las parejas de hecho. Resulta dudosa la compatibilidad de esta diferencia de trato con el derecho a la igualdad ante la ley del art. 14 de la CE.

2) Consideración de pareja de hecho

La remisión normativa del art. 174.3 de la LGSS a la legislación autonómica se refiere no solo a la acreditación de la pareja de hecho, sino a su consideración. De ello parece derivarse que las comunidades autónomas con Derecho civil propio pueden definir lo que consideran pareja de hecho, con efectos en el reconocimiento de la pensión de viudedad, lo que obliga a plantearse si podrían definir la pareja de hecho prescindiendo de la nota de la relación de afectividad análoga a la conyugal y abriendo esta regulación a las parejas de hermanos que viven juntos o a las parejas que se limitan a compartir piso, ampliando en su comunidad autónoma el concepto de pareja de hecho. Es decir, si sería posible, *de lege ferenda*, que las comunidades autónomas, con la finalidad de ampliar el ámbito de protección de la pensión de viudedad, ampliaran «la consideración de pareja de hecho»: el concepto de pareja de hecho, sin exigir relación de afectividad análoga a la conyugal, lo que originaría una importante desigualdad en relación con esta prestación.

En Derecho comparado existen normas que responden al modelo de unión asistencial, como el *Pacte civil de solidarité* francés¹²⁴, que constituye un contrato de convivencia configurado como un simple pacto de ayuda mutua y material. Aunque su base no reside en la dimensión afectivo-sexual, ello no impide que pueda darse. Únicamente se prohíbe constituir este pacto con personas con las que media un parentesco en línea recta o colateral hasta el tercer grado o con personas que ya están unidas por otro pacto. Ello supone que, aunque la dimensión afectivo-sexual no es el

124 *Loi n° 99-544 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.*

objeto central del pacto, la caracterización sexual del mismo es importante¹²⁵. Y Bélgica aprobó una ley sobre *cohabitation légale* caracterizada por que no contiene mención alguna a la condición sexual¹²⁶. No establece ningún límite a su constitución entre parientes. Únicamente prohíbe su constitución entre personas que se encuentren ya vinculadas por un matrimonio válido y no disuelto o por otra cohabitación legal anterior¹²⁷.

Es cierto que el art. 174.3 de la LGSS permite que la «*consideración de pareja de hecho*» sea distinta en unas comunidades autónomas que en otras, a efectos de la pensión de viudedad. Sin embargo, a nuestro juicio, la mención a una pareja, en el contexto de un precepto que está regulando la pensión de viudedad, parece que debería interpretarse en el sentido de que se trata de dos personas unidas por una relación de afectividad análoga a la conyugal. Lo contrario llevaría a la desnaturalización de esta pensión y a la quiebra del principio de igualdad ante la ley. Ahora bien, lo cierto es que la LMSS se remite a la legislación específica de las comunidades autónomas con Derecho civil propio en cuanto a la consideración de pareja de hecho, lo que faculta a éstas para establecer un concepto legal de pareja de hecho, a estos efectos, distinto del recogido en el art. 174.3, párrafo 4º de la LGSS.

D) *Concurrencia de parejas de hecho*

Se ha afirmado que, dada la falta de regulación de las parejas de hecho, nada impide la concurrencia de beneficiarios procedentes de distintas parejas de hecho en distintas ciudades¹²⁸. Hay que diferenciar la concurrencia de parejas de hecho históricas y de parejas de hecho actuales. En cuanto a las primeras, de lo dis-

125 ALONSO PÉREZ, J. L.: *El reconocimiento de las uniones no matrimoniales en la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 2007, págs. 49 a 53.

126 *Loi 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale*.

127 ALONSO PÉREZ, J. L.: *El reconocimiento de las uniones...*, ob. cit., págs. 54 y 55.

128 PÉREZ ALONSO, M. A.: *Nueva pensión de viudedad...*, ob. cit., págs. 26 y 27.

puesto en el art. 174.2 y 3 de la LGSS, que regula la pensión de viudedad en caso de divorcio y nulidad matrimonial y de parejas de hecho, se ha deducido que no cabe la concurrencia de beneficiarios entre distintas parejas de hecho porque la pareja de hecho que se protege a estos efectos es la que tenga convivencia inmediatamente anterior al fallecimiento del hecho causante. Y tampoco cabe concurrencia de beneficiarios entre un supuesto de separación judicial y pareja de hecho porque se exige como requisito para constituir pareja de hecho, a efectos de la pensión de viudedad, no tener vínculo matrimonial con otra persona, condición que no reúne el separado, al subsistir el vínculo matrimonial¹²⁹.

En cuanto a la posibilidad de que concurren varias parejas de hecho actuales: que una persona esté inscrita en dos o más registros autonómicos de parejas de hecho, con distintas personas en cada una de ellas, en tal caso deberá prevalecer la situación real de convivencia marital: la pensión de viudedad se devengará a favor de la persona que, cumpliendo los restantes requisitos (incluido el certificado de empadronamiento acreditativo de la convivencia quinquenal), efectivamente conviviera con el causante.

E) Comunidad Autónoma de Aragón

No es posible efectuar un estudio pormenorizado de cada comunidad autónoma. A título meramente ejemplificativo, la Comunidad Autónoma de Aragón regula esta materia en su Ley 6/1999, de 26-3, de parejas estables no casadas. En su art. 2 establece que toda pareja estable no casada deberá ser inscrita en un Registro de la Diputación General de Aragón para que le sean aplicables las medidas administrativas reguladas en la presente Ley. Sin embargo, su art. 3.2 permite que se acredite la existencia de pareja estable no casada mediante escritura pública o por cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, especial-

¹²⁹ PÉREZ ALONSO, M.A.: *Nueva pensión de viudedad...*, ob. cit., pág. 49.

mente a través de acta de notoriedad o documento judicial que acredite la convivencia.

La inscripción registral es constitutiva respecto de las medidas administrativas reguladas en la Ley 6/1999. Pero como a continuación admite la acreditación de la pareja de hecho mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, forzoso es concluir que a efectos del devengo de la pensión de viudedad, que no está regulada en dicha ley, no será imprescindible la inscripción en el Registro de Parejas Estables no Casadas del Gobierno de Aragón, lo que amplía el ámbito de la pensión de viudedad, que protege a las parejas de hecho sometidas a la Ley 6/1999 de la Comunidad Autónoma de Aragón, aun cuando no se hayan inscrito registralmente.

El número de inscripciones realizadas en el Registro de Parejas Estables no Casadas del Gobierno de Aragón ha sido el siguiente:

	Año 2000	Año 2001	Año 2002	Año 2003
Heterosexuales	98	124	137	193
Homosexuales	11	3	6	6
	Año 2004	Año 2005	Año 2006	Año 2007
Heterosexuales	290	320	363	450
Homosexuales	15	5	6	7
Año 2008 (del 1-1 al 15-4-2008)				
Heterosexuales	184			
Homosexuales	1			

Número total de cancelaciones realizadas del 1-1-2000 al 15-4-2008: 180

Por tanto, en los ocho años transcurridos desde su creación, se han inscrito en este Registro un total de 2.159 parejas heterosexuales, con un promedio de 269 al año; un total de 60 parejas

homosexuales, con un promedio de 7 al año; y 2.219 parejas en total, con un promedio de 276 al año. Según el primer recuento estatal de parejas de hecho, elaborado por el Instituto Nacional de Estadística a partir del censo de 2001, las uniones de hecho ascienden a un total de 563.723 en todo el Estado, incluyendo a 10.474 uniones homosexuales, existiendo 8,9 millones de parejas casadas. Estos datos parecen evidenciar que, aunque en el Registro de Parejas Estables no Casadas del Gobierno de Aragón se ha inscrito un número significativo de parejas de hecho, muchas parejas de hecho aragonesas no han llevado a cabo la citada inscripción registral. Sin embargo, como la inscripción registral no es constitutiva, admitiéndose la acreditación de la pareja de hecho mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, la omisión de la inscripción registral no impedirá el devengo de la pensión de viudedad, sujeta a un único requisito formal: el empadronamiento con cinco años de antelación al fallecimiento del causante. Se amplía así el ámbito subjetivo de la pensión de viudedad respecto de otras comunidades autónomas, en las que la inscripción registral constituye un requisito para el reconocimiento de esta pensión.

F) «Pensión de viudedad en supuestos especiales»

La disposición adicional 3ª de la LMSS regula la denominada «pensión de viudedad en supuestos especiales». Este precepto comienza con la frase: «*con carácter excepcional, se reconocerá derecho a la pensión de viudedad (...)»*. La *voluntas legis* es que se trate de una norma excepcional, lo que parece excluir interpretaciones analógicas o extensivas de la misma.

Se trata de los supuestos en los que el hecho causante (el fallecimiento) se ha producido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley y concurren las siguientes circunstancias:

1) Pese a que el causante reunía los requisitos de alta y cotización, no se pudo causar derecho a pensión de viudedad.

2) El beneficiario mantuvo convivencia ininterrumpida con el causante como pareja de hecho, en los términos establecidos en el primer inciso, párrafo 4º, del art. 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, durante al menos los seis años anteriores al fallecimiento de éste.

El primer inciso de ese párrafo define la pareja de hecho pero no exige inscripción registral, ni documento público. En cambio, el requisito de empadronamiento sí que parece exigirse, puesto que la remisión al primer inciso del citado párrafo incluye este requisito formal. Y exige un año más de convivencia: seis años, frente a los cinco años establecidos con carácter general por el art. 174.3 de la LGSS¹³⁰. Parte de la doctrina científica ha criticado este plazo, argumentando que no se entiende por qué es un año más que la regulación establecida con carácter general para las parejas de hecho¹³¹.

3) El causante y el beneficiario tuvieron hijos comunes. Este requisito excluye las parejas de hecho homosexuales, salvo en el caso de adopción conjunta; de inseminación artificial al amparo del art. 7.3 de la Ley 14/2006, de 26-5, de técnicas de reproducción asistida; o de adopción por uno de ellos del hijo del otro.

4) El beneficiario no tiene reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social. Se trata de una pensión de viudedad residual, que únicamente se reconoce si no hay ninguna otra pensión contributiva reconocida. Se ha argumentado que cabría reconocer el derecho a esta pensión a un pensionista de viudedad que solicita nueva pensión de viudedad por la convivencia de hecho, debido a que la cuantía final es más ventajosa, sin perjuicio de la opción entre una y otra¹³². Sin embargo, el tenor

¹³⁰ El Proyecto de Ley de Medidas en Materia de Seguridad Social exigía 15 años.

¹³¹ RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «La protección por muerte y supervivencia», en CAVAS MARTÍNEZ, F. (director): *La reforma de la Seguridad Social...*, ob. cit., pág. 189.

¹³² RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «La protección por muerte y supervivencia», en CAVAS MARTÍNEZ, F. (director): *La reforma de la Seguridad Social...*, ob. cit., pág. 189.

literal del precepto excluye a los beneficiarios que ya tienen reconocida una pensión contributiva de Seguridad Social, lo que impide este reconocimiento.

5) La correspondiente solicitud debe presentarse en el plazo improrrogable de doce meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley. Es una excepción a la regla general de imprescriptibilidad de las pensiones de viudedad (art. 178 de la LGSS).

La pensión reconocida tendrá efectos económicos desde el día primero de 2007.

Cuando la Ley 13/2005, de 1-7, permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo, ampliando el ámbito de la pensión de viudedad, algunos Juzgados de lo Social aplicaron analógicamente el apartado 2º de la disposición adicional 10ª de la Ley 30/1981, de 7-7, reconociendo pensiones de viudedad a los que no pudieron contraer matrimonio homosexual por no permitirlo la legislación vigente en el momento del fallecimiento¹³³. Este precepto de la LMSS afronta la problemática de las parejas de hecho que no pudieron devengar pensión de viudedad por no estar regulada en la normativa anterior, habiendo fallecido uno de sus integrantes antes de la entrada en vigor de esta norma legal. Se intenta corregir algunos casos de desprotección originados con la normativa anterior, que negaba la pensión de viudedad a las parejas de hecho, cuando el fallecimiento del causante se produjo antes de su entrada en vigor, estableciendo una pensión de viudedad excepcional, residual y con efectos limitados.

Por tanto, *ad futurum*, la LMSS, como regla general, exige constancia registral o documentada públicamente de la pareja de hecho para el devengo de la pensión de viudedad (para evitar fraudes). Pero como la exigencia retroactiva de este requisito formal causaría una grave inseguridad jurídica, ya que muchas pare-

133 Por todas, sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid de 14-11-2005. Esta sentencia fue revocada por la del TSJ de Madrid 437/2006, de 18-9.

jas convivían sin haber contraído matrimonio y sin inscribirse en ningún registro público porque, hasta la LMSS, la virtualidad jurídica de esta inscripción registral era limitada, se permite el devengo de la pensión sin este requisito de forma, pero solo hasta la entrada en vigor de esta norma legal, puesto que desde entonces ya existe una normativa que, como regla general, exige el citado requisito formal para el reconocimiento de esta pensión.

Se evita así que al superviviente de una pareja de hecho que no se inscribió en el correspondiente registro, habiendo fallecido el otro miembro de la pareja antes de la entrada en vigor de la LMSS, se le deniegue la pensión de viudedad por el incumplimiento de un requisito (la inscripción registral) que no se exigía entonces. Con posterioridad a la entrada en vigor de la LMSS todas las parejas de hecho saben, o están en condiciones de saber que, como regla general, si quieren tener derecho a la pensión de viudedad, deben cumplir el citado requisito formal, porque no se trata propiamente de una pensión de viudedad a favor de las parejas de hecho sino a favor de las parejas de hecho registradas (o documentadas públicamente).

2.4. Extinción de la pensión de viudedad

El art. 174.4 de la LGSS establece que el derecho a la pensión de viudedad se extinguirá cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado anterior, sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente. La LMSS, como reconoce el derecho al percibo de la pensión de viudedad a favor de determinadas parejas de hecho, adiciona asimismo una nueva causa de extinción de esta pensión: la constitución de una pareja de hecho.

Parte de la doctrina científica ha sostenido que solo se producirá la extinción de la pensión de viudedad si concurren las notas de notoriedad, permanencia y legalización de la pareja de

hecho previstas en el art. 174.3, párrafo 4º de la LGSS. No ofrece duda que, si para devengar esta pensión es necesario que concurren los requisitos de notoriedad y, en su caso, legalización, los mismos requisitos deberán concurrir para su extinción. En efecto, como el art. 174.4 de la LGSS se remite, a efectos de la extinción de la pensión de viudedad, al art. 174.3 de la LGSS, si se exige inscripción registral o documento público para el reconocimiento de la pensión de viudedad de las parejas de hecho, los mismos requisitos serán necesarios para su extinción. En cambio, si la legislación autonómica a que se remite el párrafo 5º del art. 174.3 de la LGSS no lo exige, el mismo criterio antiformalista que opera para el reconocimiento de la pensión, se aplicará para su extinción, lo que, a nuestro juicio, constituye una diferencia de trato injustificada.

La exigencia, en su caso, de inscripción registral o documento público para que se extinga la pensión de viudedad, supone que la extinción de esta prestación contributiva de la Seguridad Social dependerá de la voluntad del beneficiario: si se inscribe, perderá la pensión de viudedad que estaba percibiendo. Y si no quiere perderla, bastará con no inscribirse en el registro de parejas de hecho, ni documentar públicamente su relación (excepto en las comunidades autónomas en las que no se exija este requisito). Y conlleva que se está desincentivando la inscripción en el correspondiente registro, por cuanto puede suponer la pérdida de la pensión de viudedad.

En cambio, resulta dudoso que sea necesaria la concurrencia del requisito de permanencia porque el art. 174.4 establece que la pensión se extinguirá cuando el beneficiario «contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho». Si se exigiera el requisito de permanencia, hasta que la convivencia no alcanzase los cinco años no concurriría la causa de extinción de la pensión de viudedad: el beneficiario de la pensión de viudedad que conviviera con su pareja, con los preceptivos requisitos formales, en su caso, con-

tínuaría percibiendo su pensión hasta que transcurriesen cinco años de convivencia, momento en que concurriría la causa de extinción del art. 174.4 en relación con el art. 174.3 de la LGSS, lo que parece absurdo. El tenor literal del art. 174.4 de la LGSS únicamente exige, para que concurra esta causa de extinción, que el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho. El término «constituir» conlleva que el interesado debe, en su caso, inscribir la pareja en el correspondiente registro, o documentarla públicamente, pero sin que sea necesario esperar hasta que transcurran cinco años para que concurra esta causa de extinción de la pensión de viudedad.

En cuanto a la eficacia temporal de esta causa de extinción, la disposición final 3ª de la LMSS establece, como regla general, que las modificaciones en el régimen jurídico de las prestaciones del sistema de Seguridad Social introducidas por dicha ley, serán de aplicación únicamente en relación a los hechos causantes producidos a partir de la entrada en vigor de la misma. Ello supone que si la pensión de viudedad se devengó antes de la entrada en vigor de esta norma legal, la posterior convivencia con otra persona, constituyendo una pareja de hecho, no operará como causa de extinción de dicha pensión.

A) Ley Orgánica de Violencia de Género

La disposición adicional 1ª.1 de esta Ley Orgánica de Violencia de Género introdujo la causa de extinción de la pensión de viudedad siguiente: *«Quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones, cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o excónyuge, perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le corresponda dentro del Sistema Público de Pensiones causada por la víctima, salvo que, en su caso, medie reconciliación entre ellos».*

Ello suscitó el problema de su constitucionalidad, de conformidad con el art. 14 de la CE, porque preveía la extinción de la

pensión exclusivamente cuando «la ofendida» sea su cónyuge o excónyuge¹³⁴. Al admitirse el matrimonio homosexual, se planteó el problema de si se aplicaba únicamente cuando un hombre agrede a una mujer o también cuando una mujer agredía a otra mujer, con la que estaba o había estado casada. En el contexto de la Ley de Violencia de Género, parece claro que el legislador se refiere exclusivamente al supuesto en el que el agresor es el hombre y la agredida su esposa. Así, se ha sostenido que todas y cada una de las medidas de esta Ley parten de la consideración de que la víctima es una mujer y el autor un hombre¹³⁵. Se trata de una norma restrictiva de derechos, en cuanto supone privar de la pensión de viudedad, por lo que, *odiosa sunt restringenda*, no cabe interpretarla extensivamente.

Había que distinguir dos supuestos. 1) El art. 11.2 de la Orden de 13-2-1967, en su redacción vigente, establece como causa de extinción de la pensión de viudedad la «*declaración, en sentencia firme, de culpabilidad en la muerte del causante*». En caso de homicidio, este precepto no distingue en función del sexo de la víctima (sea hombre o mujer), ni de que se trate de un delito doloso o culposo. 2) El problema se planteaba cuando se trataba de un delito doloso de lesiones, en cuyo caso solo se privaba de la pensión cuando la víctima es una mujer.

Se argumentó que no parecía justificado que se privase de la pensión de viudedad al hombre que era condenado dolosamente por agredir a su cónyuge pero se mantuviera la pensión de la mujer que causa lesiones dolosas a su marido. Y se cuestionó la constitucionalidad de esta diferencia de trato legislativa.

134 MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: «Aspectos críticos de la pensión de viudedad. Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual», *Aranzadi Social*, 2005-V, págs. 1179 y ss.

135 PUEBLA PINILLA, A. de la: «Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género», *RL* n° 6, 2005, pág. 91.

La disposición adicional 30ª de esta LMSS da nueva redacción a esta norma: «*Quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones, perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le corresponda dentro del sistema público de pensiones cuando la víctima de dichos delitos fuera la causante de la pensión, salvo que, en su caso, medie reconciliación entre ellos (...)*». El cambio del término «ofendida» por el de «víctima» supone que se incluyen tanto los supuestos en los que éste es una mujer como un hombre. Y el cambio de redacción legal permite incluir los supuestos de viudedad de parejas de hecho.

Asimismo, se reconoce al sobreviviente de estas parejas de hecho, en caso de muerte de su pareja por accidente de trabajo o enfermedad profesional, el derecho a una indemnización a tanto alzado, cuya cuantía se determinará en los Reglamentos generales de esta Ley.

VI. ORFANDAD

Se elimina el requisito relativo al periodo mínimo de cotización cuando el causante se encontrase en alta o en situación asimilada, aunque el fallecimiento se deba a enfermedad común, lo que ocasiona una asimetría entre la pensión de viudedad, que exige una carencia de 500 días en los cinco años anteriores al fallecimiento derivado de enfermedad común, y la pensión de orfandad.

Sin embargo, el art. 175.1 *in fine* de la LGSS establece que «*lo previsto en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 174 de esta Ley*» se aplicará a las pensiones de orfandad, lo que supone que cuando el causante no estuviera en alta ni en situación asimilada, deberá reunir un periodo mínimo de cotización de quince años.

En cuanto a la pensión de orfandad a favor de mayores de 18 años no incapacitados, el límite de ingresos anuales se eleva

del 75 por 100 del SMI al 100 por 100 del SMI. La prolongación de la pensión de orfandad hasta los 24 años se produce tanto en caso de orfandad absoluta como cuando el huérfano presenta una discapacidad en un grado igual o superior al 33 por 100. Y en caso de orfandad absoluta, si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera los 24 años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al de inicio del siguiente curso académico.

El art. 179.4 de la LGSS limita la suma de las cuantías de las pensiones por muerte y supervivencia, que no pueden exceder del importe de la base reguladora. Cuando la pensión de viudedad alcanzaba el 70 por 100 de la base reguladora, ello suponía que las pensiones de orfandad, en total, no podían exceder del 30 por 100. Para limitar el perjuicio que ello ocasionaba, la LMSS establece que dicho límite podrá ser rebasado en caso de concurrencia de varias pensiones de orfandad con una pensión de viudedad cuando el porcentaje a aplicar a la correspondiente base reguladora para el cálculo de esta última sea del 70 por 100, aunque en ningún caso, la suma de las pensiones de orfandad podrá superar el 48 por 100 de la base reguladora que corresponda. Es decir, en estos casos, aunque la pensión de viudedad sea del 70 por 100 de la base reguladora, a efectos del límite del 100 por 100, se calcula como si fuese únicamente del 52 por 100, lo que permite llegar al 118 por 100 de la base reguladora.

Esta norma relativa a la concurrencia de pensiones de viudedad y orfandad, está exceptuada, por la disposición final 3ª de la LMSS, de la regla general de aplicación a los hechos causantes posteriores al 1-1-2008, lo que supone que resulta aplicable a las prestaciones en vigor en dicha fecha, por lo que procederá revisar estas pensiones.

En cuanto al derecho de acrecer, reiterada doctrina jurisprudencial (por todas, sentencias del TS de 31-7-1995 y 18-11-1995)

lo había negado cuando, al morir el causante, sobrevivía la persona que convivía con el fallecido, aunque fuese padre del huérfano, interpretando literalmente el art. 17.2 de la Orden de 13-2-1967, que limita este derecho de acrecer a los casos en que no quede cónyuge superviviente o éste fallezca en disfrute de la pensión. Un sector de la doctrina científica criticó esta doctrina jurisprudencial porque podría estar vulnerando el principio de igualdad ante la ley de los hijos extramatrimoniales, al negarse el incremento de la pensión de viudedad porque sus padres no se habían casado¹³⁶.

La sentencia del TC de 22-5-2006 acogió esta tesis doctrinal en un caso de acrecimiento a favor de un huérfano de las indemnizaciones a tanto alzado establecidas para los supuestos de muerte derivada de accidente de trabajo, considerando contraria a la igualdad la diferenciación establecida en la normativa de la Seguridad Social.

El Acuerdo Social de 13-7-2006 aboga por la adopción de medidas que posibiliten el incremento de las pensiones de orfandad, en caso de convivencia de hecho, cuando el cónyuge superviviente no tenga derecho a la pensión de viudedad. En cumplimiento de dicho acuerdo, la disposición adicional 5ª.1 de la LMSS establece que, en los supuestos de orfandad, las prestaciones a percibir por los huérfanos se otorgarán en régimen de igualdad cualquiera que sea su filiación, en los términos y condiciones que reglamentariamente se establezcan.

Sin embargo, lo cierto es que con anterioridad a la LMSS, el art. 175.1 de la LGSS ya disponía: «Tendrán derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación (...)». Es decir, la mención expresa en la LGSS al principio de igualdad respecto de la

136 Vide PANIZO ROBLES, J. A.: «La reforma de la Seguridad Social...», ob. cit., pág. 80, nota 309, y los autores citados por él.

prestación de orfandad, estaba incluida en el texto legal, tratándose, en cualquier caso, de una mención innecesaria, puesto que el derecho a la igualdad deriva directamente del art. 14 de la CE.

En cuanto al régimen de incompatibilidades de esta pensión, se suprime la incompatibilidad entre su percepción y el trabajo en el sector público. Y respecto de su cuantía mínima, la disposición adicional 5ª.2 de la LMSS establece que el Gobierno, en los próximos ejercicios económicos, adoptará las medidas necesarias para que la cuantía mínima de la pensión de orfandad alcance, al menos, el 33 por 100 de la cuantía del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples.

1. LEY DE VIOLENCIA DE GÉNERO

El art. 17.1 de la Orden de 13-2-1967 regula el derecho de acrecer de la pensión de orfandad *«cuando a la muerte del causante no quede cónyuge sobreviviente o cuando el cónyuge sobreviviente con derecho a pensión de viudedad falleciese estando en el disfrute de la misma»*. La sentencia del TSJ de Castilla y León con sede en Valladolid de 13-9-2004, recurso 1014/2004, negó que la pensión de orfandad de los hijos de un progenitor condenado penalmente (a un total de 16 años de prisión) por causar la muerte de su esposa, se incrementase con el porcentaje de la pensión de viudedad, argumentando que no concurría el requisito de orfandad absoluta. Los hijos se quedaron sin madre, con el padre en prisión y percibiendo únicamente unas exiguas pensiones de orfandad sin acrecimiento.

Se criticó la imprevisión del legislador, por cuanto la privación de la pensión de viudedad en estos supuestos no debía perjudicar el derecho de acrecer de los huérfanos, que no tienen la culpa de nada, argumentando que si el progenitor pierde su derecho a la pensión de viudedad por esta causa y se le priva de la patria potestad, la pensión de viudedad no disfrutada debería acrecer las de orfandad de sus hijos. Lo contrario suponía casti-

gar también a los hijos, no solo al esposo. Sin duda alguna, es lo último que la esposa difunta hubiera querido¹³⁷.

La disposición adicional 30ª de esta LMSS ha resuelto esta cuestión, al establecer que en estos casos *«la pensión de viudedad que hubiera debido reconocerse incrementará las pensiones de orfandad, si las hubiese, siempre que tal incremento esté establecido en la legislación reguladora del régimen de Seguridad Social de que se trate»*.

137. MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: «Aspectos críticos de la pensión de viudedad...», ob. cit., *Aranzadi Social*, 2005-V, pág. 1184.

ANEXOS

ANEXO I: NORMATIVA AUTONÓMICA SOBRE PAREJAS DE HECHO

CATALUÑA: LEY 10/1998, DE 15-7,
DE UNIONES ESTABLES DE PAREJA

CAPÍTULO I: Unión estable heterosexual

Artículo 1. La unión estable heterosexual.

1. Las disposiciones de este capítulo se aplican a la unión estable de un hombre y una mujer, ambos mayores de edad, que, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de dos años o hayan otorgado escritura pública manifestando la voluntad de acogerse a lo que en él se establece. Como mínimo uno de los dos miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña.

2. No es necesario el transcurso del período mencionado cuando tengan descendencia común, pero sí que es preciso el requisito de la convivencia.

3. En el caso de que un miembro de la pareja o ambos estén ligados por vínculo matrimonial, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad se tendrá en cuenta en el cómputo del período indicado de dos años.

Artículo 2. Acreditación.

La acreditación de las uniones estables no formalizadas en escritura pública y el transcurso de los dos años de referencia se puede hacer por cualquier medio de prueba admisible y suficiente, con la excepción que establece el artículo 10.

CAPÍTULO II: Unión estable homosexual

Artículo 19. La unión estable homosexual.

Las disposiciones de este capítulo se aplican a las uniones estables de parejas formadas por personas del mismo sexo que convivan maritalmente y manifiesten su voluntad de acogerse a ellas en la forma prevista.

Artículo 20. Requisitos personales.

1. No pueden constituir la unión estable objeto de esta normativa:

- a) Las personas menores de edad.
- b) Las personas que están unidas por un vínculo matrimonial.
- c) Las personas que forman una pareja estable con otra persona.
- d) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
- e) Los parientes colaterales por consanguinidad o adopción dentro del segundo grado.

2. Por lo menos uno de los miembros de la pareja debe tener vecindad civil en Cataluña.

Artículo 21. Acreditación.

1. Estas uniones se acreditarán mediante escritura pública otorgada conjuntamente.

2. Se hará constar que no se hallan incluidos en ninguno de los supuestos establecidos por el apartado 1 del artículo 20.

3. Estas uniones producen todos sus efectos a partir de la fecha de la autorización del documento de referencia.

ARAGÓN: LEY 6/1999, DE 26-3, RELATIVA A PAREJAS ESTABLES NO CASADAS

Artículo 1. Ámbito de aplicación

La presente Ley será de aplicación a las personas mayores de edad que, cumpliendo los requisitos y formalidades que en la misma se establecen, formen parte de una pareja estable no casada en la que exista relación de afectividad análoga a la conyugal.

Artículo 2. Registro administrativo

Toda pareja estable no casada deberá ser inscrita en un Registro de la Diputación General de Aragón para que le sean aplicables las medidas administrativas reguladas en la presente Ley, así como anotada o mencionada en el Registro Civil competente si la legislación estatal lo previera.

Artículo 3. Existencia de pareja estable no casada

1. Se considera que hay pareja estable no casada cuando se haya producido la convivencia marital durante un período ininterrumpido de dos años, como mínimo, o se haya manifestado la voluntad de constituirla mediante escritura pública.

2. Podrá acreditarse la existencia de pareja estable no casada y el transcurso de los dos años de referencia, si no existiera escritura pública, mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en derecho, especialmente, a través de acta de notoriedad o documento judicial que acredite la convivencia.

NAVARRA: LEY FORAL 6/2000, DE 3-7, PARA LA IGUALDAD JURÍDICA DE LAS PAREJAS ESTABLES

Artículo 2. Concepto de pareja estable

1. A efectos de la aplicación de esta Ley Foral, se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.

2. Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público.

En el caso de que un miembro de la pareja o ambos estén ligados por vínculo matrimonial, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad, se tendrá en cuenta en el cómputo del período indicado de un año.

3. Las disposiciones de la presente Ley Foral se aplicarán a las parejas estables cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra.

Artículo 3. Acreditación

La existencia de pareja estable y el transcurso del año de convivencia podrán acreditarse a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

**CASTILLA-LA MANCHA: DECRETO 124/2000, DE 11-7,
POR EL QUE SE REGULA LA CREACIÓN Y EL RÉGIMEN
DE FUNCIONAMIENTO DEL REGISTRO DE PAREJAS
DE HECHO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE
CASTILLA-LA MANCHA**

DOCM nº 58, de 14-7-2000

Artículo 2.

Tendrán acceso a la inscripción en este Registro las uniones que formen una pareja no casada, incluso del mismo sexo, que convivan en relación afectiva análoga a la conyugal, de forma libre, siendo ambos residentes en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

**COMUNIDAD VALENCIANA: LEY 1/2001, DE 6-4,
POR LA QUE SE REGULAN LAS UNIONES DE HECHO**

Artículo 1. Ámbito de aplicación

1. La presente ley será de aplicación a las personas que convivan en pareja, de forma libre, pública y notoria, vinculadas de forma estable, al menos durante un período ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad, siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma mediante la inscripción de la unión en el Registro Administrativo de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana.

2. La inscripción en dicho registro tendrá carácter constitutivo.

3. Esta ley únicamente será de aplicación a aquellas uniones de hecho en las que, al menos, uno de los miembros se halle empadronado en la Comunidad Valenciana.

Artículo 3. Acreditación

1. Las uniones a que se refiere la presente ley se constituirán a través de la inscripción en el Registro Administrativo de Unio-

nes de Hecho de la Comunidad Valenciana, previa acreditación de los requisitos a que se refiere el artículo 1 en expediente contradictorio ante el encargado del registro.

2. Reglamentariamente se regulará tal expediente contradictorio. En todo caso, la previa convivencia libre, pública, notoria e ininterrumpida, en relación de afectividad, habrá de acreditarse mediante dos testigos mayores de edad en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

3. La existencia de la unión de hecho se acreditará mediante certificación del encargado del registro.

COMUNIDAD DE MADRID: LEY 11/2001, DE 19-12, DE UNIONES DE HECHO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Artículo 1. Ámbito de aplicación

1. La presente Ley será de aplicación a las personas que convivan en pareja, de forma libre, pública y notoria, vinculadas de forma estable, al menos durante un período ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad, siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma mediante la inscripción de la unión en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid.

2. Esta Ley únicamente será de aplicación a aquellas uniones de hecho en las que, al menos, uno de los miembros se halle empadronado y tenga su residencia en la Comunidad de Madrid.

Artículo 3. Acreditación

1. Las uniones a que se refiere la presente Ley producirán sus efectos desde la fecha de la inscripción en el Registro de las Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, previa acreditación de los requisitos a que se refiere el artículo 1 en expediente contradictorio ante el encargado del Registro.

2. Reglamentariamente se regulará tal expediente contradictorio. En todo caso, la previa convivencia libre, pública, notoria e ininterrumpida en relación de afectividad, habrá de acreditarse mediante dos testigos mayores de edad en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

3. La existencia de la unión de hecho se acreditará mediante certificación del encargado del Registro.

ISLAS BALEARES: LEY 18/2001, DE 19-12, DE PAREJAS ESTABLES

Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación

1. Constituye el objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico de las parejas estables en las Illes Balears, entendiéndose como tales las uniones de dos personas que convivan de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal.

2. Para que les sea de aplicación esta Ley, los miembros de la pareja tendrán que cumplir los requisitos y las formalidades que se prevén, no estar bajo ningún impedimento que afecte a algunos de ellos o a su relación, e inscribirse voluntariamente en el Registro de Parejas Estables de las Illes Balears. La inscripción en este registro tiene carácter constitutivo.

Artículo 2. Capacidad y requisitos personales.

2. Para poder acogerse a esta Ley, como mínimo uno de los dos miembros ha de tener la vecindad civil en las Illes Balears y se exige la sumisión expresa de ambos al régimen establecido por ésta.

ASTURIAS: LEY 4/2002, DE 23-5, DE PAREJAS ESTABLES

Artículo 2. Ámbito de aplicación

Las disposiciones de la presente Ley se aplicarán a las parejas estables cuyos miembros estén empadronados en cualesquiera de los concejos de Asturias.

Artículo 3. Pareja estable

1. A efectos de lo dispuesto en esta Ley, se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.

2. Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente, como mínimo un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público, o se hayan inscrito en el Registro de Uniones de Hecho del Principado de Asturias.

3. La existencia de pareja estable o el transcurso del año de convivencia podrán acreditarse a través de cualquier medio de prueba admitido en derecho.

CASTILLA Y LEÓN: DECRETO 117/2002, DE 24-10, POR EL QUE SE CREA EL REGISTRO DE UNIONES DE HECHO EN CASTILLA Y LEÓN Y SE REGULA SU FUNCIONAMIENTO

BOC y L n° 212 de 31-10-2002

Artículo 2. Ámbito de Aplicación.

En el Registro podrán inscribirse las uniones que formen una pareja no casada, incluso del mismo sexo, en relación afectiva aná-

loga a la conyugal, de forma libre, cuyos componentes hayan convivido, como mínimo, un período de seis meses y tengan su residencia habitual en la Comunidad de Castilla y León.

ANDALUCÍA: LEY 5/2002, DE 16-12, DE PAREJAS DE HECHO

Artículo 2. Ámbito de aplicación

Las disposiciones de esta Ley serán de aplicación a las parejas que, al menos, uno de sus miembros tenga su residencia habitual en cualquier municipio de Andalucía, y que ninguno de sus miembros se encuentre inscrito en otro registro como pareja de hecho.

Artículo 3. Definición

1. A los efectos de la presente Ley, se entenderá por pareja de hecho la unión de dos personas, con independencia de su opción sexual, a fin de convivir de forma estable, en una relación de afectividad análoga a la conyugal.

CANARIAS: LEY 5/2003, DE 6-3, PARA LA REGULACIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS

Artículo 1. Ámbito de aplicación

La presente Ley será de aplicación a las personas que convivan en pareja de forma libre, pública y notoria, vinculados de forma estable con independencia de su orientación sexual, al menos durante un período ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad, siempre que se cumplan las exigencias establecidas en el artículo siguiente.

Bastará la mera convivencia cuando la pareja tuviera descendencia en común.

Artículo 2. Requisitos personales

1. No pueden constituir una pareja de hecho, de acuerdo con la normativa de la presente Ley (...)

2. Los dos miembros de la pareja de hecho han de estar empadronados en alguno de los ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Canarias.

3. No podrá pactarse la constitución de una pareja estable no casada con carácter temporal ni someterse a condición.

Artículo 4. Inscripción

1. La inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Canarias tendrá efectos declarativos sobre la constitución, modificación y extinción de las mismas, así como respecto a los pactos reguladores de la convivencia a que se refiere el artículo 7 de esta Ley.

2. Para efectuar la inscripción de la pareja de hecho deberán concurrir los requisitos personales a los que se refiere el artículo 2 de esta Ley. En caso contrario, será nula de pleno derecho dicha inscripción.

3. Las inscripciones en el Registro serán, con carácter general, voluntarias, de forma que no podrá practicarse inscripción alguna sin el consentimiento conjunto de los dos miembros de la pareja. Solamente las inscripciones que hagan referencia a la extinción de la pareja podrán efectuarse a instancia de uno sólo de sus miembros.

4. No procederá una nueva inscripción sin la previa cancelación de las preexistentes.

5. Las inscripciones y actos registrales tendrán carácter gratuito.

**EXTREMADURA: LEY 5/2003, DE 20-3,
DE PAREJAS DE HECHO DE LA
COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA**

Artículo 2. Ámbito de aplicación

1. A los efectos de la aplicación de la presente Ley, se considera pareja de hecho la unión estable, libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas, siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma mediante la inscripción de la pareja en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

2. Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público.

En el caso de que un miembro de la pareja o ambos estén ligados por vínculo matrimonial a otra persona al tiempo de iniciar la relación, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad, se tendrá en cuenta en el cómputo del período indicado de un año.

3. La inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura tendrá carácter constitutivo.

4. Las disposiciones de la presente Ley serán de aplicación a aquellas parejas de hecho en las que al menos uno de los miembros de la pareja se halle empadronado y tenga su residencia en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Artículo 4. Acreditación

1. Las parejas de hecho a que se refiere la presente Ley se constituirán a través de la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura, previa acreditación de los requisitos a que se refiere el artículo 2 en expediente contradictorio ante el encargado del registro.

2. Reglamentariamente se regulará tal expediente contradictorio.

En todo caso, la previa convivencia libre, pública, notoria e ininterrumpida en relación de afectividad, habrá de acreditarse mediante cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

3. La existencia de la pareja de hecho se acreditará mediante Certificación del encargado del Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

PAÍS VASCO: LEY 2/2003, DE 7-5, REGULADORA DE PAREJAS DE HECHO

Artículo 2. Concepto de pareja de hecho y ámbito de aplicación

1. A los efectos de la aplicación de esta Ley, se considera pareja de hecho a la resultante de la unión libre de dos personas, mayores de edad o menores emancipadas, con plena capacidad, que no sean parientes por consanguinidad o adopción en línea recta o por consanguinidad en segundo grado colateral y que se encuentren ligadas por una relación afectivo-sexual, sean del mismo o distinto sexo. Asimismo, ambos miembros de la pareja deberán cumplir el requisito de no estar unidos a otra persona por vínculo matrimonial o por pareja de hecho.

2. Las disposiciones de la presente Ley serán de aplicación a las parejas de hecho constituidas en los términos del artículo 3 y siguientes de la Ley. A tal efecto, podrán inscribirse aquellas pare-

jas de hecho en las que al menos uno de sus integrantes tenga su vecindad administrativa en el territorio de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sin distinguir, en el caso de la otra parte, su nacionalidad.

Artículo 3. Constitución y acreditación

1. La inscripción de la pareja en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que se creará al efecto, tendrá carácter constitutivo, de modo que a las no inscritas no les será aplicable la presente Ley.

2. La constitución de la pareja objeto de la presente regulación, así como el contenido jurídico patrimonial de la relación, se acreditará mediante certificación expedida por el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

3. Las inscripciones practicadas en los registros municipales de aquellas localidades que cuenten con ellos tendrán el mismo efecto constitutivo, siempre y cuando al practicar dicha inscripción se hayan observado los requisitos establecidos en la presente Ley, lo que deberá ser verificado por el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

CANTABRIA: LEY 1/2005, DE 16-5, DE PAREJAS DE HECHO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANTABRIA

Artículo 3. Creación

1. Se crea el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria, de carácter administrativo y voluntario, que se regirá por la presente Ley y cuantas disposiciones se dicten en desarrollo de ésta.

Artículo 4. Requisitos

1. Podrán inscribirse en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria aquellas parejas de hecho

en las que al menos una de las partes se halle empadronada y tenga su residencia en cualquier municipio de Cantabria.

2. A los efectos de la aplicación de esta Ley, se considera pareja de hecho a la que resulta de la unión de dos personas de forma estable, libre, pública y notoria, en una relación afectiva análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual.

3. Se considera que la unión es estable cuando sus integrantes reúnan alguno de los siguientes requisitos:

- a) Que hubieran convivido al menos un año de forma ininterrumpida.
- b) Que tengan descendencia común, natural o adoptiva.
- c) Que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja de hecho en documento público.

En el caso de que una parte integrante de la pareja o ambas estén ligadas por vínculo matrimonial a otra persona al tiempo de iniciar la relación, salvo que estén separadas judicialmente, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que la última de las partes integrantes obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad, se tendrá en cuenta en el cómputo del período mínimo indicado de un año.

4. No podrán inscribirse en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria las parejas ya inscritas en otro registro de uniones de hecho de otra Comunidad Autónoma, ni las uniones de las que formen parte:

- a) Personas menores de edad no emancipadas.
- b) Personas ligadas por un vínculo matrimonial no separadas judicialmente.
- c) Personas que formen una pareja de hecho debidamente inscrita con otra persona en cualquier registro de los referidos en la disposición adicional tercera de la presente Ley.

d) Parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.

e) Parientes en línea colateral por consanguinidad o adopción hasta el segundo grado.

f) Personas que hayan sido declaradas incapaces para prestar consentimiento válidamente por sentencia judicial firme.

5. No podrá pactarse la constitución de una pareja de hecho con carácter temporal ni someterse a condición.

Artículo 5. Inscripción

1. Serán objeto de inscripción las declaraciones de constitución y extinción de las parejas de hecho, pudiendo inscribirse de forma potestativa los pactos reguladores de la convivencia que hubiere acordado la pareja, así como sus modificaciones.

2. No podrá practicarse inscripción alguna en el Registro sin el consentimiento conjunto de ambos componentes de la pareja de hecho, salvo precepto legal o reglamentario en contrario y sin perjuicio de la acreditación y cumplimiento fehaciente de los requisitos que se exijan para cada inscripción.

3. Las inscripciones en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria serán gratuitas.

4. La nulidad de la inscripción registral podrá promoverse de oficio o a instancia de los interesados, cuando se hubiera acreditado la constitución de la pareja de hecho mediante ocultamiento de datos, falseamiento o con una finalidad fraudulenta, de conformidad con lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En su caso, el Gobierno de Cantabria pondrá los hechos en conocimiento de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria por si fuesen constitutivos de infracción criminal perseguible de oficio.

Artículo 6. Efectos

1. La inscripción de la unión en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria tendrá carácter constitutivo.

2. La inscripción en el registro de parejas de hecho de una entidad local de la Comunidad Autónoma de Cantabria será compatible con la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la presente Ley.

El tiempo de convivencia acreditada por la antigüedad en la inscripción de la pareja de hecho en un registro municipal o autonómico, en su caso, se respetará a efectos del período mínimo ininterrumpido de un año al que se refiere el apartado 3 del artículo 4 de la presente Ley.

3. Con la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Cantabria, las parejas de hecho gozarán de todos los beneficios, derechos y obligaciones que les confieren la legislación vigente.

GALICIA, LA LEY 10/2007, DE 28-6, REFORMÓ LA DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA DE LA LEY 2/2006, DE 14-6, DE DERECHO CIVIL DE GALICIA, DEFINIENDO LAS PAREJAS DE HECHO

Se da una nueva redacción a la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, con el siguiente texto:

Disposición adicional tercera

1. A los efectos de la aplicación de la presente Ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los

miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente Ley reconoce a los cónyuges.

2. Tendrán la condición de parejas de hecho las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio.

No pueden constituir parejas de hecho:

a) Los familiares en línea recta por consanguinidad o adopción.

b) Los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado.

c) Los que estén ligados por matrimonio o formen pareja de hecho debidamente formalizada con otra persona.

3. Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que estimen convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su extinción, siempre que no sean contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponden a cada conviviente o gravemente perjudiciales para cada uno de los mismos.

Serán nulos los pactos que contravengan la anterior prohibición.

ANEXO II: INSTRUCCIONES DE PROCEDIMIENTO EN ORDEN A LA APLICACIÓN DE LO PREVISTO EN LA LGSS, ART. 128 Y 131 BIS CONFORME A LA NUEVA REDACCIÓN DADA POR LA LEY DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 2006, DISPOSICIÓN ADICIONAL CUADRAGÉSIMA OCTAVA

I. INTRODUCCIÓN

Las modificaciones introducidas por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2006 (Disp. Adic. 48ª) en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (artículos 128 y 131 bis) tienen por objeto racionalizar la protección económica en las situaciones de incapacidad temporal y su tránsito a la incapacidad permanente. A tal efecto, se revisa el actual esquema de distribución de competencias entre los distintos actores que intervienen en su gestión, reforzando el papel del Instituto Nacional de la Seguridad Social que asume el control exclusivo de estas situaciones a partir del cumplimiento del plazo máximo de duración de la IT (12 meses)

La asunción y ejercicio por esta Entidad Gestora de las nuevas competencias requiere el correspondiente desarrollo reglamentario que aclare y concrete su alcance así como las necesarias adaptaciones de los procedimientos informáticos (INCA-ATRIUM-

CARPA) que faciliten una gestión eficaz, y los recursos imprescindibles para su ejecución.

No obstante lo anterior, si bien la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2006 entra en vigor con efectos de 1 de enero de 2006, la aplicación de lo previsto en el artículo 128 de la LGSS, en su nueva redacción dada conforme a la disposición adicional 48ª LPGE, se llevará a efecto de forma progresiva, a medida que este Instituto incorpore los recursos necesarios al efecto. Por este motivo, el apartado Dos de la referida Disposición Adicional 48ª LPGE señala que «La Secretaría de Estado de la Seguridad Social, a propuesta del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y mediante Resolución publicada en el Boletín Oficial del Estado, determinará la fecha en que los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, asumirán las competencias establecidas en el segundo párrafo del artículo 128. 1.a) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social».

Sin embargo, los recursos existentes en determinadas Direcciones Provinciales resultan suficientes para asumir las nuevas competencias de forma inmediata en sus ámbitos territoriales, por lo que la Secretaría de Estado de la Seguridad Social ha emitido ya una primera Resolución (BOE 24/01/06) por la que se ordena la asunción de las nuevas competencias en las Direcciones Provinciales de Palencia, Soria, Segovia, Teruel, Zamora, Ávila y en las ciudades de Ceuta y Melilla.

Por todo ello, y sin perjuicio del ulterior desarrollo reglamentario y de las adaptaciones de los procedimientos informáticos que sean precisas, se hace necesario dictar las presentes instrucciones, con carácter provisional, con el fin de definir el procedimiento de actuación en las Direcciones Provinciales citadas en el párrafo anterior en orden a la aplicación de lo previsto en el artículo 128 LGSS y, con carácter general, en todo el territorio respecto al contenido del artículo 131 bis.

2. TEXTO LEGAL. LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Art. 128.- Concepto

1.- *Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal:*

a) Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de doce meses, prorrogables por otros seis cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación.

Agotado el plazo de duración de doce meses previsto en el párrafo anterior, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, será el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de seis meses más, o bien, para determinar la iniciación de un expediente de Incapacidad Permanente, o bien, para emitir el alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal. El Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para determinar si una nueva baja médica tiene o no efectos económicos cuando se produzca en un plazo de seis meses posterior a la antes citada alta médica por la misma o similar patología.

b) Los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad.

2.- *A efectos del período máximo de duración de la situación de incapacidad temporal que se señala en el apartado a) del número anterior, y de su posible prórroga, se computarán los de recaída y de observación.*

Art. 131 bis. Extinción del derecho al subsidio

1. *El derecho al subsidio se extinguirá por el transcurso del plazo máximo establecido para la situación de incapacidad temporal de que se trate; por ser dado de alta médica el trabajador, con o sin declaración de incapacidad permanente; por haber sido reconocido al beneficiario el derecho al percibo de la pensión de jubilación; por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social; o por fallecimiento.*

En el supuesto de que el derecho al subsidio se extinga por el transcurso del plazo máximo establecido en el apartado a) del número 1 del artículo 128 y el trabajador hubiese sido dado de alta médica sin declaración de incapacidad permanente, solo podrá generarse un nuevo proceso de incapacidad temporal por la misma o similar patología si media un período de actividad laboral superior a seis meses o si el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, emite la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal

Sin perjuicio de las competencias que correspondan a los Servicios Públicos de Salud, los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social podrán expedir el correspondiente alta médica en el proceso de incapacidad temporal, a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad Social y en los términos que reglamentariamente se establezcan.

2. *Cuando la situación de incapacidad temporal se extinga por el transcurso del plazo máximo fijado en el párrafo primero del apartado a) del número 1 del artículo 128, plazo de doce meses o, en su caso, hasta de dieciocho meses, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado que corresponda, como inválido permanente.*

No obstante lo previsto en el párrafo anterior, en aquellos casos en que continúe la necesidad de tratamiento médico, por no ser definitivas las reducciones anatómicas o funcionales que presente el trabajador, se valorará y calificará la situación de incapacidad permanente en el grado que corresponda, declarando la situación revisable en el plazo de seis meses. Sólo en este supuesto no se exigirá para el reconocimiento de la pensión de Incapacidad Permanente durante seis meses, un período de cotización distinto al establecido para la Incapacidad Temporal.

Durante el plazo de tres meses previsto para la calificación de la Incapacidad, una vez agotado el plazo de duración máximo de dieciocho meses de la Incapacidad temporal, no subsistirá la obligación de cotizar.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en los números anteriores, cuando la extinción se produjera por el transcurso del plazo máximo fijado en el apartado a) del número 1 del artículo 128 o por alta médica con declaración de incapacidad permanente, los efectos de la situación de incapacidad temporal se prorrogarán hasta el momento de la calificación de incapacidad permanente, en cuya fecha se iniciarán las prestaciones económicas de ésta, salvo que las mismas sean superiores a las que venía percibiendo el trabajador, en cuyo caso se retrotraerán aquéllas al momento en que se haya agotado la incapacidad temporal.

En el supuesto de alta médica anterior al agotamiento del plazo máximo de duración de la situación de incapacidad temporal, sin que existe ulterior declaración de incapacidad permanente, subsistirá la obligación de cotizar mientras no se extinga la relación laboral o hasta la extinción del plazo máximo de duración de la incapacidad temporal fijado en el apartado a) del número 1 del artículo 128, de producirse con posterioridad dicha declaración de inexistencia de incapacidad permanente.

En los supuestos a que se refiere el segundo párrafo del apartado precedente, los efectos de la situación de incapacidad temporal se prorrogarán hasta el momento de la calificación de la incapacidad permanente, en cuya fecha se iniciarán las prestaciones económicas de ésta.

3. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NUEVA REDACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 128 Y 131 BIS TRLGSS

A).- La competencia en materia de control de las situaciones de incapacidad temporal desde su inicio hasta el cumplimiento del mes 12^º se mantiene conforme a la regulación vigente a 31 de diciembre de 2005.

SERVICIO PÚBLICO DE SALUD.— Competencia para emitir partes de baja, confirmación y alta.

INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.— Competencia para emitir propuestas de alta e intenciones de alta, así como para iniciar de oficio expediente de IP.

INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA.— Competencia para emitir bajas y altas (asistencia sanitaria no transferida) ó propuestas de alta e intenciones de alta (asistencia sanitaria transferida), así como para iniciar de oficio expediente de incapacidad permanente respecto de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen Especial del Mar.

MUTUAS AT-EP.— Competencia para emitir partes de baja, confirmación y alta por AT/EP y propuesta de alta e iniciativas por contingencias comunes.

EMPRESAS COLABORADORAS.— Competencia para emitir partes médicos de baja, confirmación y alta respecto de los trabajadores a su servicio, cualquiera que sea la contingencia determinante del proceso, siempre que tengan asumida la colaboración en materia de asistencia sanitaria.

B) – El control de las situaciones de incapacidad temporal a partir del cumplimiento de 12 meses corresponde en exclusiva al INSS (ISM) de acuerdo con el apartado 1 a) del artículo 128 TRLGSS, el I Instituto Nacional de la Seguridad Social (o en su caso, el Instituto Social de la Marina), a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad perma-

nente, es el único competente para determinar los efectos que deben producirse en la prestación de incapacidad temporal, una vez agotado el plazo máximo de duración de la misma, esto es, doce meses.

El Equipo de Valoración de Incapacidades será el competente para efectuar Propuestas de Resolución al Director Provincial del INSS (ISM) en los términos que a continuación se indican:

- Alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal.
- Prórroga expresa de la situación de incapacidad temporal, por un plazo máximo de seis meses, cuando se presuma que durante ellos el trabajador puede ser dado de alta por curación.
- Alta por agotamiento con propuesta de iniciación de expediente de incapacidad permanente.

Además, en el caso de que la resolución emitida por el INSS sea el alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal. El INSS será el único competente para determinar si una nueva baja médica, por la misma o similar patología producida sin que haya transcurrido un periodo de seis meses de actividad laboral tras la citada alta médica, tiene o no eficacia económica.

B-1) Alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica

> El alta médica emitida por el INSS surte el efecto de extinguir el derecho a la prestación económica, sin perjuicio de que el trabajador continúe recibiendo tratamiento médico y de que el Servicio Público de Salud siga expidiéndole partes de confirmación, a efectos de justificar la ausencia al trabajo.

> El alta médica emitida por el INSS al agotamiento del plazo de doce meses de IT determinará que el trabajador no podrá ini-

ciar una nuevo proceso de IT con protección económica por la misma o similar patología si no media un periodo de seis meses de actividad laboral desde la citada alta médica.

En estos supuestos en que se produce una nueva baja por igual o similar patología dentro de los seis meses siguientes al alta emitida por el INSS al agotamiento de los doce meses, la actuación será la siguiente.

Corresponderá al facultativo del INSS determinar si se trata de la misma o similar patología. En caso afirmativo se tratará de una recaída y, por tanto el Equipo de Valoración de Incapacidades emitirá propuesta de resolución al Director Provincial favorable, bien a una prórroga de IT si se presume que la recuperación se producirá en los siguientes seis meses, bien inicio de expediente de incapacidad permanente, si la recuperación se estima en un período superior a seis meses o también es posible que el EVI considere que el interesado no se encuentra incapacitado para trabajar, en cuyo caso emitirá propuesta de resolución al Director Provincial declarando la baja médica emitida por el Servicio Público de Salud sin efectividad económica.

B-2) Prórroga de IT hasta un máximo de seis meses

El reconocimiento de la prórroga de IT por contingencias comunes desde el mes 12º en adelante (hasta un máximo de seis meses) será competencia exclusiva del INSS (ISM)

El reconocimiento de la prórroga de IT por contingencias profesionales desde el mes 12º en adelante (hasta un máximo de seis meses) será competencia exclusiva del INSS salvo, los supuestos en que la cobertura corresponda a una Mutua de AT/EP, en cuyo caso se aplicará lo previsto en la Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social.

La resolución de prórroga será preceptiva para continuar percibiendo la prestación económica por incapacidad temporal, salvo

en el supuesto a que se refiere el apartado anterior (IT-CP cubierta por Mutua AT/EP).

Durante la situación de prórroga de IT, la prestación económica se abonará en régimen de pago directo por la Entidad Gestora o Colaboradora responsable, excepto a los trabajadores que se encuentren percibiendo la prestación contributiva de desempleo que seguirán en pago delegado según se indica en el apartado g). Varios. A estos efectos, y con la finalidad de facilitar la gestión del subsidio, el inicio del pago directo se efectuará a partir del día primero del mes siguiente a la fecha de la resolución del director provincial en que se haya reconocido la prórroga expresa de la IT.

La prórroga se reconocerá exclusivamente por el tiempo que el EVI estime en que puede producirse la curación, con un máximo de seis meses. Si el plazo estimado de curación supera los seis meses, no procederá la prórroga y si la iniciación de expediente de incapacidad permanente, aún cuando las secuelas invalidantes no sean definitivas.

Durante la prórroga de IT no será precisa la presentación de partes de confirmación por parte del trabajador para la percepción del subsidio?. Asimismo en el caso de expedirse un alta médica por el SPS no tendrá efecto alguno en la situación de prórroga.

Durante la prórroga de IT (desde el mes 12º al 18º) subsiste la obligación de cotizar, por lo que tratándose de trabajadores por cuenta ajena al régimen General o Minería del Carbón, la empresa viene obligada a ingresar la cuota patronal y la Entidad responsable del pago del subsidio habrá de descontar e ingresar la cuota obrera.

B-3) Alta por agotamiento con propuesta de iniciación de expediente de incapacidad permanente

En los supuestos en que, al agotamiento del plazo máximo de incapacidad temporal (12 meses), la Entidad Gestora acuerde la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, el resultado puede ser el siguiente:

Lesiones invalidantes definitivas y objetivadas:

Si tiene carencia (IP), se calificará el grado y se reconocerá pensión de incapacidad permanente, con hecho causante jurídico en la fecha de agotamiento de los 12 meses.

Si no tiene carencia (IP), se denegará la Incapacidad permanente sin calificar grado.

Lesiones invalidantes no definitivas.

Si tiene carencia (IP), se calificará el grado, se reconocerá la pensión de incapacidad permanente, con hecho causante jurídico en la fecha de agotamiento de los 12 meses, y se declarará revisable en el plazo que determine el INSS a propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI), no inferior a seis meses.

Si no tiene carencia (IP), se calificará el grado que corresponda y se reconocerá la pensión de incapacidad permanente, con hecho causante jurídico en la fecha de agotamiento de los 12 meses, con un plazo de vencimiento (extinción del derecho a la pensión) de 6 meses contados desde la fecha de efectos de la pensión (resolución DP ó agotamiento 12 meses de IT) por no tener carencia de incapacidad permanente.

En todo caso, durante la tramitación del expediente de incapacidad permanente, el trabajador continuará percibiendo, en prórroga de efectos, la prestación económica por incapacidad temporal hasta la fecha de su resolución, iniciándose a partir de este momento los efectos de la pensión salvo que su cuantía sea supe-

rior a la de la prestación por IT en cuyo caso se retrotraerán sus efectos a la fecha de agotamiento, procediéndose a la regularización de las cantidades percibidas durante el periodo superpuesto en el primer pago de la pensión.

La prestación económica se abonará en régimen de pago directo por la Entidad Gestora o Colaboradora responsable, excepto a los trabajadores que se encuentren percibiendo la prestación contributiva de desempleo que seguirán en pago delegado según se indica en el apartado g. Varios. A estos efectos, y con la finalidad de facilitar la gestión del subsidio, el inicio del pago directo se efectuará a partir del día primero del mes siguiente a la fecha de la resolución del director provincial en que se haya resuelto el inicio del expediente de incapacidad permanente.

Durante la tramitación del expediente de incapacidad permanente no será precisa la presentación de partes de confirmación por parte del trabajador para la percepción del subsidio. Asimismo, en el caso de expedirse un alta médica por el SPS no tendrá efecto alguno en el abono de la prórroga de efectos de incapacidad temporal, procediéndose a continuar con la tramitación habitual y la prórroga de efectos.

En caso de denegación de la pensión por incapacidad permanente (lesiones invalidantes definitivas – no carencia), el subsidio por incapacidad temporal, en prórroga de efectos, se extinguirá en la fecha de la resolución denegatoria de la incapacidad permanente.

Se suprime la posibilidad de demora en la calificación de la incapacidad permanente. En este sentido, es importante destacar que:

El último párrafo del artículo 131 bis.3 resulta inaplicable al referirse a una situación (demora en la calificación) que se suprime.

Toda situación de demora en la calificación iniciada con anterioridad a 1 de enero de 2006 seguirá su curso permaneciendo en demora hasta la fecha que, en su caso, hubiera determinado el EVI para la calificación, si bien llegado este momento no podrá acordarse una segunda demora sino que habrá que calificar grado.

4. PROCEDIMIENTO PARA ASUMIR LAS COMPETENCIAS ESTABLECIDAS EN LA LETRA A) DEL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 128 Y EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL APARTADO 1 DEL ARTICULO 131.BIS DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

De conformidad con la disposición adicional cuadragésima octava de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, que modifica determinados artículos de la LGSS y, en virtud de la Resolución de 16 de enero de 2006, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, las Direcciones Provinciales del INSS de Ávila, Palencia, Segovia, Soria, Teruel, Zamora y de las Ciudades de Ceuta y Melilla asumen las nuevas competencias a que se refiere el párrafo segundo de la letra a) del artículo 128 TRLGSS a partir del día 25 de enero de 2006.

Para todos aquellos procesos de IT que, en el momento de asumir las nuevas competencias, hubiesen superado ya los 12 meses de duración, se actuará sobre ellos, hasta el mes 18, como se venía efectuando antes de la modificación establecida por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el 2006.

1. PROCEDIMIENTO EN RELACIÓN CON LAS COMPETENCIAS ESTABLECIDAS EN LA LETRA A) DEL APARTADO 1 DEL ARTICULO 128 DEL TRLGSS

A. Actuaciones a realizar para asumir dichas las competencias

a.- Reconocimientos médicos previos

Con la finalidad de que todos los perceptores afiliados al INSS que alcancen el mes duodécimo en la situación de Incapacidad Temporal dispongan de una historia clínico-laboral suficiente que permita al EVI efectuar la propuesta que corresponda, las Unidades Médicas de las Direcciones Provinciales deberán citar a los trabajadores a los reconocimientos médicos que consideren necesarios en función de las características del proceso patológico, debiendo en todo caso efectuar al menos un reconocimiento médico en el noveno mes y recabar aquellas pruebas e informes complementarios que se consideren oportunos para que en el reconocimiento médico a efectuar sobrepasado el mes undécimo (esta citación se efectuará según modelo que se acompaña como anexo I) se disponga de toda la documentación que permita realizar la evaluación del trabajador

No obstante, si en los reconocimientos previos al mes undécimo el facultativo del INSS considera que debe proponer al SPS un alta médica por curación o mejoría, un alta médica con propuesta de Incapacidad Permanente o una intención de alta, lo efectuará, como hasta ahora, sin más dilación.

b.- Elaboración del Informe Médico de Evaluación de Incapacidad Temporal

Una vez citado el trabajador a reconocimiento médico en el mes undécimo, el facultativo del INSS cumplimentará el Informe Médico de Evaluación de la Incapacidad Temporal del trabajador que se acompaña como anexo II.1

Dicho informe médico, que se elaborará lo más cerca posible del mes duodécimo del proceso, será debidamente firmado

por el facultativo que ha efectuado el reconocimiento médico y expresará el juicio clínico-laboral.

El Informe Médico de Evaluación de la IT será aportado por el facultativo del EVI que haya de actuar como ponente ante el órgano colegiado para que éste emita la correspondiente propuesta de resolución al director provincial.

En el caso de perceptores afiliados a una Mutua de AT/EP o a una empresa colaboradora, éstas remitirán a las direcciones provinciales del INSS el expediente médico respecto de cada uno de los perceptores de IT por cuyo proceso haya sobrepasado el mes undécimo con la finalidad de que las Unidades Médicas del /NSS procedan a efectuar, si lo consideran necesario, la oportuna citación.

Efectuado, en su caso, el reconocimiento médico, y de igual manera que en el caso de trabajadores afiliados al INSS, el facultativo elaborará el preceptivo Informe de Evaluación de la Incapacidad Temporal que será aportado por el facultativo del EVI que haya de actuar como ponente ante el órgano colegiado para que éste emita la correspondiente propuesta de resolución al director provincial.

Cuando la cobertura de la IT por contingencias profesionales se hubiera concertado con una Mutua de ATIEP, éstas efectuarán ante las direcciones provinciales del INSS una propuesta de alta por curación, de prórroga expresa de la prestación o la iniciación de expediente de incapacidad permanente (en cuyo caso, la propuesta habrá de acompañarse de toda la documentación que habitualmente conforma el expediente previo).

Según establece la Resolución de la Secretaría de Estado para la Seguridad Social si el INSS no se manifiesta en contrario en el plazo de los 5 días siguientes al de su recepción, se entenderá aceptada la propuesta.

c.- Elaboración de la Propuesta de Resolución del EVI

El EVI, examinará el informe médico de evaluación de la IT, así como toda la documentación clínica que le acompañe y procederá, según modelo que se adjunta como anexo 111.1, a emitir y formular al director provincial del INSS o al director provincial del ISM la Propuesta de Resolución, preceptiva y no vinculante, sobre:

- Reconocimiento de prórroga expresa de la IT, determinando la fecha a partir de la cual se podrá efectuar un nuevo reconocimiento médico.
- Iniciación de expediente de Incapacidad Permanente.
- Alta médica por curación a los exclusivos efectos de la prestación económica por Incapacidad Temporal.

d.- Resolución del director provincial

El director provincial del INSS, deberá dictar resolución expresa en todos los casos, salvo para los afiliados al Régimen Especial del Mar en que dicha resolución será dictada por el director provincial del ISM.

e.- Notificaciones al interesado y comunicaciones a las empresas, al SPS y a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales

Si la resolución reconoce la prórroga expresa de la IT, los perceptores percibirán la prestación en pago directo por el INSS, ISM o por la Mutua de AT/EP. En el caso de empresas colaboradoras, éstas seguirán abonando la prestación de IT. (A esta resolución se acompañará el modelo de solicitud de pago directo de IT cuando se trate de trabajadores por cuenta ajena protegidos por el INSS, para su cumplimentación y presentación en un plazo de 10 días).

En este caso se utilizarán los modelos que se acompañan como anexo IV:

IV.1 «Resolución concediendo la prórroga de IT para Trabajadores por cuenta ajena» (se aportan 2 modelos, según que el perceptor esté afiliado a una Mutua o afiliado al INSS).

IV.2 «Resolución concediendo la prórroga de IT para Trabajadores por cuenta propia»

IV.3 «Comunicación concesión prórroga de IT a empresas»

IV.4 «Comunicación concesión prórroga de IT a SPS»

IV.5 (sólo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP) «Comunicación concesión de la prórroga de IT a la Mutua de Accidente de Trabajo y Enfermedades Profesionales»

Si la resolución del director provincial determina la iniciación de expediente de incapacidad Permanente, se utilizarán los modelos que se acompañan como anexo V:

V.1 «Resolución iniciación expediente de Incapacidad Permanente para Trabajadores por cuenta ajena» (se aportan 2 modelos, según que el perceptor esté afiliado a una Mutua o afiliado al INSS).

V.2 «Resolución iniciación expediente de Incapacidad Permanente para Trabajadores por cuenta propia»

V.3 «Comunicación iniciación expediente de Incapacidad Permanente a empresas»

V.4 «Comunicación iniciación expediente de Incapacidad Permanente al SPS»

V.5 (sólo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP) «Comunicación iniciación de expediente de Incapacidad Permanente a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales»

Junto con la notificación al trabajador de la resolución que establece la iniciación de un expediente de Incapacidad Perma-

nente se adjuntará el cuestionario de Incapacidad Permanente, cuyos datos servirán también para tramitar y resolver la prestación de IT en prórroga de efectos —pago directo—.

Si la resolución del director provincial contempla la emisión del alta médica a efectos económicos, ésta tendrá efectos desde el día siguiente a la fecha de resolución y se utilizarán los modelos que se acompañan como anexo VI:

VI.1 «Notificación de resolución emitiendo el alta médica a efectos económicos al trabajador»

VI.2 «Comunicación del alta médica a los exclusivos efectos económicos a la empresa»

VI.3 «Comunicación de la emisión del alta médica a los exclusivos efectos económicos al SPS»

VI.4 (sólo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP) «Comunicación de la notificación del alta médica a los exclusivos efectos económicos a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales».

f.- Informatización del procedimiento

Actualmente, se está diseñando un módulo específico en el aplicativo ATRIUM (Aplicativo de Trabajo Informatizado de /as Unidades Médicas) para la total informatización del procedimiento a seguir para asumir las nuevas competencias.

No obstante, y hasta tanto en cuanto no esté ultimado dicho módulo, a partir del 30 de enero está ya disponible en el entorno «INCA» una transacción donde se volcarán todos los perceptores del INSS, del ISM, de las Mutuas de AT/EP y de las empresas colaboradoras, cuyo proceso esté en el mes undécimo.

En dicha transacción que se denominará «PROCESOS DE IT PARA REMITIR A EVI» también estará disponible, a partir del 30 de enero, todo el modelaje (a excepción del cuestionario de Incapacidad Permanente) referido en las presentes Instrucciones.

g.- *Varios*

Los trabajadores que se encuentren de baja médica por incapacidad temporal y percibiendo la prestación contributiva de desempleo, continuarán percibiendo en pago delegado, a través del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), la citada prestación en los supuestos del art. 128 en los que se les conceda la prórroga o se inicie un expediente de incapacidad permanente. Si se produjera el agotamiento de la prestación contributiva de desempleo manteniéndose la situación de prórroga o trámite de expediente de IP, pasarán a la situación de pago directo aplicando el art. 222.3 y el criterio de aplicación 2002/65, percibiendo en el supuesto de prórroga, el 80% del IPREM, y en el caso de inicio de expediente de incapacidad permanente la cuantía que estuviese percibiendo del SPEE en el momento de la resolución de inicio de expediente de incapacidad permanente.

Se está procediendo a la elaboración de los modelos específicos de esta situación que se remitirán en fecha próxima.

Instituto Social de la Marina.

Los procesos de pago delegado al estar incluidos en el aplicativo INCA, serán tratados igual que los del INSS (citación en el 9º mes y control posterior en el mes 11º).

Los procesos de pago directo de las provincias incluidas en la Resolución de la Secretaria de estado (BOE 24/1/06), serán tramitados telemáticamente al INSS para su control médico en el mes 11º. La documentación médica de estos procesos será remitida en papel.

B. Actuaciones a realizar el Servicio Público de Salud vuelve a emitir baja médica, ó, en su caso, si el interesado lo solicita directamente ante el INSS

a.- Reconocimiento médico previo

En todos aquellos casos en que se detecte que el Servicio Público de Salud ha emitido una nueva baja médica a un trabajador cuando en los seis meses anteriores se hubiese emitido por el INSS resolución de alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica de IT se citará al trabajador (según modelo que se acompaña como anexo VII) a fin de determinar si el trabajador ha sufrido una recaída del proceso anterior o si, por el contrario, la baja se debe a distinta patología.

En el supuesto de que no existiese una nueva baja médica expedida por el SPS, y el trabajador se presentase a demandarla en la Unidad Médica, se efectuará, con carácter inmediato e igualmente, el reconocimiento médico a fin de determinar si se emite una baja médica por recaída, a estos efectos se utilizarán el modelo VIII «Solicitud de expedición de baja médica por recaída» y el IX «Citación a reconocimiento» (ver pág 15).

b.- Elaboración del Informe Médico

Una vez efectuado el reconocimiento médico al trabajador, el facultativo del INSS cumplimentará el Informe Médico de Valoración de la Incapacidad Temporal del trabajador según el modelo del anexo II.

Dicho Informe Médico será aportado por el facultativo del EVI que haya de actuar como ponente ante el órgano colegiado para que éste emita la correspondiente propuesta de resolución al director provincial.

c.- Elaboración de la Propuesta de Resolución del EVI

El EVI, examinará el Informe Médico de Valoración de la IT, así como la documentación clínica que le acompañe, y procederá, según modelo que se adjunta como anexo 111.2, a emitir y formular al director provincial del INSS o del ISM la propuesta de resolución, preceptiva y no vinculante, sobre:

— Declarar sin efectividad económica la nueva baja médica emitida por el SPS, al considerar que el mismo se encuentra apto para el trabajo.

— Determinar la efectividad económica de la nueva baja médica emitida por el SPS proponiendo la situación de prórroga expresa de IT por recaída.

— Determinar que la nueva baja médica se debe a una patología diferente

— Declarar la prórroga expresa de la IT a efectos económicos por recaída (para el caso en que no exista baja médica por parte del SPS).

— Declarar el inicio de un expediente de Incapacidad Permanente (para el caso en que no exista baja médica por parte del SPS).

d.- Resolución del director provincial

El director provincial del INSS, deberá dictar resolución expresa en todos los casos, salvo para los afiliados al Régimen Especial del Mar en que dicha resolución será dictada por el director provincial del ISM.

e.- Notificaciones a/interesado y comunicaciones a las empresas, al SPS, y a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales

Si la resolución del director provincial determina que se declara sin efectividad económica la nueva baja médica emitida

por el SPS por ser ésta por igual o similar patología, se utilizarán los modelos que se acompañan como Anexo X:

X.1 «Resolución denegando los efectos económicos de la nueva baja médica por recaída»

X.2 «Comunicación de la resolución denegando los efectos económicos de la nueva baja a la empresa»

X.3 «Comunicación de la resolución denegando los efectos económicos de la nueva baja al SPS»

X.4 (sólo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP) «Comunicación de la resolución denegando los efectos económicos de la nueva baja a la Mutua de AT/EP».

Si la resolución del director provincial determina la prórroga expresa de la IT por recaída, y por tanto la efectividad económica de la nueva baja médica emitida por el SPS, se utilizarán los modelos que se acompañan como Anexo XI:

XI.1 «Resolución de prórroga expresa de IT por recaída para trabajadores por cuenta ajena» (se acompañan 2 modelos, según que el trabajador esté afiliado a una Mutua o afiliado al INSS).

XI.2 «Resolución de prórroga expresa de: IT por recaída para trabajadores por cuenta propia»:

XI.3 «Comunicación de la resolución de prórroga expresa de la IT por recaída a la empresa»:

XI.4 «Comunicación de la resolución de prórroga expresa de la IT por recaída al SPS».

XI.5 (sólo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP) «Comunicación de la resolución de prórroga expresa de la IT por recaída a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales».

Si la resolución del director provincial determina la iniciación de un expediente de Incapacidad Permanente, se utilizarán los modelos que se acompañan como Anexo XII:

XII.1 *«Resolución iniciación expediente de Incapacidad Permanente para trabajadores por cuenta ajena»* (se acompañan 2 modelos, según que el trabajador esté incluido en el ámbito de protección de una Mutua o afiliado al INSS).

XII.2 *«Resolución iniciación expediente de Incapacidad Permanente para trabajadores por cuenta propia»*

XII.3 *«Comunicación de iniciación de expediente de Incapacidad Permanente a empresas»*

XII.4 *«Comunicación iniciación de expediente de Incapacidad Permanente al SPS».*

XII.5 *(solo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP) «Comunicación iniciación expediente de Incapacidad Permanente a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales»*

Si la resolución del director provincial determina que la nueva baja médica expedida por el SPS se debe a una patología diferente, se utilizarán los modelos que se acompañan como Anexo XIII:

XIII.1 *«Resolución a/trabajador reconociendo que la-nueva baja médica se debe a una patología diferente»*

XIII.2 *«Comunicación al SPS de que la nueva baja médica se debe a una patología diferente» (sólo en el caso de que el código de diagnóstico remitido por el SPS sea igual o similar al que produjo la resolución, por parte del INSS o del ISM, de alta por curación)*

XIII.3 *«Comunicación a la empresa de que la nueva baja médica se debe a una patología diferente»*

XIII.4 *(solo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP) «Comunicación a la Mutua de que la nueva baja médica se debe a una patología diferente»*

Si la resolución del director provincial determina que existe una nueva baja médica a efectos económicos por igual o simi-

lar patología con reconocimiento de prórroga expresa de IT por recaída, se utilizarán los modelos que se acompañan como Anexo XIV:

XIV.1 «Resolución de reconocimiento de una nueva baja médica a efectos económicos, por igual o similar patología, con prórroga expresa de IT por recaída al trabajador por cuenta ajena INSS» (se acompañan dos modelos según que el trabajador esté incluido en el ámbito de protección de una Mutua o afiliado al INSS)

XIV.2 «Resolución de reconocimiento de una nueva baja médica a efectos económicos, por igual o similar patología, con prórroga expresa de IT por recaída a/trabajador por cuenta propia»

XIV.3 «Comunicación de la Resolución de prórroga expresa de IT a empresas»

XIV.4 «Comunicación de la Resolución de prórroga expresa de IT a los SPS»

XIV.5 (solo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP) «Comunicación de la Resolución de prórroga expresa de IT a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales»

Si la resolución del Director Provincial determina la denegación de la baja médica solicitada por el trabajador directamente a la Dirección Provincial del INSS, se utilizarán los modelos que se acompañan como Anexo XV:

XV.1 «Resolución denegatoria al trabajador de la nueva baja médica por recaída solicitada»

XV.2 «Comunicación a la empresa de la Resolución denegatoria de la nueva baja médica por recaída solicitada por el trabajador»

XV.3 «Comunicación al SPS de la Resolución denegatoria de la nueva baja médica por recaída solicitada por el trabajador»

XV.4 «Comunicación a la Mutua de AT/EP de la Resolución denegatoria de la nueva baja médica por recaída solicitada por el trabajador».

Si la resolución del Director Provincial determina, de acuerdo con la solicitud del trabajador realizada directamente a la Dirección Provincial del INSS, que existe una nueva baja médica y que procede la iniciación de un expediente de Incapacidad Permanente, se utilizarán los modelos que se acompañan como Anexo XVI:

XVI.1 «Resolución de baja por recaída e iniciación de expediente de Incapacidad Permanente para trabajadores por cuenta ajena» (se acompañan 2 modelos, según que el trabajador esté incluido en el ámbito de protección de una Mutua o afiliado al INSS).

XVI.2 «Resolución de baja por recaída e iniciación de expediente de Incapacidad Permanente para trabajadores por cuenta propia»

XVI.3 «Comunicación de la Resolución de baja por recaída e iniciación de expediente de Incapacidad Permanente a empresas»

XVI.4 «Comunicación de la Resolución de baja por recaída e iniciación de expediente de Incapacidad Permanente al SPS»

XVI.5 (solo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP) «Comunicación a la Mutua de la Resolución de baja por recaída e iniciación de expediente de Incapacidad Permanente»

2. PROCEDIMIENTO EN RELACIÓN CON EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 131 BIS DEL TRLGSS PARA AQUELLAS PROVINCIAS QUE NO HAN ASUMIDO LAS COMPETENCIAS ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 128 Y EXCEPCIONALMENTE, EN LAS DIRECCIONES PROVINCIALES AFECTADAS POR LA RESOLUCIÓN DE LA SECRETARÍA DE ESTADO.

De conformidad con la nueva redacción del párrafo segundo, apartado 1º del artículo 131 bis del TRLGSS, aplicable fundamentalmente en aquellas direcciones provinciales que no han asumido las competencias establecidas en el artículo 128 del mismo texto legal y, excepcionalmente, en las direcciones provinciales afecta-

das por la Resolución de la Secretaría de Estado, se actuará de la siguiente forma:

a.- Reconocimiento médico previo

En todos aquellos casos en que, tras haber agotado el periodo máximo de 18 meses de percepción de IT se detecte que el SPS ha emitido una nueva baja médica aun trabajador, cuando en los seis meses anteriores se hubiese producido resolución denegatoria de incapacidad permanente, procederá citar le (según modelo que se acompaña como Anexo XVII a fin de determinar si tal baja médica se debe a la misma o similar patología o a otra distinta.

Corresponderá al facultativo del INSS valorar si se trata o no de la misma o similar patología haciéndolo constar así en el informe médico de evaluación de incapacidad temporal (anexo 11.2). El citado anexo se enviará a la Unidad Administrativa, desde la que se procederá a emitir directamente (sin necesidad de propuesta del EVI) la resolución denegando la efectividad económica de la nueva baja (Anexo XVIII) e bien comunicando la efectividad económica a la nueva baja por tratarse de distinta patología del proceso anterior (Anexo XX).

Si el Servicio Público de Salud no ha expedido nueva baja, y el trabajador la demanda ante la dirección provincial, se le facilitará el modelo de solicitud que se adjunta como Anexo XIX y se procederá a efectuar el reconocimiento médico con carácter inmediato. En el supuesto de que la solicitud no se presente directamente en la unidad médica, sino que se efectúe por correo, en un CAISS o cualquier otro medio, se procederá a citar al trabajador mediante el modelo Anexo XXII.

Una vez efectuado el reconocimiento médico, si el facultativo del INSS valora que la baja solicitada es por la misma o similar patología que la que originó la denegación de la incapacidad permanente, se hará constar así en el informe médico de evaluación de incapacidad temporal (Anexo 11.2) y se actuará igual que

en el supuesto en el que existe baja médica, es decir el citado anexo se enviará a la Unidad Administrativa, desde la que se procederá a emitir directamente (sin necesidad de propuesta del EVI) resolución denegando la efectividad económica de la nueva baja (Anexo XXI).

b.- Elaboración del Informe Médico.

Una vez efectuado el reconocimiento médico al trabajador el facultativo del INSS cumplimentará el Informe Médico de Valoración de la Incapacidad Temporal del trabajador según el modelo Anexo 11.2.

Valoración del proceso a efectos de posible recaída:

- Es similar patología que el proceso anterior.
- Es distinta patología que el proceso anterior.

c.- Resolución del director provincial

El director provincial del INSS, deberá dictar resolución expresa en todos los casos, salvo para los afiliados al Régimen Especial del Mar en que dicha resolución será dictada por el director provincial del ISM.

d.- Notificaciones al interesado y comunicaciones a las empresas, al SPS y a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Si la resolución del director provincial determina que se declara sin efectividad económica la nueva baja médica emitida por el SPS por ser ésta por igual o similar patología y no haber transcurrido un periodo de seis meses desde la resolución denegatoria anterior, se utilizarán los modelos que se acompañan como Anexo XVIII: (Esta resolución será emitida directamente por la Unidad Administrativa sin pasar por el EVI)

XVIII.1 «Resolución denegatoria al trabajador con baja médica por igual o similar patología y con un periodo de actividad laboral inferior

a seis meses desde que se produjo el alta sin declaración de Incapacidad Permanente».

XVIII.2 *«Comunicación de la resolución denegatoria de los efectos económicos de la nueva baja médica expedida por el SPS a la empresa» (cuando se trate de trabajadores por cuenta ajena).*

XVIII.3 *«Comunicación de la resolución denegatoria los efectos económicos de la nueva baja médica al SPS»*

XVIII.4 *(solo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP) «Comunicación de la resolución denegatoria los efectos económicos de la nueva baja médica a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*

Si la resolución del director provincial determina que la nueva baja médica expedida por el SPS se debe a una patología diferente, se utilizarán los modelos que se acompañan como Anexo XX: (Esta resolución será emitida directamente por la Unidad Administrativa sin pasar por el EVI)

XX.1 *«Comunicación a la empresa de que la nueva baja médica se debe a una patología diferente»*

XX.2 *(solo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP) «Comunicación a la Mutua de que la nueva baja médica se debe a una patología diferente»*

Si la resolución del director provincial determina que no procede emitir una nueva baja con efectividad económica ante la solicitud del trabajador, se utilizarán los modelos que se acompañan como Anexo XXI:

XXI.1 *«Resolución denegatoria del proceso de IT derivada de la solicitud del trabajador realizada directamente ante el INSS por igual o similar patología y con un período de actividad laboral inferior a seis meses desde que se produjo el alta sin declaración de Incapacidad Permanente»*

XXI.2 *«Comunicación de la resolución denegatoria de la IT a los efectos económicos al SPS»*

XXI.3 (solo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP) «Comunicación de la resolución denegatoria los efectos económicos de la nueva baja médica a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales»

e.- Adaptaciones informáticas en el aplicativo INCA.

Con posterioridad a estas instrucciones y a la mayor brevedad posible, se adaptarán los programas informáticos con el fin de poder automatizar las actuaciones recogidas en este procedimiento.

Así mismo, está previsto se realicen los cruces de datos entre los dos subsistemas del aplicativo INCA (pago directo y delegado) con el fin de poder controlar estas situaciones, y en especial, las de recaída.

Por tanto, se enviarán las instrucciones que afecten al citado aplicativo INCA a través de correo electrónico, en el cual se incluirán las modificaciones realizadas, nuevas transacciones, en su caso, y el sistema de control automático de estos supuestos.

f) Varios

Las Mutuas de AT/EP, el ISM y las empresas colaboradoras que detecten situaciones de sus trabajadores asociados que tras haber agotado el período máximo de 18 meses de percepción de la IT, el SPS ha emitido una nueva baja médica, cuando en los seis meses anteriores se hubiese producido resolución denegatoria de incapacidad permanente solicitarán al INSS, de forma manual que proceda a citar al trabajador de acuerdo con el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 131 bis del TRLGSS.

5. PROCEDIMIENTO DE ACTUACIÓN PARA LA VALORACIÓN Y CALIFICACIÓN DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE.- ARTÍCULO 131 BIS, APARTADOS 2 Y 3.

En el supuesto de que al cumplimiento del mes 12º en situación de IT el Equipo de Valoración de Incapacidades emita una propuesta de resolución favorable a la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, y el Director Provincia) dictara resolución en este sentido, una copia de la Resolución junto a la propuesta de resolución del EVI, se remitirá a la Subdirección Provincial de Información Administrativa (o al CAISS predeterminado al efecto) para la inmediata apertura del expediente de incapacidad permanente.

Una vez aperturado el expediente, sería aconsejable que el Jefe de la Unidad Médica reasignara el mismo en favor del facultativo que hubiere emitido el Informe Médico de Evaluación de la Incapacidad Temporal, puesto que este documento será el que, junto al testeo de la historia clínica que obre en la citada unidad, servirá de base para la emisión del Informe Médico de Síntesis, sin necesidad de citar nuevamente a reconocimiento al trabajador.

El resto de los trámites se seguirán conforme al procedimiento habitual, salvo en los supuestos específicos de lesiones no definitivas.

El artículo 131 bis.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en su nueva redacción dada por la LPGE para 2006, otorga un tratamiento específico a los supuestos en que, agotado el plazo máximo de duración de la IT (12 6 18 meses), el trabajador continúe sometido a tratamiento médico por no ser definitivas las reducciones anatómicas u funcionales que presente.

En estos supuestos ya no cabe la demora en la calificación sino que ha de valorarse y calificar grado. A tal efecto, es preciso distinguir dos casos:

— El interesado cumple la carencia exigida para la pensión de incapacidad permanente.— En este supuesto se declarará la incapacidad en el grado que corresponda, reconociéndose la pensión y señalando el plazo de revisión que el EVI estime adecuado.

— El interesado no cumple la carencia exigida para la pensión de incapacidad permanente. En este supuesto, se declarará la incapacidad en el grado que corresponda y se reconocerá la pensión, con efectos de la fecha de la resolución ó del agotamiento de los 12 meses en IT según proceda, en función de la cuantía, y con vencimiento a los seis meses contados desde la fecha de efectos, haciendo constar en la resolución que el derecho a pensión se extingue al cumplimiento de los seis meses por no acreditar la carencia exigida para la incapacidad permanente. (Se acompaña modelo de resolución como anexo XXII-1; modelo de dictamen-propuesta EVI —anexo XXII-2— y modelo de comunicado a la empresa —anexo XXII-3—).

Tanto en el dictamen-propuesta EVI como en el comunicado a la empresa se hace constar expresamente que el grado de incapacidad declarado es susceptible de revisión en un plazo inferior a 2 años.

Asimismo, en relación a lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 2 del art. 131 bis donde se establece «...declarando la situación revisable en e/plazo de seis meses...» es preciso indicar que dicha expresión debe interpretarse en el sentido de que la declaración de grado se puede revisar a partir del cumplimiento de los seis meses contados desde el hecho causante jurídico. Por tanto, queda descartada cualquier interpretación por la que se considere necesario revisar grado al cumplirse seis meses ni aquella otra interpretación por la que se entienda que la revisión puede efectuarse dentro de los seis meses siguientes.

En consecuencia, en aquellos supuestos de declaración de grado por lesiones invalidantes no definitivas sin carencia IP, el derecho a la pensión se extingue automáticamente, por impera-

tivo legal, al cumplimiento del plazo de seis meses (entiéndase hasta el último día del mes en que vence el plazo) sin que proceda realizar revisión de grado.

No obstante lo anterior, si una vez extinguido el derecho el interesado solicitara revisión de grado para reincorporarse al puesto de trabajo, se procederá a atender la solicitud declarando lo que proceda en función de la mejoría, agravación o mantenimiento de la situación.

Los efectos económicos se extenderán hasta el último día del mes en que se produzca el vencimiento, procediéndose al pago de la última mensualidad junto al finiquito correspondiente de la parte proporcional de paga extraordinaria.

Teniendo en cuenta que el derecho a pensión se extingue en un plazo muy reducido y que, caso de retrotraerse los efectos, del primer pago de la pensión se deducirán las cantidades percibidas en concepto de prórroga de efectos de IT en el período superpuesto comprendido entre la fecha de agotamiento de la IT y la fecha de resolución de la pensión, resulta imprescindible agilizar al máximo la resolución de este tipo de expedientes con el fin de evitar resoluciones que, reconociendo el derecho a una pensión, carezcan de efectividad económica por haberse superpuesto todo el período con la prestación por incapacidad temporal. En consecuencia, los expedientes de incapacidad permanente incoados por agotamiento del plazo máximo de la situación de IT, cuando las lesiones acreditadas no son definitivas y el interesado no acredita la carencia exigida para la incapacidad permanente habrán de resolverse en un plazo máximo de 45 días contados desde la fecha del hecho causante jurídico.

Para ello, las peculiaridades del procedimiento son las siguientes:

— Mes 9º Rec. Médico IT.— Petición historia clínica y pruebas complementarias.

— Mes 11º Rec. Médico II.— Informe médico de Evaluación II.

— Mes 12º.— Resolución DP.— Iniciación expte IP. Notificación al interesado con remisión del cuestionario IP para su presentación en plazo de 10 días. Elaboración Informe Médico de Síntesis

— Mes 13º.— Resolución IP.

Finalmente, es importante destacar que las pensiones de incapacidad permanente que se tramiten y resuelvan al amparo de las modificaciones operadas en los artículos 128 y 131 bis TRLGSS se registrarán por su normativa específica en cuanto a naturaleza, efectos, base reguladora, etc... con la única salvedad del supuesto de lesiones invalidantes no definitivas derivadas de enfermedad común, en que si el interesado no tiene el período mínimo de cotización exigido (IP) se le reconoce la pensión en el grado que corresponda por un período de seis meses.

También es preciso indicar que, la calificación de grado en caso de lesiones no definitivas, solo tendrá lugar una vez agotado el plazo máximo de IT (a partir del mes 12º o, en su caso, del mes 18º).

6. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado a) del artículo 128 TRLGSS en su nueva redacción dada por la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006, será de aplicación de forma progresiva, única y exclusivamente, en el ámbito territorial que se determine mediante Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, tal y como establece el apartado dos de la Disposición Adicional cuadragésima octava del referido texto legal. En este sentido, con fecha 24 de enero de 2006 se ha publicado en BOE la Resolución por la que se ordena su aplicación en las provincias de Ávila, Palencia, Sego-

via, Soria, Teruel y Zamora así como en las Ciudades de Ceuta y Melilla.

En relación al resto de las modificaciones operadas en el artículo 131 bis TRLGSS, son de aplicación a partir del día 1 de enero de 2006 en todo el territorio nacional.

Madrid, 21 de marzo de 2006



**ANEXO III: INSTRUCCIONES DE
PROCEDIMIENTO EN ORDEN A LA
APLICACIÓN DE LO PREVISTO EN EL
ARTÍCULO 128.1 DEL TEXTO REFUNDIDO
DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD
SOCIAL, EN SU REDACCIÓN DADA POR
LA LEY 40/2007, DE 4 DE DICIEMBRE DE
MEDIDAS EN MATERIA DE LA
SEGURIDAD SOCIAL
(BOE DEL DÍA 5 DE DICIEMBRE)**

1. INTRODUCCIÓN

Las modificaciones introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (BOE del día 5) en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (artículos 128.1 y en el apartado 2 del artículo 131 bis), tienen como objeto, en lo que se refiere a la prestación de incapacidad temporal, coordinar las actuaciones de los Servicios Públicos de Salud y del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Debido a las modificaciones señaladas, y sin perjuicio del ulterior desarrollo reglamentario, es necesario revisar el procedimiento en esta materia y efectuar las adaptaciones en los aplicativos informáticos (INCA-ATRIUIM), con carácter provisional, con el fin de definir el procedimiento de actuación en las Direcciones Provin-

ciales que tienen ya asumido el control exclusivo de las situaciones de Incapacidad Temporal a partir del cumplimiento del plazo máximo de duración de la IT (12 meses), y para aquellas otras que lo asuman, próximamente, mediante Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, de conformidad con la Disposición Final Cuarta de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 128 Y 131 BIS DEL TRLGSS

A) CONTROL DE LAS SITUACIONES DE IT HASTA MES DUODÉCIMO

La competencia en materia de control de las situaciones de incapacidad temporal desde su inicio hasta el cumplimiento del mes 12º se mantiene conforme a la regulación vigente a 31 de diciembre de 2007.

◦ SERVICIO PÚBLICO DE SALUD.- Tiene la competencia para emitir, partes médicos de baja, confirmación y alta hasta el mes 12º y también podrá emitir un alta con propuesta de incapacidad permanente antes de dicho mes

◦ INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.-Es competente para emitir propuestas de alta e intenciones de alta, así como para iniciar de oficio expedientes de Incapacidad Permanente.

◦ INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA.- Es competente para emitir bajas y altas (asistencia sanitaria no transferida) o propuestas de alta e intenciones de alta, en el marea de colaboración actualmente establecido (asistencia sanitaria transferida), así como para iniciar de oficio expedientes de Incapacidad Permanente respecto de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen Especial del Mar.

◦ MUTUAS DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES.- Son competentes para emitir partes

médicos de baja, confirmación y alta por accidente de trabajo o enfermedad profesional. Asimismo, son competentes para emitir propuestas de alta al Servicio Público de Salud (SPS) e iniciativas de alta al INSS por contingencias comunes.

◦ EMPRESAS COLABORADORAS.- Son competentes para emitir partes de baja, confirmación y alta respecto de los trabajadores a su servicio, cualquiera que sea la contingencia determinante del proceso, siempre que tengan asumida la colaboración en materia de asistencia sanitaria.

◦ CORPORACIONES LOCALES. ENTIDADES O INSTITUCIONES MENCIONADAS EN EL REAL DECRETO 480/1993. DE 2 DE ABRIL, POR EL QUE SE INTEGRA EN EL REGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EL REGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACION LOCAL.- Las Corporaciones Locales, entidades o instituciones que tengan a su cargo el personal activo procedente de la extinta Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (antes del 1 de abril de 1993), serán competentes para reconocer y abonar la prestación por IT.

B) CONTROL DE LAS SITUACIONES DE IT A PARTIR DEL DUODÉCIMO MES

La competencia para el control de las situaciones de Incapacidad Temporal a partir del cumplimiento del mes 12º corresponde en exclusiva al INSS (ISM)

De acuerdo con el apartado 1 a) del artículo 128 del TRLGSS, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (o el Instituto Social de la Marina respecto de los trabajadores incluidos en el campo de aplicación del Régimen Especial del Mar), a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la Incapacidad Permanente, es el único competente para determinar los efectos que deben producirse en la prestación de Incapacidad Temporal,

una vez agotado el plazo de duración de la misma, esto es, doce meses.

La competencia abarca a todos los trabajadores del sistema de la Seguridad Social, incluidos los que tienen cubiertas las contingencias comunes con una Mutua de AT/EP, los trabajadores de empresas colaboradoras y los trabajadores que con anterioridad al 1 de abril de 1993 pertenecían al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Funcionarios de la Administración Local y pasaron a formar parte del personal activo de las Corporaciones Locales, instituciones o entidades a que se refiere el RD 480/1993.

Será el Equipo de Valoración de Incapacidades el competente para efectuar una Propuesta de Resolución al Director Provincial del INSS (ISM) en los términos que a continuación se indican:

- Alta médica.
- Prórroga expresa de la situación de Incapacidad Temporal, por un plazo máximo de seis meses, cuando se presuma que durante ellos el trabajador puede ser dado de alta médica por curación.
- Iniciar un expediente de Incapacidad Permanente.

Además, en el caso de que la Resolución del INSS hubiese sido emitir un alta médica, el INSS será el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de Incapacidad Temporal cuando aquélla se produzca en un plazo de seis meses posterior a la antes citada alta médica por la misma o similar patología. Es decir, es el INSS quien determina si existe o no recaída en un proceso de IT cuando se hubiese emitido alta médica una vez agotado el plazo de duración de doce meses.

B.1. Alta médica

— El alta médica emitida por el INSS surte plenos efectos y extingue la Incapacidad Temporal.

— El alta médica emitida por el INSS al agotamiento del plazo de doce meses de IT (artículo 128.1) determinará que el trabajador no podrá iniciar un nuevo proceso de IT por la misma o similar patología si no media un período de seis meses desde la Resolución por la que se emitió el alta médica.

— Sólo el INSS será competente para emitir una nueva baja médica por la misma o similar patología (recaída en el proceso de IT) si no han transcurrido seis meses desde la emisión de la Resolución del alta médica emitida por el Director Provincial del INSS (ISM) a propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades.

— El Servicio Público de Salud sólo podrá emitir una nueva baja médica dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la Resolución del alta médica emitida por el INSS, cuando estime que la nueva baja obedece a una patología distinta de aquella que dio lugar al alta médica del INSS (ISM). En el caso de que el SPS emitiese una baja por la misma o similar patología, ésta será nula a todos los efectos [art. 128.1 a)].

— En el caso de que el Servicio Público de Salud expidiese un alta médica cuando se hubiese agotado el plazo de duración de 12 meses de un proceso de IT, no tendrá efecto alguno, tanto si se ha emitido o no Resolución por el Director Provincial del INSS (ISM). Sin embargo, en el momento en que se reciba dicha alta médica se procederá, para evitar que se siga percibiendo la IT si el trabajador se ha reincorporado al trabajo, a dar de baja el proceso en el aplicativo INCA permaneciendo en el aplicativo ATRIUM.

— Una vez agotado el plazo máximo de duración de 18 meses de la IT y si el trabajador hubiese sido dado de alta médica sin declaración de IP (denegación de prestaciones de IP en cualquiera de sus grados o de lesiones permanentes no invalidantes), el SPS podrá emitir una nueva baja por la misma o similar patología si media un período superior a seis meses, desde la Resolución dene-

gando la IP. Si la nueva baja, por la misma o similar patología, es emitida por el SPS y no ha mediado un periodo superior a seis meses, dicha baja no tendrá efectos económicos (Apartado 1 del art. 131.bis).

B.2. Prórroga de IT hasta un máximo de seis meses

— El reconocimiento de la prórroga de IT por contingencias comunes desde el mes 12º es adelante (hasta un máximo de seis meses), será competencia exclusiva del INSS (ISM).

— El reconocimiento de la prórroga de IT por contingencias profesionales desde el mes 12º en adelante (hasta un máximo de 6 meses), será competencia exclusiva del INSS. No obstante, en los supuestos en que la cobertura corresponda a una Mutua de AT/EP, en cuyo caso se aplicará lo previsto en las distintas Resoluciones de la Secretaría del Estado de la Seguridad Social.

— La Resolución de prórroga expresa de la IT será preceptiva para continuar percibiendo la prestación económica por Incapacidad Temporal, salvo en el supuesto a que se refiere el apartado anterior (IT por contingencias profesionales cubierta por una Mutua de AT/EP).

— Durante la situación de prórroga de IT, la prestación económica se abonará en régimen de pago directo por la Entidad Gestora o Colaboradora responsable. A estos efectos, y con la finalidad de facilitar la gestión del subsidio, el inicio del pago directo se efectuará a partir del día primero del mes siguiente a la fecha de la Resolución del Director Provincial en que se haya reconocido la prórroga expresa de la IT.

— La prestación económica, durante la prórroga de la IT, se abonará en régimen de pago delegado, por el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) cuando el trabajador se encuentre percibiendo la prestación contributiva de desempleo.

— La prórroga se reconocerá exclusivamente por el tiempo que el EVI estime que puede producirse la curación, con un máximo de seis meses. Si el plazo estimado de curación supera los seis meses, sólo procederá la prórroga si el trabajador no presenta secuelas invalidantes definitivas.

— En el caso de expedirse un alta médica por el SPS, no tendrá efecto alguno en la situación de prórroga de la IT ni interrumpirá el abono de la prestación, procediéndose a continuar con la tramitación habitual. Sin embargo, en el momento en que se reciba dicha alta médico se procederá, para evitar que se siga percibiendo la IT si el trabajador se ha reincorporado al trabajo, a dar de baja el proceso en el aplicativo INCA permaneciendo en el aplicativo ATRIUM.

— Durante la prórroga de IT (desde el mes 12º hasta el 18º) subsiste la obligación de cotizar, por lo que tratándose de trabajadores por cuenta ajena del Régimen General o de la Minería del Carbón, la empresa viene obligada a ingresar la cuota patronal y la Entidad responsable del pago del subsidio habrá de descontar del subsidio e ingresar la cuota obrera.

B.3. Iniciación de expediente de Incapacidad Permanente

— En los supuestos en que, al agotamiento del plazo máximo de Incapacidad Temporal (12 meses), el trabajador presente lesiones invalidantes definitivas y objetivadas, se iniciará un expediente de Incapacidad Permanente.

— Si el trabajador tuviese carencia (IP), se calificará el grado y se reconocerá pensión de Incapacidad Permanente, en el grado que corresponda, con hecho causante jurídico en la fecha de agotamiento de los 12 meses.

— En todo caso, durante la tramitación del expediente de Incapacidad Permanente, el trabajador continuará percibiendo, en

prorroga de efectos, la prestación económica por Incapacidad Temporal hasta la fecha, de su resolución, iniciándose a partir de este momento los efectos de la pensión salvo que su cuantía sea superior a la de la prestación por IT, en cuyo caso se retrotraerán sus efectos a la fecha de agotamiento del mes duodécimo, procediéndose a la regularización de las cantidades percibidas durante el período superpuesto en el primer pago de la pensión.

— La prestación económica en prórroga de efectos de IT, se abonará en régimen de directo por la Entidad Gestora, Colaboradora o Corporación Local responsable. A estos efectos y con la finalidad de facilitar la gestión del subsidio, el inicio del pago directo se efectuará a partir del día primero del mes siguiente a la fecha de la Resolución del Director Provincial del INSS en que se haya resuelto el inicio del expediente de Incapacidad Permanente.

— Vuelve a abrirse la posibilidad de la demora de calificación. En este sentido es importante destacar:

- A partir del 1 de enero de 2008 entra con plenos efectos la demora de calificación establecida en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 131 bis.

- Cuando la situación de IT se extinga por el transcurso de 18 meses, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del Incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda.

- Se podrá demorar la calificación del trabajador siempre que continúe la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral.

- La calificación podrá retrasarse por el período preciso, que en ningún caso podrá rebasar los 24 meses siguientes a la fecha en que se haya iniciado la IT.

- Nunca se podrá demorar la calificación si el trabajador no ha agotado el plazo máximo de 19 meses de duración de la IT.
- Nunca podrá demorarse la calificación si el trabajador no tiene expectativas de recuperación con vista a su reincorporación laboral.
- Nunca podrá demorarse la calificación por el mero hecho de que el trabajador no tenga acreditado el periodo de carencia para generar una IP.
- Durante el periodo de demora de la calificación no subsistirá la obligación de cotizar.

3. PROCEDIMIENTO PARA EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS ESTABLECIDAS EN LA LETRA A) DEL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 128 DEL TRLGSS

La nueva regulación del apartado 1 del artículo 128 del TRLGSS, obliga necesariamente a la adaptación de las normas de procedimiento establecidas hasta 1 de enero de 2008, en aquellas Direcciones Provinciales que ya tienen asumidas las competencias a partir del duodécimo mes de duración de la IT, en virtud de las sucesivas Resoluciones de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, y en aquellas que en el futuro asuman dichas competencias mediante la oportuna Resolución de la citada Secretaría de Estado; todo ello sin perjuicio del ulterior desarrollo reglamentario.

Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 128.1 del TRLGSS en su redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, se establecen, de forma provisional, las siguientes actuaciones procedimentales para hacer efectiva la gestión de acuerdo con la nueva redacción del citado artículo.

A) RECONOCIMIENTOS MÉDICOS PREVIOS

Con la finalidad de que de todos los perceptores del subsidio de IT afiliados al INSS que alcancen el mes duodécimo en la situación de IT se disponga de una historia clínico-laboral suficiente que permita al EVI efectuar la propuesta que corresponda, las Unidades Médicas de las Direcciones Provinciales deberán citar a los trabajadores a los reconocimientos médicos que consideren necesarios, en función del proceso patológico.

En todo caso, las Unidades Médicas deberán efectuar al menos un reconocimiento médico en el noveno mes y recabar aquellas pruebas e informes complementarios que se consideren oportunos para que en el reconocimiento médico a efectuar sobrepasado el mes undécimo (esta citación se efectuará según modelo que se acompaña como Anexo 1.1) se disponga de toda la documentación que permita realizar la evaluación del trabajador.

No obstante, si en los reconocimientos previos al mes undécimo el facultativo del INSS considera que debe proponer al Servicio Público de Salud un alta médica por curación, un alta médica con propuesta de Incapacidad Permanente o una intención de alta o aperturar de oficio expediente de IP, lo efectuará, como hasta ahora, sin más dilación.

B) ELABORACIÓN DEL INFORME MÉDICO DE EVALUACIÓN DE INCAPACIDAD TEMPORAL

Una vez citado el trabajador a reconocimiento médico en el mes undécimo, el facultativo del INSS cumplimentará el Informe Médico de Evaluación de la Incapacidad Temporal del trabajador utilizando, para ello, el modelo que se acompaña como Anexo II.1

Dicho informe médico, que se elaborará lo más cerca posible del mes duodécimo del proceso, será debidamente firmado

por el facultativo que ha realizado el reconocimiento médico y expresará el juicio clínico-laboral.

El Informe Médico de Evaluación de la IT será aportado por el facultativo del EVI que haya de actuar como ponente ante el órgano colegiado para que éste emita la correspondiente propuesta de Resolución al director provincial.

En el caso de perceptores afiliados a una Mutua de AT/EP, de una empresa colaboradora o de una Corporación Local, éstas transmitirán al Centro de Desarrollo del INSS, telemáticamente, todos los procesos que hayan superado el mes 110 para su incorporación al aplicativo informático ATRIUM de forma provincializada. Asimismo, remitirán a las direcciones provinciales del INSS el expediente médico de cada uno de los perceptores de IT por contingencias comunes, cuyo proceso haya sobrepasado el mes undécimo con la finalidad de que las Unidades Médicas del INSS procedan a efectuar, si lo consideran necesario, la oportuna citación a reconocimiento médico.

Efectuado, en su caso, el reconocimiento médico, y de igual forma que en el caso de trabajadores afiliados al INSS, el facultativo elaborará el preceptivo informe de Evaluación de la Incapacidad Temporal que será aportado por el facultativo del EVI que haya de actuar como ponente ante el órgano colegiado para que éste emita la correspondiente propuesta de Resolución al director provincial.

Cuando la cobertura de la IT por contingencias profesionales se hubiera concertado con una Mutua de AT/EP, éstas efectuarán ante las direcciones provinciales del INSS una propuesta de alta médica, de prórroga expresa de la prestación o de iniciación de expediente de incapacidad permanente (en cuyo caso, junto con la propuesta habrá de acompañarse toda la documentación que habitualmente conforma el expediente previo).

Según establecen las distintas Resoluciones de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social si el INSS no se manifiesta en

contra, en el plazo de los 5 días siguientes al de la recepción, de las propuestas de la Mutua de AT/EP, se entenderán éstas aceptadas.

C) ELABORACIÓN DE LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL EVI

El EVI, a la vista del Informe Médico de Evaluación de la IT, así como de toda la documentación clínica que le acompaña, procederá, según modelo que se adjunta como **Anexo III**, a emitir y formular al director provincial del INSS o al director provincial del ISM la Propuesta de Resolución preceptiva y no vinculante, sobre:

- Alta médica
- Prórroga expresa de la IT, determinando la fecha a partir de la cual se podrá efectuar un nuevo reconocimiento médico.
- Iniciación del expediente de Incapacidad Permanente.

D) RESOLUCIÓN DEL DIRECTOR PROVINCIAL

El director provincial del IINSS deberá dictar Resolución expresa en todos los casos, salvo para los trabajadores afiliados al Régimen Especial del Mar en que dicha Resolución será dictada por el director provincial del ISM.

E) NOTIFICACIONES AL INTERESADO Y COMUNICACIONES A LAS EMPRESAS, AL SPS Y A LAS MUTUAS DE AT/EP

E.1. Si la Resolución reconoce la prórroga expresa de la IT

Los perceptores percibirán la prestación en pago directo por el INSS/ISM o por la Mutua de AT/EP. En el caso de empresas colaboradoras y Corporaciones Locales, éstas seguirán abonando la prestación de IT (a esta Resolución se acompañará el modelo de solicitud de pago directo de la IT cuando se trate de trabaja-

dores por cuenta ajena protegidos por el INSS, para su cumplimentación y presentación en un plazo de 10 días.)

En este caso se utilizarán los modelos que se acompañan como **Anexo A.**

Anexo A.1.– «Resolución acordando la prórroga de IT para trabajadores por cuenta ajena» (se aportan dos modelos según que el perceptor esté afiliado a una Mutua o afiliado al I4SS).

Anexo A.2.– «Resolución acordando la prórroga de IT a trabajadores de empresas colaboradoras»

Anexo A.3.– «Resolución acordando la prórroga de IT para trabajadores que están en desempleo».

Anexo A.4.– «Resolución acordando la prórroga de IT para trabajadores por cuenta propia».

Anexo A.5.– «Comunicación acuerdo prórroga IT a empresas».

Anexo A.6.– «Comunicación acuerdo prórroga IT a empresa colaboradora».

Anexo A.7.– «Comunicación acuerdo prórroga IT al SPEE.

Anexo A.8.– «Comunicación acuerdo prórroga IT al SPS».

Anexo A.9.– (sólo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua AT/EP). «Comunicación acuerdo prórroga de IT a la Mutua de AT/EP».

E.2. Si la Resolución del director provincial determina la iniciación del expediente de Incapacidad Permanente. Se utilizarán los modelos que se acompañan como **Anexo B.**

Anexo B.1.– «Resolución iniciación expediente de Incapacidad Permanente para trabajadores por cuenta ajena» (se aportan dos modelos según que el perceptor esté afiliado a una Mutua o afiliado al INSS).

Anexo B.2.– «Resolución iniciación expediente de Incapacidad Permanente para trabajadores de empresa colaboradora».

Anexo B.3.– «Resolución iniciación expediente de Incapacidad Permanente para trabajadores por cuenta propia».

Anexo B.4.– «Comunicación iniciación expediente de Incapacidad Permanente a empresas».

Anexo B.5.– «Comunicación iniciación expediente de Incapacidad Permanente a empresa colaboradora».

Anexo B.6.– «Comunicación iniciación expediente de Incapacidad Permanente al SPEE».

Anexo B.7.– «Comunicación iniciación expediente de Incapacidad Permanente al SPS».

Anexo B.8.– (sólo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP). «Comunicación iniciación de expediente de Incapacidad Permanente a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales».

Junto con la notificación al trabajador de la Resolución que establece la iniciación del expediente de Incapacidad Permanente **se adjuntará el cuestionario de Incapacidad Permanente**, cuyos datos servirán también para tramitar, resolver y pagar la prestación de IT en prórroga de efectos (pago directo) hasta la Resolución del expediente de Incapacidad Permanente.

Al día siguiente de celebrarse la sesión EVI, se incorporarán automáticamente las propuestas de iniciación de expedientes de Incapacidad Permanente en el aplicativo CARPA, concretamente en el diario de trabajo del Jefe del CAISS de la dirección provincial (en la mayoría de los casos). Dicho diario de trabajo se denomina «Incorporación propuestas de ATRIUM». Accediendo a dicho diario de trabajo, y previa confirmación del funcionario, se inicia un proceso de captura de iniciación del expediente a instancia del INSS sin cuestionario

E.3. Si la Resolución del director provincial contempla la emisión del alta médica. Ésta tendrá efectos desde el día de la Resolución del director provincial y se utilizarán los modelos que se acompañan como **Anexo C:**

Anexo C.1.- «Resolución emitiendo el alta médica al trabajador».

Anexo C.2.- «Comunicación del alta médica a la empresa».

Anexo C.3.- «Comunicación del alta médica al SPS».

Anexo C.4.- (sólo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP). «Comunicación del alta médica a la Mutua de AT/EP».

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, sí que establece, en este ámbito, importantes modificaciones que afectan al procedimiento. Es decir, cuando el Director Provincial del INSS (ISM) dicta la Resolución emitiendo el alta médica, la Ley contempla la posibilidad de que el trabajador pueda manifestar su disconformidad, en el plazo máximo de 4 días naturales, contados desde la fecha de recepción de la notificación, ante la inspección médica del SPS.

Es por ello, que en el modelo de notificación al trabajador de la Resolución por la que se emite el alta médica se informa al interesado que puede presentar su disconformidad ante la inspección médica del SPS que, a su vez, puede no pronunciarse, confirmar la decisión de la Entidad Gestora o discrepar contra dicha decisión. La inspección médica del SPS tiene un plazo de 7 días naturales para efectuar su discrepancia.

Asimismo, también se contempla en el modelo de notificación al trabajador la reclamación previa. En el caso de que el trabajador presente su disconformidad ante la inspección médica del SPS y, simultáneamente, presente también la reclamación previa, no se iniciará la tramitación de ésta hasta que no se haya resuelto el incidente de la disconformidad.

E.3.1: Si no se ha manifestado la disconformidad ante la inspección médica del SPS del trabajador, la Resolución emitiendo el alta médica adquiere plenos efectos desde el día en que fue emitida.

Lógicamente, si el trabajador ha presentado su disconformidad pero no lo ha hecho ante el INSS, la dirección provincial no podrá conocer si el alta médica tiene plenos efectos hasta tanto en cuanto no pasen los plazos que establece la Ley para el caso de que la inspección médica discrepe de la Resolución emitida por el INSS.

En este sentido es conveniente que se convoque una reunión de la Subcomisión Provincial para el seguimiento de los Convenios de IT, con la finalidad de llegar a acuerdos con el SPS de forma que nos comuniquen, con la mayor inmediatez, si un trabajador ha presentado su disconformidad y la fecha en la que lo ha efectuado para poder analizar si está dentro de plazo. Es importante señalar que el plazo máximo de 4 días naturales establecido por la Ley debe de contarse desde la recepción de la notificación.

E.3.2: Si el trabajador ha manifestado su disconformidad ante la inspección médica del SPS podemos estar ante tres supuestos distintos:

- 1.- Que no exista pronunciamiento por parte de la inspección médica del SPS.
- 2.- Que la inspección médica confirme la decisión del INSS.
- 3.- Que la inspección médica discrepe de la decisión del INSS.

Puesto que la inspección médica del SPS está presente en el órgano colegiado (EVI) que efectúa la propuesta al director provincial, lo lógico es que se llegue al acuerdo de que la inspección médica del SPS esté conforme con la Resolución emitida por el INSS comunicándolo con la mayor inmediatez o que, si no tuviese medios para hacerlo, se llegue al acuerdo de que no se va a pro-

ducir pronunciamiento alguno. No parece lógico que si el vocal del SPS no se pronuncia en contra en la sesión del EVI pueda discrepar después.

En todo caso, siempre que el trabajador haya manifestado su disconformidad frente a la inspección médica del SPS se deberá emitir una segunda Resolución, utilizándose, en cada caso, los modelos a los que hacen referencia estas instrucciones. En este sentido, es importante señalar que para emitir la segunda Resolución sería conveniente que hubiesen pasado 20 días, desde la emisión de la primera Resolución, con la finalidad de tener la seguridad de que los plazos establecidos por la Ley se han agotado en el caso de que no exista pronunciamiento del SPS o que éste sea disconforme con la Resolución del alta médica.

1.- Que no exista pronunciamiento por parte de la inspección médica del SPS.

En este caso, también habrá que esperar a que se hayan agotado los plazos que establece la Ley para cuando el SPS discrepe (7 días naturales desde la presentación de la disconformidad por el trabajador).

Puesto que la Ley establece en el párrafo cuarto del apartado 1 .a) del artículo 128 que «Si la inspección médica se pronunciara confirmando la decisión de la entidad gestora o si no se produjera pronunciamiento alguno en el plazo de los once días naturales siguientes a la fecha de la resolución, adquirirá plenos efectos la mencionada alta médica», la situación de IT se prorrogará 11 días y por tanto, se abonarán 11 días más de IT al trabajador en pago directo, salvo que el trabajador que esté percibiendo prestación por desempleo o que preste servicios en una empresa colaboradora o una corporación local.

Por tanto, cuando no exista pronunciamiento por parte de la inspección médica del SPS se utilizará el modelo que se adjunta como **Anexo D**:

Anexo D.1.- «Resolución al trabajador elevando a definitiva el alta médica» (trabajador en pago directo). , -

Anexo D.2.- «Resolución al trabajador elevando a definitiva el alta médica» (trabajador en pago delegado). A esta notificación se adjuntará el modelo de certificado de empresa.

Anexo D.3.- «Resolución al trabajador elevando a definitiva el alta médica» (trabajador de una empresa colaboradora).

Anexo D.4.- «Comunicación al empresario de que se eleva a definitiva la decisión del INSS».

Anexo D.5.- «Comunicación a la empresa colaboradora de que se eleva a definitiva la decisión del INSS».

Anexo D.6.- «Comunicación al Servicio Público de Salud de que se eleva a definitiva la decisión del INSS».

Anexo D.7.- (sólo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP) «Comunicación a la Mutua de AT/EP de que se eleva a definitiva la decisión del INSS».

2.- Que la inspección médica confirme la decisión del INSS.

En el momento en que la inspección médica del SPS se pronuncie confirmando la decisión del INSS se emitirá la Resolución elevando a definitiva el alta médica.

En este caso se abonarán al trabajador como situación de IT los días que medien entre la emisión del alta médica y la fecha del acuerdo de la conformidad del SPS que en ningún caso podrán ser más de 11 días.

El modelo que se utilizará para este supuesto es el que se adjunta también como **Anexo D:**

Anexo D.1.- «Resolución al trabajador elevando a definitiva el alta médica» (trabajador en pago directo).

Anexo D.2.– «Resolución al trabajador elevando a definitiva el alta médica» (trabajador en pago delegado). A esta notificación se adjuntará el modelo de certificado de empresa.

Anexo D.3.– «Resolución al trabajador elevando a definitiva el alta médica» (trabajador de una empresa colaboradora).

Anexo D.4.– «Comunicación al empresario de que se eleva a definitiva la decisión del INSS».

Anexo D.5.– «Comunicación a la empresa colaboradora de que se eleva a definitiva la decisión del INSS».

Anexo D.6.– «Comunicación al Servicio Público de Salud de que se eleva a definitiva la decisión del INSS».

Anexo D.7.– (sólo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP) «Comunicación a la Mutua de AT/EP de que se eleva a definitiva la decisión del INSS».

3.- Que la inspección médica discrepe de la decisión del INSS.

En el hipotético supuesto de que existiese discrepancia por parte de la inspección médica del criterio del INSS, la situación de IT se prorrogará necesariamente hasta la fecha de la segunda Resolución administrativa. Por tanto, se abonará al trabajador como situación de IT todo el tiempo que medie desde la emisión del alta médica de la primera Resolución hasta el día de la firma, por parte del director provincial del INSS (ISM), de la segunda Resolución.

Para emitir esta segunda Resolución se estudiará, previamente, que tanto en la disconformidad del trabajador como en la discrepancia de la inspección médica del SPS se han cumplido los plazos legalmente establecidos (para analizar si la disconformidad o la discrepancia es o no extemporánea se tendrá en cuenta el día de la recepción de la notificación).

Cuando se hubiesen cumplido los plazos legalmente establecidos y el INSS (ISM) se reafirma en su decisión, se utilizará el modelo que se adjunta como **Anexo E**:

Anexo E.1.— «Resolución al trabajador elevando a definitiva el alta médica» (trabajador en pago directo).

Anexo E.2.— «Resolución al trabajador elevando a definitiva el alta médica» (trabajador en pago delegado). A esta Resolución se adjuntará el modelo de certificado de empresa.

Anexo E.3.— «Resolución al trabajador elevando a definitiva el alta médica» (trabajador de una empresa colaboradora).

Anexo E.4.— «Comunicación al empresario de que se eleva a definitiva la decisión del INSS».

Anexo E.5.— «Comunicación a la empresa colaboradora de que se eleva a definitiva la decisión del INSS».

Anexo E.6.— «Comunicación al Servicio Público de Salud de que se eleva a definitiva la decisión del INSS» (a este modelo de comunicación se adjuntará la documentación que fundamenta dicha decisión y que consistirá, fundamentalmente, en el informe de evaluación de la IT y en la copia de las pruebas complementarias a las que se haya sometido el trabajador).

Anexo E.7.— (sólo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP) «Comunicación a la Mutua de AT/EP de que se eleva a definitiva la decisión del INSS».

En el supuesto de que el INSS/ISM reconsidere el alta médica que se emitió en la primera Resolución, se reconocerá al interesado la prórroga de su situación de IT a todos los efectos desde el día de la emisión de la referida alta médica. Para este supuesto se utilizará el modelo que se adjunta como **Anexo F**:

Anexo F.1.— «Resolución al trabajador reconociéndole la prórroga de IT» (trabajador en pago directo).

Anexo F.2.– «Resolución al trabajador reconociéndole la prórroga de IT» (trabajador en pago delegado). A esta Resolución se adjuntará el modelo de certificado de empresa.

Anexo F.3.– «Resolución reconociendo la prórroga de IT a trabajadores en desempleo».

Anexo F.4.– «Resolución al trabajador reconociéndole la prórroga de IT» (trabajador de una empresa colaboradora).

Anexo F.5.– «Comunicación al empresario de reconocimiento de prórroga de IT».

Anexo F.6.– «Comunicación a la empresa colaboradora de la prórroga de IT».

Anexo F.7.– «Comunicación de reconocimiento de la prórroga de IT al SPEE» (cuando el trabajador esté en situación de desempleo).

Anexo F.8.– «Comunicación al Servicio Público de Salud de la prórroga de IT».

Anexo F.9.– (sólo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP) «Comunicación a la Mutua de AT/EP de reconocimiento de la prórroga de IT».

En el supuesto de que el trabajador hubiese presentado la disconformidad ante la inspección médica del SPS fuera de plazo (los 4 días naturales que establece la Ley comienzan a partir del día de la recepción de la notificación) se utilizará el modelo que se adjunta como **Anexo G**:

Anexo G.1.– «Resolución al trabajador expresándole que el alta médica adquiere plenos efectos» (la Entidad Gestora no entra a valorar por presentar la disconformidad el trabajador fuera de plazo).

Anexo G.2.– «Comunicación al SPS de que el alta médica adquiere plenos efectos» (comunicándole que la presentación de la disconformidad era extemporánea).

Cuando el trabajador hubiese presentado en plazo la disconformidad ante la inspección médica del SPS, pero ésta discrepase de la Resolución de emisión de alta médica por el INSS fuera de los 7 días naturales establecidos en la Ley (a partir de la fecha en que tiene entrada la disconformidad del trabajador en la inspección médica del SPS), se utilizará el mismo modelo del Anexo D:

Anexo D.1.— «Resolución al trabajador elevando a definitiva el alta médica» (trabajador en pago directo).

Anexo D.2.— «Resolución al trabajador elevando a definitiva el alta médica» (trabajador en pago delegado). A esta notificación se adjuntará el modelo de certificado de empresa.

Anexo D.3.— «Resolución al trabajador elevando a definitiva el alta médica» (trabajador de una empresa colaboradora).

Anexo D.4.— «Comunicación al empresario de que se eleva a definitiva la decisión del INSS».

Anexo D.5.— «Comunicación a la empresa colaboradora de que se eleva a definitiva la decisión del INSS».

Anexo D.6.— «Comunicación al Servicio Público de Salud de que se eleva a definitiva la decisión del INSS».

Anexo D.7.— (sólo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de ATIEP) «Comunicación a la Mutua de AT/EP de que se eleva a definitiva la decisión del INSS».

F) EMISIÓN DEL ALTA MÉDICA POR EL INSS CUANDO VINIESE PRECEDIDA DE UNA PRÓRROGA EXPRESA DE LA IT

Cuando el INSS (ISM) hubiese emitido una Resolución acordando la prórroga expresa de la IT y posteriormente, fruto de un reconocimiento médico previo, el EVI efectuase una propuesta de

alta médica, ésta tendrá plenos efectos desde la fecha de la Resolución sin que el interesado pueda manifestar disconformidad ante el SPS.

Para este supuesto se utilizará el modelo que se adjunta como **Anexo H:**

Anexo H.1.- «Resolución al trabajador emitiendo el alta médica»

Anexo H.2.- «Comunicación del alta médica a la empresa»

Anexo H.3.- «Comunicación al SPS de que el INSS ha emitido un alta médica»

Anexo H.4.- (sólo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP) «Comunicación del alta médica a la Mutua de AT/EP».

G) INICIACIÓN DE EXPEDIENTE DE INCAPACIDAD PERMANENTE

CUANDO VINIESE PRECEDIDO DE UNA PRÓRROGA EXPRESA DE IT.

Cuando el INSS (ISM) hubiese emitido una Resolución acordando la prórroga expresa de la IT y posteriormente, fruto de un reconocimiento médico previo, el EVI propusiera al director provincial la iniciación de un expediente de IP, se utilizará el modelo que se adjunta como **Anexo J:**

Anexo J.1.- «Resolución al trabajador de iniciación de expediente de IP»

Anexo J.2.- «Resolución al trabajador en desempleo de iniciación de expediente de IP».

Anexo J.3.- «Comunicación de la iniciación del expediente de IP a la empresa»

Anexo J.4.- «Comunicación de la iniciación del expediente de IP al SPÉE».

Anexo J.5.- (sólo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP) «Comunicación de la iniciación del expediente de IP a la Mutua de AT/EP».

H) INFORMATIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

El procedimiento informático relacionado con todos los puntos anteriores de las presentes instrucciones está plenamente adecuado en la versión 07.02 del aplicativo ATRIUM. No obstante, es necesario adecuar todo el aplicativo a las modificaciones introducidas por la Ley 40/2007 y hasta que esta adecuación se produzca es necesario realizar de forma manual determinadas actuaciones que son las que a continuación se indican:

— **Cuando el INSS emita un alta médica que viniese precedida de una prórroga expresa de IT** (tal y como se indica en el apartado F) de las presentes instrucciones) no procede la disconformidad del trabajador, que sólo se puede producir cuando el INSS emite la primera Resolución una vez agotados los primeros 12 meses de la IT, puesto que el SPS ha dejado de tener competencias para controlar los procesos de IT a partir del duodécimo mes y, por tanto, nunca podría discrepar.

El aplicativo ATRIUM no está adaptado para este supuesto y permite gestionar una disconformidad del trabajador y una discrepancia del SPS, cuando el alta médica se produce después de haberse emitido una Resolución de prórroga expresa de IT.

En el caso de que tuviese entrada en la Dirección Provincial tanto una disconformidad del trabajador como una discrepancia del SPS después de emitirse la Resolución del modelo del Anexo H, tendrán tratamiento de Reclamación Previa a todos los efectos, siempre y cuando los escritos de disconformidad o de discrepancia estén dentro de los 30 días siguientes a la emisión de la Resolución emitiendo el alta médica (se tendrá en cuenta

que el plazo de los 30 días deberán contabilizarse a partir de la notificación de la Resolución.

— Cuando el INSS emita un Resolución de iniciación de expediente de IP, que viniese precedida de una prórroga expresa de IT y que afecte a un trabajador que está en situación de desempleo (tal y como se indica en el apartado O) de las presentes instrucciones).

En este supuesto es necesario recordar lo establecido en el oficio núm. 60.698 de 23-11-07, de esta Subdirección General, que establecía que los trabajadores que se encuentren percibiendo la prestación por desempleo deben pasar a percibir la prórroga de efectos de la IT en pago directo a través del INSS. Pues bien el **ATRIUM no está adaptado a este supuesto**, ya que sólo gestiona correctamente que los trabajadores en desempleo pasen a pago directo cuando se emite la primera Resolución del director provincial agotados los 12 meses.

Por tanto, cuando el trabajador se encuentra percibiendo la IT como consecuencia de la Resolución emitida por el director provincial acordando la prórroga expresa, **el ATRIUM no genera automáticamente los modelos de los Anexos adecuados (J2 y J4) por lo que deberán emitirse de forma manual.**

— Cuando el trabajador haya manifestado su disconformidad con el alta médica emitida en la Resolución del Director Provincial (modelo del Anexo C.1.) y el SPS no se haya manifestado en contra se utilizarán los modelos de los Anexos D.2. o E.2., según corresponda, elevando a definitiva la primera Resolución (que se generarán automáticamente), **aparecerá en el aplicativo ATRIUM un modelo de certificado de empresa que no es correcto (puesto que en él se contempla un periodo comprendido entre dos fechas) que deberá sustituirse por el modelo de certificado de empresa que es el que debe acompañar al modelo de los Anexos D.2. y E.2.**

— Cuando el trabajador por cuenta propia haya manifestado su disconformidad con el alta médica emitida en la Resolución del Director Provincial (modelo del Anexo C.1.) y el SPS no se haya pronunciado o confirme la decisión del INSS elevándose a definitiva el alta médica (modelos de los Anexos D.1 ó E.1.) el aplicativo ATRIUM genera un modelo de declaración de actividad para el trabajador que deberá ser destruido. Este modelo dejará de ser documento preceptivo en el aplicativo INCA para proceder al abono de los días que correspondan de IT.

4. Procedimiento para la emisión de una nueva baja médica por la misma o similar patología, cuando esta se produzca en un plazo de 6 meses posterior a la emisión del alta médica por el INSS como consecuencia de haber ejercido la competencia establecida en el artículo 128.1.a) (recaídas 128).

De conformidad con lo establecido en el párrafo segundo de la letra a) del apartado 1 del artículo 128 del TRLGSS: «De igual modo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal cuando aquélla se produzca en un plazo de seis meses posterior a la antes citada alta médica por la misma o similar patología...».

Las actuaciones serán las siguientes:

A) Si el SPS ha emitido una nueva baja.

Si el SPS emite una nueva baja médica sin, haber transcurrido 6 meses desde la emisión del alta médica por el INSS (ISM) se citará inmediatamente al trabajador a reconocimiento médico a fin de determinar si la baja es por la misma o similar patología.

A.1.- Si la nueva baja fuese por la misma o similar patología.— El facultativo del INSS, previo reconocimiento del trabajador, efectuará las siguientes actuaciones:

— **Si considera que está capacitado para trabajar**, comunicará directamente al trabajador que la baja expedida por el SPS es nula y que no tiene efecto alguno, sin necesidad de que actúe el EVI.

En este supuesto se utilizará el modelo que se adjunta como **Anexo K:**

Anexo K.1.— «Comunicación a la empresa de que la baja emitida por el SPS es nula».

Anexo K.2.— «Comunicación al SPS que la baja es nula».

Anexo K.3.— (sólo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP) «Comunicación a la Mutua de que la baja es nula».

En este caso, y puesto que el facultativo del INSS no reconsidera el alta médica emitida por Resolución del director provincial, no será necesario pasar por EVI.

— **Si considera que el trabajador no está capacitado para trabajar**, efectuará el Informe Médico de Evaluación de la IT, para que el facultativo que haya de actuar como ponente ante el EVI lo aporte y el órgano colegiado formule, al director provincial, una propuesta de Resolución de prórroga expresa de la IT o de iniciación de expediente de IP.

En este supuesto se utilizarán los modelos que se adjuntan como **Anexo L** (prórroga IT) y **Anexo M** (iniciación expediente de IP):

Anexo L.1.— «Resolución acordando la prórroga de IT al trabajador» (se aportan 2 modelos según que el perceptor esté afiliado a una Mutua o al INSS).

Anexo L.2.— «Resolución acordando la prórroga de IT» para trabajadores por cuenta propia.

Anexo L.3.— «Comunicación de prórroga IT a empresas».

Anexo L.4.— «Comunicación al SPS de que su baja es nula pero que se prórroga la IT».

Anexo L.5.— (sólo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP) «Comunicación acuerdo de la prórroga de IT a la Mutua de AT/EP».

Si la propuesta del EVI al director provincial fuese la de iniciar un expediente de IP:

Anexo M.1.— «Resolución iniciación de expediente de Incapacidad Permanente para trabajadores por cuenta ajena» (se aportan 2 modelos según que el perceptor esté afiliado a una Mutua o al INSS).

Anexo M.2.— «Resolución iniciación expediente de Incapacidad Permanente» para trabajadores por cuenta propia.

Anexo M.3.— «Comunicación iniciación expediente de Incapacidad Permanente a empresas».

Anexo M.4.— «Comunicación al SPS de que su baja es nula y de que se inicia un expediente de Incapacidad Permanente».

Anexo M.5.— (sólo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/IEP) «Comunicación iniciación expediente Incapacidad Permanente a la Mutua de AT/EP».

A.2.— **Si la nueva baja fuese por distinta patología.**— El facultativo del INSS comunicará al trabajador, verbalmente que la baja expedida por el SPS tiene plenos efectos ya que se debe a una patología distinta a aquella que originó la Resolución del director provincial del INSS emitiendo el alta médica y, consecuentemente, se inicia un nuevo proceso de IT.

En este caso no se pasará a sesión de EVI, pero se utilizarán los modelos que se adjuntan como **Anexo N:**

Anexo N.1.— «Comunicación al empresario de que la nueva baja tiene plenos efectos al tratarse de una patología distinta a

aquella que generó la Resolución del director provincial del INSS emitiendo el alta médica».

Anexo N.2.- (sólo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP) «Comunicación a la Mutua de AT/EP de que la nueva baja expedida por el SPS tiene plenos efectos al tratarse de una patología distinta».

El facultativo del INSS, previo reconocimiento médico, podrá formular una propuesta de alta o una intención de alta al SPS, o, por el contrario, decidir que el trabajador debe continuar en situación de IT, puesto que estamos ante un nuevo proceso que comienza desde el día de la fecha de la nueva baja.

B.- Si el SPS no ha emitido una nueva baja y el trabajador lo solicita ante el INSS.

El trabajador puede presentarse a solicitar la nueva baja ante el INSS, bien ante la Unidad Médica o bien ante cualquier CAISS.

Si el trabajador se presentase ante la Unidad Médica del INSS se procederá, con inmediatez, a efectuarle un reconocimiento médico en cuyo caso el facultativo podrá determinar:

B.1.- Que el trabajador está capacitado para trabajar y que su patología es igual o similar a la que dio lugar a la Resolución emitiendo el alta médica. En este caso comunicará directamente al trabajador que no procede nueva baja, sin necesidad de que actúe el EVI.

Si el reconocimiento no se pudiera efectuar el mismo día que el trabajador se presenta en la Unidad Médica, previa cumplimentación de la solicitud de nueva baja por recaída (según modelo del Anexo I.2), se le citará a reconocimiento médico con la mayor inmediatez.

Efectuado el reconocimiento médico, si el facultativo determina que el trabajador está capacitado para trabajar y que su patología es igual o similar a la que determinó la emisión de la Reso-

lución de alta médica, se lo comunicará directamente al trabajador e, inmediatamente, el administrativo de la Unidad Médica le entregará, en mano, la solicitud de IT si el trabajador está protegido por el INSS, si no, le indicará que tiene que dirigirse a la Entidad que lo protege (empresa colaboradora, corporación local o Mutua).

En este caso se comunicará también al trabajador que se le abonará la IT desde la fecha en que solicitó la nueva baja hasta la fecha del reconocimiento médico, para este supuesto se utilizará el modelo que se adjunta como **Anexo Ñ:**

Anexo Ñ.1.- «Comunicación a la empresa de que no procede una nueva baja y del abono del subsidio por los días que correspondan» (a esta comunicación se adjuntará un certificado de empresa que se acompaña junto con este Anexo).

Anexo Ñ.2.- (sólo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP) «Comunicación de que no procede una nueva baja y de los días que corresponde abonar el subsidio de IT».

También se procederá de igual modo cuando el trabajador presente la solicitud de la nueva baja ante cualquier CAISS (**Anexo L2**).

Es necesario recordar que, una vez recibido el certificado de empresa se abonarán, si procede, los días de IT en los que el trabajador no haya prestado servicios. Para ello se utilizará el modelo de liquidación del aplicativo INCA. Si se tratase de un trabajador por cuenta propia se abonará al trabajador los días de IT que correspondan desde la fecha en que solicitó la nueva baja hasta la fecha del reconocimiento médico, también a través del aplicativo INCA en el que dejará de ser preceptivo que exista el documento de declaración de no realización de trabajos.

Por último, si el trabajador solicitase un justificante de haber asistido a la Unidad Médica, ésta le proporcionará un documento

donde se indique tal circunstancia, especificando el día y la hora en la que se ha personado en la Unidad Médica.

B.2.- Que el trabajador no esté capacitado y que su patología sea igual o similar a la que dio lugar a la Resolución emitiendo el alta médica. En este caso el facultativo del INSS cumplimentará el Informe Médico de Evaluación de la IT para que el facultativo que haya de actuar como ponente ante el EVI lo aporte y el órgano colegiado formule, al director provincial, una propuesta de Resolución de prórroga expresa de la IT o de iniciación expediente de IP.

Si la Resolución del director provincial emite la prórroga de la IT por recaída, se utilizará el modelo que se adjunta como Anexo O:

Anexo O.1.- «Resolución reconociendo la prórroga de IT por recaída para trabajadores por cuenta ajena» (se aportan 2 modelos según que el perceptor esté afiliado a una Mutua o al INSS).

Anexo O.2.- «Resolución reconociendo la prórroga de IT por recaída para trabajadores por cuenta propia».

Anexo O.3.- «Comunicación del acuerdo de la prórroga de IT por recaída a empresas».

Anexo O.4.- «Comunicación al SPS del acuerdo de la prórroga de IT por recaída».

Anexo O.5.- (sólo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP) «Comunicación del acuerdo de la prórroga de IT por recaída a la Mutua de AT/EP».

Si la Resolución del director provincial determina la iniciación de expediente de IP se utilizará el modelo que se adjunta como Anexo P:

Anexo P.1.- «Resolución iniciación de expediente de Incapacidad Permanente para trabajadores por cuenta ajena» (se apor-

tan 2 modelos según que el trabajador esté afiliado a una Mutua o al INSS).

Anexo P.2.– «Resolución iniciación expediente de Incapacidad Permanente para trabajadores por cuenta propia».

Anexo P.3.– «Comunicación iniciación expediente de Incapacidad Permanente a empresas».

Anexo P.4.– «Comunicación iniciación de expediente de Incapacidad Permanente al SPS».

Anexo P.5.– (sólo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/IEP) «Comunicación iniciación expediente Incapacidad Permanente a la Mutua de AT/EP».

Junto con la notificación al trabajador de la Resolución que determina la iniciación del expediente de Incapacidad Permanente se adjuntará el cuestionario de Incapacidad Permanente, cuyos datos servirán también para tramitar, resolver y abonar la prestación de IT en prórroga de efectos (pago directo) hasta la Resolución del expediente de Incapacidad Permanente.

Al día siguiente de celebrarse la sesión EVI, se incorporarán automáticamente las propuestas de iniciación de expedientes de Incapacidad Permanente al aplicativo CARPA.

B.3.– Que el trabajador no esté capacitado para trabajar pero su patología sea distinta a la que produjo la Resolución de Iata médica. El facultativo del INSS comunicará directamente al trabajador que debe acudir si al medico de atención primaria del SPS para que, si lo estima conveniente, le expida una nueva baja por distinta patología, informándole, igualmente, de que va a recibir una Resolución en este sentido.

En este supuesto se utilizará el modelo que se acompaña como **Anexo Q**:

Anexo Q.1.– «Resolución al trabajador comunicándole que debe ir al SPS para que emita, si procede, una nueva baja y se inicie un nuevo proceso de IT»

Anexo Q.2.– «Comunicación a la empresa de que el trabajador puede iniciar un nuevo proceso de IT si el SPS expide una baja».

Anexo Q.3.– «Comunicación al SPS de que el trabajador padece distinta patología y puede iniciar un nuevo proceso de IT si emite una baja».

Anexo Q.4.– «(sólo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP) «Comunicación a la Mutua de AT/EP de que el trabajador padece distinta patología y puede iniciarse un nuevo proceso de IT si el SPS expide una nueva baja».

C) Informatización del procedimiento

El procedimiento relacionado en todo este apartado 4 está casi en su totalidad adecuado en la versión 07.02 del aplicativo ATRIUM. No obstante, y hasta que se adecue a todas las modificaciones introducidas por la Ley 40/2007 en el artículo 128.1.a) del TRLGSS, es necesario realizar los siguientes tratamientos de forma manual:

— Cuando el SPS expide una nueva baja y el facultativo del INSS determina que es la misma patología a la que produjo la Resolución del director provincial emitiendo el alta médica. En este supuesto el aplicativo ATRIUM genera los modelos del Anexo K, que deben emitirse, y el modelo X.1 (recaída no efectos económicos denegación trabajador) que debe destruirse.

— Cuando el SPS expide una nueva baja y el facultativo del INSS determina que debe iniciarse un nuevo proceso de IT por tratarse de una patología diferente a la que produjo la Resolución del director provincial emitiendo el alta médica En este

caso el aplicativo ATRIUM genera cuatro modelos: los del Anexo N (Anexo N.1 y Anexo N.2) que deben emitirse, y los modelos XIII.1 (nueva patología trabajador) y XIII.2 (nueva patología SPS) que deben ser destruidos.

— Cuando el SPS no ha emitido una nueva baja pero el trabajador la solicita ante el INSS. En este caso, el aplicativo ATRIUM genera los modelos del Anexo Ñ (Ñ.1 con su certificado de empresa y Ñ.2) que deben emitirse y los modelos XV.1 (recaída sin baja denegación trabajador) y XV.3 (recaída sin baja denegación SPS) que deben destruirse.

— En todos los supuestos de recaídas del artículo 128 el aplicativo ATRIUM pasa directamente a sesión EVI todos los casos. Pues bien, cuando el SPS haya emitido una nueva baja y el facultativo del INSS considere que el trabajador está capacitado para trabajar (modelos del Anexo K) y cuando determine que la nueva baja emitida por el SPS se debe a distinta patología (modelos del Anexo N), no procede el envío al EVI.

Tampoco procederá el envío al EVI cuando el SPS no haya emitido una nueva baja y el trabajador la solicite ante el INSS si el facultativo de la Entidad considera que no procede una nueva baja porque la patología es la misma que la que generó la Resolución emitiendo el alta médica y el trabajador está capacitado para realizar su trabajo (modelos del Anexo Ñ) o que el trabajador no está capacitado para trabajar pero su patología es diferente a la que produjo la Resolución del alta médica (modelos del Anexo Q).

En todos estos supuestos al no estar adecuado el procedimiento, deberán realizarse las siguientes actuaciones:

1.- El Jefe administrativo o cualquier otra persona que se determine, deberá solicitar a la Unidad Provincial de Informática que le asigne el perfil en ATRIUM de Secretario de EVI.

2.- Con dicho perfil entrará en la agenda EVI y tramitará, de

forma ficticia, las propuestas del facultativo que haya realizado los reconocimientos médicos que hayan dado lugar a los supuestos indicados anteriormente (**Anexos K, N, Ñ y Q**) y efectuará directamente la emisión de las propuestas de resolución al Director Provincial, todo ello sin que se tenga que realizar sesión EVI ni acta del órgano colegiado.

5.- Procedimiento para el ejercicio de las competencias establecidas en el artículo 131.bis (recaídas del art. 131.bis)

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social modifica el apartado 2 del artículo 131.bis del TRLGSS. Dicha modificación, que entra en vigor el día 1 de enero de 2008, es de aplicación en todas las Direcciones Provinciales.

De conformidad con lo establecido en el artículo 131.bis, sin perjuicio del ulterior desarrollo reglamentario, se hace necesario establecer, de forma provisional, las siguientes actuaciones procedimentales:

A) Reconocimiento médico previo

A.1.- Si el SPS ha expedido una nueva baja

En todos aquellos casos en que, tras haber agotado el período máximo de 18 meses de IT, se detecte que el SPS ha emitido una nueva baja médica a un trabajador, cuando en los seis meses anteriores se hubiese producido un alta sin declaración de Incapacidad Permanente, se citará, con la mayor inmediatez, al trabajador a reconocimiento médico (utilizando, para ello, el modelo que se acompaña como **Anexo I.4**) a fin de determinar si la baja médica del SPS se debe a la misma o similar patología del proceso anterior de IT.

Corresponderá al facultativo del INSS, que realice el reconocimiento médico, valorar si se trata o no de la misma o similar patología.

Si se trata de la misma o similar patología, el facultativo del INSS se lo comunicará directamente al trabajador y así lo hará constar en el Informe Médico de Evaluación de la IT (**Anexo II.2**). El citado Anexo se remitirá a la Unidad Administrativa, desde la que se procederá a emitir directamente (sin necesidad de enviarlo a sesión EVI) la Resolución firmada por el director provincial denegando la efectividad económica de la nueva baja según el modelo del **Anexo R**:

Anexo R.1.– «Resolución denegatoria al trabajador con baja médica por igual o similar patología y emitida con un periodo de actividad laboral inferior a seis meses desde que se produjo el alta sin declaración de Incapacidad Permanente».

Anexo R.2.– «Comunicación de la Resolución denegatoria de los efectos económicos de la nueva baja expedida por el SPS a la empresa» (cuando se trate de trabajadores por cuenta ajena)

Anexo R.3.– «Comunicación de la Resolución denegatoria de los efectos económicos de la nueva baja médica al SPS».

Anexo R.4.– (sólo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP) «Comunicación de la Resolución denegatoria de los efectos económicos de la nueva baja médica a la Mutua de AT/EP».

Si, a juicio del facultativo del INSS, la patología fuese distinta se hará constar igualmente en el Informe de Evaluación de la IT, remitiéndose a la Unidad Administrativa para que proceda a emitir directamente (sin necesidad de enviarlo a sesión EVI) las comunicaciones, firmadas por el director provincial, de la efectividad económica de la baja emitida por el SPS según el modelo del **Anexo S**:

Anexo S.1.– «Comunicación a la empresa de que la nueva baja médica se debe a una patología diferente iniciándose un nuevo proceso de IT».

Anexo S.2.– (sólo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP) «Comunicación a la Mutua de AT/EP de que la nueva baja médica se debe a una patología diferente y se inicia un nuevo proceso de IT».

Si la **Resolución** del director provincial **determina que no procede emitir una nueva baja con efectividad económica ante la solicitud del trabajador**, se utilizarán los modelos que se acompañan como **Anexo T**:

Anexo T.1.– «Resolución denegando la baja solicitada por el trabajador al INSS por ser ésta de igual o similar patología».

Anexo T.2.– «Comunicación a la Mutua de AT/EP denegando la baja solicitada por el trabajador al INSS».

Si la **Resolución** del director provincial determina, ante la solicitud del trabajador, **que la patología del trabajador es distinta y que la nueva baja, en su caso debe ser emitida por el SPS**, se utilizarán los modelos que se acompañan como **Anexo U**:

Anexo U.1.– «Resolución al trabajador comunicándole que es el SPS quien debe emitir, si procede, la nueva baja».

Anexo U.2.– «Comunicación a la empresa de que el trabajador puede iniciar un nuevo proceso de IT si el SPS expide una nueva baja».

Anexo U.3.– «Comunicación al SPS de que el trabajador puede iniciar un nuevo proceso de IT si el SPS expide una nueva baja».

Anexo U.4.– (sólo si se trata de afiliados incluidos en el ámbito de protección de una Mutua de AT/EP) «Comunicación a la Mutua de AT/EP de que el trabajador puede iniciar un nuevo proceso de IT si el SPS expide una nueva baja».

El apartado 2 del artículo 131.bis del TRLGSS, en la nueva redacción dada por la Ley 40/2007, otorga un **tratamiento específico cuando la IT se extingue por el transcurso del plazo de 18 meses**:

— Cuando la IT se extingue por el transcurso de 18 meses, será obligatorio examinar, en el plazo de 3 meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación en el grado de Incapacidad Permanente que corresponda.

— Se establece una demora de calificación por el periodo preciso, hasta un máximo de 24 meses desde la baja por IT, cuando, continuando la necesidad de tratamiento médico, existan expectativas de recuperación o mejora del estado del incapacitado, con vistas a su reincorporación laboral.

En este supuesto se prorrogarán, hasta la calificación, los efectos de la IT.

— Durante el periodo de demora de la calificación no subsistirá la obligación de cotizar.

En ningún caso podrá demorarse la calificación cuando al trabajador se le haya emitido una Resolución de prórroga expresa de la IT (en el ejercicio de las competencias del artículo 128.1.a) hasta los 18 meses por no acreditar el periodo de carencia para generar una Incapacidad Permanente.

E) Informatización del Procedimiento

El procedimiento para la gestión de lo dispuesto en el artículo 131.bis del TRLGSS no está informatizado y, por tanto, toda la gestión se efectuará de forma manual desde la citación hasta la Resolución del director provincial.

La primera actuación consistirá en detectar los procesos a controlar que serán aquellos en los que el SPS haya emitido una nueva baja médica dentro de los 6 meses siguientes a la denegación de un expediente de Incapacidad Permanente.

De acuerdo con lo especificado en el párrafo anterior, se utilizará la transacción III68 («PROCESOS DE IT POSTERIORES A UNA DENEGACION DE IP») mediante la que se puede extraer

un listado con los nuevos procesos de IT capturados en el aplicativo INCA en un rango de fechas (tanto de pago directo como de pago delegado) y en los que se ha registrado una denegación de IP en un rango de fechas (preestablecidas a 180 días por defecto). Esta transacción complementa a la III74 («PROCESOS INICIADOS CON DENEGACION DE INVALIDEZ»), que se encuentra operativa desde agosto del 2004.

Así mismo, se recuerda que, en su momento, se creó una nueva causa de finalización (37: «SIN EFECTOS ECONOMICOS POR ART. 131 BIS») para la finalización de los procesos de estos supuestos en el aplicativo INCA (pago directo y pago delegado) que facilita, con posterioridad, la identificación de posibles nuevas bajas emitidas por el SPS sobre trabajadores que previamente han tenido aperturado un expediente de IP.

Por tanto, en el trámite de los expedientes de pago directo se calificarán manualmente con la **causa de denegación 134**: «Sin efectos económicos por recaída proceso anterior en menos de seis meses desde resolución denegatoria de incapacidad permanente, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 131 bis de la Ley General de la Seguridad Social».

La transacción de calificación de expedientes **IN010** actualizará la situación de estos expedientes en situación de pasivo (41159) y no se emitirá Resolución denegatoria desde el aplicativo INCA Pago Directo, puesto que dicha Resolución se emitirá de forma manual.

6.- Coordinación con el Servicio Público de Salud para la gestión eficaz de las modificaciones efectuadas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

Las modificaciones efectuadas por la Ley 40/2007, obligan necesariamente a coordinar actuaciones con el SPS, por tanto se convocará, con la mayor inmediatez posible la Subcomisión Pro-

vincial de Seguimiento de los Convenios de IT con la finalidad de llegar a acuerdos que permitan agilizar la gestión y evitar, tanto una posible desprotección del trabajador como el uso inadecuado de la prestación de IT.

Concretamente es importante resaltar que **siempre que el trabajador solicite una baja ante el INSS**, y éste no puede emitirla porque es competencia del SPS:

— Porque la nueva baja solicitada por el trabajador responde, a juicio de los Inspectores Médicos del INSS, a otra patología de la que generó una Resolución del director provincial emitiendo el alta médica ejerciendo las competencias del artículo 128.1.a) una vez agotado el duodécimo mes del proceso (primera Resolución).

— Porque la nueva baja solicitada por el trabajador responde, a juicio de los Inspectores Médicos del INSS, a otra patología de la que generó una Resolución del director provincial emitiendo el alta médica precedida de una prórroga de IT en segunda o sucesivas Resoluciones (recaídas del 128.1.a).

— Porque la nueva baja solicitada por el trabajador responde, a juicio de los Inspectores Médicos del INSS, a otra patología de la que generó la Resolución del director provincial emitiendo el alta a los exclusivos efectos económicos de la IT, ejerciendo las competencias del apartado 1 del artículo 131.bis.

En estos supuestos es fundamental que se acuerde con el SPS que de emitir la baja médica, ésta debería retrotraerse a la fecha en la que el trabajador solicitó la baja ante el INSS, puesto que si no el trabajador quedaría sin protección durante el período que media entre la solicitud de la baja y la fecha en que emita el SPS la nueva baja.

También es importante, que si el trabajador manifiesta su disconformidad ante la Inspección Médica del SPS o ante el INSS,

se establezca un procedimiento para que ambos conozcan, con la mayor inmediatez posible, si tal circunstancia existe y la fecha en la que se ha producido, en aras de una agilización de los procedimientos que ya están sometidos por imperativo legal, a plazos muy cortos.

Madrid a 27 de diciembre de 2007



21. Estudios sobre el ordenamiento jurídico aragonés (1997-2002)
J. Rodríguez, C. Murmar, B. Meliá,
S. Ruiz, J. Martínez, V. Layaol,
D. Lázaro, A. Aumés, V. Yáñez
22. Derecho municipal aragonés. Estudios,
actos de gobierno y censales (1420-1786)
Manuel Gómez de Valenzuela
23. La alera foral de pastos en Aragón
Ignacio Pérez-Sobe Diez del Corral
Ángel Ángel Saldá Marín
24. La acción administrativa de protección y
relección de menores en Aragón
Luis Murillo Jaso
25. Notarios, artistas, artesanos y otros
trabajadores aragoneses (1410-1693)
Manuel Gómez de Valenzuela
26. Régimen jurídico de los regadíos
Infraestructuras, gestión y
aprovechamientos. Especial referencia a
Aragón
José Luis Castellano Prats
27. Arqueologías españolas al Proyecto de Pavía
Gabriel García Cantero (Coordinador)
28. El nuevo Justicia y la protección
autodéfica de los ciudadanos en Aragón
M^{ra} Carmen Lumbierres Subías
29. Léxico del Derecho Aragonés
José Ignacio López Susín
30. Capitulaciones Matrimoniales del
Somontano de Huesca (1457-1789)
Manuel Gómez de Valenzuela
31. Régimen de acceso a las funciones públicas
para los discapacitados: su compatibilidad
con el principio constitucional de igualdad
Elena Olga Abad Marco
32. La gestión del concurso en la Ley 2/2003,
de 12 de febrero
Jesús Martínez-Cortés Gimeno
33. Documentos sobre jurisdicción altoaragonesa
y pirenaica (siglos XV y XVI)
Manuel Gómez de Valenzuela
34. "Intestate" e "intestessu". "Qui pueri
intestatus accesserit habentur oim pro damnato
ac solum". Apuntes sobre su tratamiento
legal en la Edad Media. Posición del
Derecho aragonés
Natividad Rapún Giménez
35. Los ministros de la Real Audiencia de
Aragón (1711-1808)
Juan Francisco Baitar Rodríguez
36. La fiducia sucesoria aragonesa
Miguel Ángel Martínez Cortés Gimeno
37. Miguel Secvet en Francia. El exilium forzoso
de un pensador aragonés
Juan Antonio Cremades Sanz-Pastor



EL JUSTICIA DE ARAGÓN