

Nuevas medidas de Seguridad Social al cierre de la XII legislatura (A propósito de los denominados “viernes sociales”)

New Social Security measures at the close of the twelfth parliamentary term (with regard to the so-called "Social Fridays")

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL UNIVERSIDAD DE GRANADA
DIRECTOR DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL LABORUM
PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL UNIVERSIDAD DE MURCIA
SUBDIRECTOR DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL LABORUM
SECRETARIO GENERAL DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

“De hecho, la progresiva erosión de los poderes legislativos del Parlamento, que hoy se limita con frecuencia a ratificar disposiciones emanadas del ejecutivo mediante decretos con fuerza de ley, se ha convertido desde entonces en una práctica común”

GIORGIO AGAMBEN¹

El cierre de XII Legislatura en España² ha sido trepidante con la promulgación de diversas iniciativas legislativas que afectan a la Seguridad Social como la Ley 3/2019, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer³; dos Reales Decretos Leyes el 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación y el 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo; a lo que se sumaron otras disposiciones reglamentarias como el RD 17/2019, de 25 de enero, de modificación del Reglamento General de Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, RD 71/2019, de 15 de febrero, por el que se regulan las pensiones e indemnizaciones del régimen de Clases Pasivas del Estado de los militares de complemento y de los militares profesionales de tropa y marinería con una relación de servicios de carácter temporal y RD 302/2019, de 26 de abril, porque se regula la

¹ AGAMBEN, G.: *Estado de excepción. Homo sacer II, 1*, Valencia, Ed. Pre-Textos, 2004, pág. 18.

² La XII legislatura se inició el 19-7-2019 y concluyó el 20-5-2019 y tuvo como Presidentes del Gobierno a D. Mariano Rajoy Brey (Partido Popular) del 29-10-2016 al 31-5-2018 y desde el 1-6-2018 hasta su fin a D. Pedro Sánchez Pérez-Castejón (Partido Socialista Obrero Español).

³ Procede de la Proposición de Ley 122/000079, de mejora de la pensión de orfandad de hijas e hijos víctimas de la violencia de género, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG núm. 99-1, de 17 de marzo de 2017).

compatibilidad de la pensión contributiva de jubilación y la actividad de creación artística, en desarrollo de la disposición final segunda del Real Decreto-Ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía, y por su puesto múltiples disposiciones de inferior rango normativo⁴.

Al igual que ya se advertía en anterior editorial en relación con las reformas introducidas por el RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, la justificación de la extraordinaria

⁴ Sin ánimo de ser exhaustivo pueden señalarse las siguientes:

ORDEN TMS/397/2019, de 4 de abril.- por la que se modifica la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social; ORDEN SBC/429/2019, de 1 de abril, por la que se modifica la Orden SAS/2287/2010, de 19 de agosto, por la que se regulan los requisitos y el procedimiento para la acreditación de los centros, servicios y entidades privadas, concertadas o no, que actúen en el ámbito de la autonomía personal y la atención a personas en situación de dependencia en las ciudades de Ceuta y de Melilla; RESOLUCIÓN de 5 de abril de 2019, del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se publica el catálogo de organismos, entidades y empresas incluidos en el Registro de Prestaciones Sociales Públicas; ORDEN SBC/480/2019, de 26 de abril.- por la que se modifican los anexos I, III y VI del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización; RESOLUCIÓN de 19 de marzo de 2019, de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social.- por la que se ordena el procedimiento de cese en la colaboración voluntaria de las empresas en la gestión de la Seguridad Social respecto a las prestaciones económicas por incapacidad temporal derivada de enfermedad común y accidente no laboral; RESOLUCIÓN de 20 de marzo de 2019, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se determina la creación, composición, organización y funcionamiento de la comisión paritaria para la resolución de las reclamaciones previas en materia de prestación por cese de actividad; ORDEN TMS/83/2019, de 31 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2019; RESOLUCIÓN de 30 de enero de 2019, por la que se autoriza a diferir el pago de cuotas a los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, durante los periodos de inactividad correspondiente a los meses de enero a abril de 2019; ORDEN TMS/103/2019, de 6 de febrero, por la que se modifica el anexo del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y se aprueba el modelo de declaración médica sobre la necesidad de cuidado continuo del menor; RESOLUCIÓN de 8 de febrero de 2019.- de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se amplía el plazo de presentación de solicitudes previsto en la Resolución de 30 de enero de 2019, por la que se autoriza a diferir el pago de cuotas a los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, durante los periodos de inactividad correspondiente a los meses de enero a abril de 2019; RESOLUCIÓN de 19 de febrero de 2019, de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, por la que se modifican los Anexos II, III y IV de la Orden APU/2245/2005, de 30 de junio, por la que se regulan las prestaciones complementarias de la asistencia sanitaria en MUFACE y se establece el procedimiento de financiación de bombas portátiles de infusión subcutánea continua de insulina; ORDEN SCB/1453/2018, de 26 de diciembre, por la que se corrigen errores en la Orden SCB/1244/2018, de 23 de noviembre, por la que se procede a la actualización en 2018 del sistema de precios de referencia de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud; ORDEN TMS/40/2019, de 21 de enero, por la que se establecen para el año 2019, las bases de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores del Régimen Especial del Mar incluidos en los grupos segundo y tercero; ORDEN SBC/45/2019, de 22 de enero.- por la que se modifica el anexo VI del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, se regula el procedimiento de inclusión, alteración y exclusión de la oferta de productos ortoprotésicos y se determinan los coeficientes de corrección; RESOLUCIÓN de 23 de enero de 2019, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se autoriza a diferir el pago de cuotas a los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, durante los periodos de inactividad correspondiente a los meses de enero a abril de 2019.

y urgente necesidad de tener que acudir a la figura del Real Decreto Ley no se alcanza a ver con plenitud⁵.

Centrándonos en aquellas que directamente afectan a la acción protectora del Sistema de Seguridad Social, podríamos analizar, por su interés, las siguientes novedades⁶:

a) De las prestaciones por “maternidad” y “paternidad” a la de “Nacimiento y cuidado de hijo menor”⁷

Puesto que los arts. 2 y 3 del RD-Ley 6/2009, vienen a equiparar en sus respectivos ámbitos (Estatuto de los Trabajadores y Estatuto Básico del Empleado Público), la duración de los permisos por nacimiento de hijos de los progenitores, el art. 4 de dicho RD-Ley adapta la normativa de Seguridad Social a las medidas previstas en la regulación laboral, redefiniendo las prestaciones a la luz de los nuevos derechos, sin novedad más relevante que el cambio de denominación y la ampliación de lo que antes se denominaba prestación por paternidad que pasa ahora a 16 semanas, si bien de forma progresiva: 1) A partir de 1-4-2019 y hasta 31-12-2019 pasa a ocho semanas; 2) En 2020 serán doce semanas; y 3) A partir de 2021 alcanzará las dieciséis semanas. A destacar es que la prestación reconocida al progenitor, que no sea la madre biológica, se configura durante las dos semanas siguientes al parto como de descanso obligatorio y cabría plantearse si no utilizadas las mismas por no solicitarse (la renuncia expresa entraría dentro de la prohibición general de renunciaciones a derechos de Seguridad Social, art. 3 LGSS), cabría disfrutar de las otras seis semanas que completaría el período de suspensión previsto en el art. 48 del ET. En principio no parece que quepa excluir de ese disfrute, otro caso es que pudiera generarse algún tipo de infracción laboral sancionable, por permitir el trabajo durante las dos semanas siguientes al parto. Obviamente siempre y cuando el empresario tuviera conocimiento de dicho nacimiento.

Importante previsión es que, dado que se reconoce que esta redefinición y ampliación de la protección supone un incremento de gasto, el mismo será atendido por fondo precedentes del Estado para mantener la sostenibilidad del sistema de S. Social.

b) Una nueva prestación “corresponsabilidad en el cuidado del lactante” se crea dentro del nivel contributivo de la Seguridad Social⁸, conforme a las novedades introducidas

⁵ Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Notas sobre las aportaciones del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, en el sistema de pensiones y en la “jubilación forzosa”, en *Revista Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 18 (2019), págs.13-25. Sobre el RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, y normas concordantes, pueden consultarse exhaustivamente, VV.AA.: *Las Reformas Laborales y de Seguridad Social para 2019. Estudio Sistemático del RD-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo; y Normas Concordantes*, MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (DIRS.), ORTIZ CASTILLO, F. (COORD.), Murcia, Ed. Laborum, 2019.

⁶ De interés también merecen señalarse: a) Los artículos 4 y 5 del RD-Ley 6/2019, que añaden una nueva DT. 31 a la LGSS relativa a la recuperación de la financiación de las cuotas del Convenio Especial de los cuidadores no profesionales con cargo al Estado, volviendo a la situación anterior a 1-1-2013 y una modificación del art. 61 LPGE para 2009 en relación con el Fondo de Apoyo para la promoción de las infraestructuras y servicios del SAAD.

⁷ Art. 4 uno a ocho del RD-Ley 6/2019. Modifica arts. 42.1 ap. C y 177, 178, 179 ap. 1 y 2, 180, 181 y 182 ap. 1 LGSS). Con entrada en vigor 1-4-2019.

⁸ Art. 3 nueve del RD-Ley 6/2019, Modifica el capítulo VII del Título II de la LGSS, arts. 183 a 185. Viene a ocupar el lugar de los antiguos preceptos que normaban la paternidad. Por lo que respecta a los funcionarios públicos estos se regirán por lo previsto en el art. 48 f) del EBEP.

tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en el Estatuto Básico del Empleado Público. Por su parte, el artículo 7 contiene las adaptaciones necesarias para incluir estas prestaciones en la acción protectora del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos de la Seguridad Social. La situación protegida será la reducción de la jornada de trabajo en 0,30 minutos prevista en el art. 37.4 del ET, para cuando ambos (progenitores) trabajen, acrediten los mismos requisitos previstos para la prestación por nacimiento de hijo, durante el período que medie entre el cumplimiento de los nueve meses y hasta los 12 meses de edad del lactante, debiendo ser acreditada la reducción de la jornada mediante certificación empresarial, si bien solo se reconoce a uno de ellos. Siendo la prestación un subsidio económico en cuantía del 100 % de la base reguladora establecida para el subsidio de incapacidad temporal por contingencias comunes y en proporción a la reducción de la jornada, estando su gestión a cargo de la entidad gestora INSS o ISM. La prestación es extensiva a todos los regímenes del sistema, lo que conduce a que también comprendería a los trabajadores autónomos, para lo que precisará el oportuno desarrollo reglamentario para dicho colectivo, tanto los incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos como para los trabajadores por cuenta propia encuadrado en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar.

c) Otro ajuste en la cuantía mínima de las pensiones de incapacidad permanente total para la profesión habitual⁹

La reforma llevada a cabo por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de seguridad Social, vino a “*modificar la forma de cálculo del importe de las pensiones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, para aproximarla a la establecida para la pensión de jubilación*”¹⁰. Lo que implicaba que afiliaciones tardías al sistema de Seguridad Social obtuvieran al final una cuantía muy reducida (ya que a la base reguladora se le aplicaba primero el mismo porcentaje que si fuera para acceder a una pensión de jubilación –teniendo en cuenta el período de tiempo real cotizado y el que le faltare para jubilarse a la edad ordinaria–, y posteriormente se aplicaba el porcentaje correspondiente a la pensión de incapacidad permanente total (el 55 %). No obstante la cuantía final no podía ser inferior al 55 % de la base mínima de cotización para mayores de 18 años, en términos anuales¹¹.

Pues bien, esta última previsión de garantía mínima fue modificada –a la baja– por el apartado seis de la DF. Segunda del RD-Ley 28/2018, de 28 diciembre, que modificó el actual art. 139 LGSS, referenciándola ahora al importe mínimo fijado en la LPGE para tales supuestos, resultando para este año una cuantía de 5.838,00 euros¹².

Aunque no se decía explícitamente, el motivo de esta rebaja se encontraba en el importante incremento en 2019 de la base mínima de cotización que paso de 858,60 € en 2018 a 1.050 euros en 2019.

⁹ Art. 3 del RD-Ley 8/2019.

¹⁰ De su Exposición de Motivos. El art. 2 uno de la Ley 40/2007 modificó en tal sentido el apartado 2 del art. 138 LGSS/1994.

¹¹ El art. 2 dos añadió para ello un nuevo apartado al art. 139 LGSS/1994.

¹² Una observación crítica a dicha medida ya la analizábamos en anterior editorial, núm. 18/2019, págs. 13 a 25.

Pues bien, el art. 3 del RD-Ley 8/2019, deshace –parcialmente– lo normado dos meses antes y establece una nueva cuantía del importe de la pensión mínima para los casos de IPT por EC, para beneficiarios con -60 años y en función de su situación familiar, con efectos desde 1-1-2019, quedando ahora en 6.991,60 €/año (si se tiene cónyuge a cargo o sin cónyuge en caso de unidades económicas unipersonales) o bien 6.930,00 €/año cuando se tiene cónyuge a cargo.

Esta nueva cuantía, al tener el carácter de complemento a mínimos, tiene carácter no contributivo y se financiará con cargo a transferencias del Estado a la Seguridad Social.

La razones para esta vuelta atrás son la “...imposibilidad de reincorporarse al mercado laboral de estos pensionistas en atención a su falta de cualificación o conocimientos y que les llevará a prolongar su situación hasta la edad de jubilación”¹³. Justificación que nos recuerda en cierta forma a los requisitos para el acceso al incremento del 20 % de la pensión de IPT¹⁴.

d) La rebaja en la edad de acceso al subsidio por desempleo asistencial y otras reformas para los parados mayores de 52 años¹⁵

Se trata de una “contrarreforma” de la modificación introducida por el RD-Ley 12/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que introdujo diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público. El citado RD-Ley 12/2012 con el propósito de racionalizar “*el régimen regulador del subsidio para mayores de 52 años con el objetivo de garantizar su sostenibilidad en el largo plazo y para incentivar el alargamiento de la vida activa.*”¹⁶ vino a modificar el régimen jurídico del conocido como subsidio de desempleo para mayores de 52 años previsto en los arts. 215 y ss. de la LGSS/1994. El RD-Ley 8/2019, viene modificar nuevamente el régimen normativo de esta modalidad, no solamente recuperando la edad de acceso a los 52 años, sino también a introducir importantes novedades como: a) La supresión del requisito de tener cumplida la edad de (ahora 52 años) en el momento del hecho causante del subsidio, permitiendo el acceso cuando se cumpla esa edad y recogiendo en la regulación la doctrina del TS sobre esta cuestión; b) Elevando de duración máxima, de modo que, si antes se percibía hasta que la persona beneficiaria pudiera acceder a cualquiera de las modalidades de pensión contributiva de jubilación, ahora se percibirá hasta el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación; c) Suprimiendo de la consideración de las rentas de la unidad familiar para el acceso al subsidio; d) Incrementando la cuantía de la cotización por la contingencia de jubilación durante la percepción del subsidio se pasa del 100 al 125 % del tope mínimo de cotización vigente en cada momento; y e) Eliminando los porcentajes aplicables a la cuantía del subsidio cuando proviene de un trabajo desarrollado a tiempo parcial.

¹³ De su Exposición de Motivos.

¹⁴ V. art. 6 D. 1646/1972, de 23 de junio.

¹⁵ Art. 1 del RD-Ley 8/2019, modificación de los arts. 274.4, 275.2, 276.3, 277.3 y 4, 278.1, 280 y 285 LGSS.

¹⁶ De su Exposición de Motivos.

e) Incremento en las cuantías para la prestación familiar de “asignación por hijo a cargo”¹⁷

Desde su establecimiento por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre¹⁸, desarrollado luego por RD 357/1991, de 15 de marzo, su cuantía de 291 euros/anuales había permanecido inalterable. El artículo 2 del RD-Ley, que prevé el incremento de la asignación económica por hijo a cargo hasta los 341 euros anuales con carácter general, que puede alcanzar los 588 euros anuales en el caso de las familias en situación de pobreza severa.

La subida supone 50 euros más al año para todos aquellos que reúnan las condiciones generales de acceso a la asignación hijo a cargo¹⁹, debiendo advertirse que los límites de ingresos previstos para 2019 por el RD-Ley 28/2018, no han sido modificados.

Por lo que respecta a la asignación especial de 588 euros/año está previsto para aquellas familias en situación de pobreza extrema, entiendo por tal las que no superan unos determinados ingresos conforme a la tabla que el artículo 2.3 del RD-Ley 8/2018 recoge distinguiendo en su cómputo de integrantes del hogar personas mayores y menores de 14 años. Lo más curioso de esta nueva cuantía es la expresión de “*situación de pobreza severa*”, que nos recuerda a tiempos pretéritos en los que el acceso a determinadas prestaciones lo eran si se acreditaba “*ser pobre de solemnidad*”. En realidad esta nueva previsión se parece mucho aquel efímero complemento de protección familiar por menores ingresos de 1.050 pesetas mensuales establecido por el RD 2364/1985, de 18 de diciembre²⁰.

Estos nuevos importes entraron en vigor con efectos 1 de abril de 2019²¹

La mejora en la cuantía no cabe negarla, ahora bien, calificar como medida de protección social extraordinaria y urgente un incremento de poco más de 4 euros o de casi 25 euros al mes para las situaciones de pobreza severa, no deja de ser pretencioso y de escasa consideración hacía los afectados. No podemos sino recordar aquello de que la protección a la familia sigue siendo “el pariente pobre de la Seguridad Social”²².

¹⁷ Art. 2 del RD-Ley 8/2019, de 8 de marzo.

¹⁸ Su cuantía quedó establecida en 36.000 pesetas, salvo para los supuestos de hijos discapacitados, (art. 167 LGSS/1974).

¹⁹ Art. 352 LGSS.

²⁰ Estuvo en vigor desde 21 de diciembre de 1985 a 13-1-1991.

²¹ Véase la DF. 6.ª apartado 3 del RD-ley 8/2019.

²² Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Las Prestaciones Familiares, ese pariente pobre de la Seguridad Social, núm. 6 (2016), en *Revista Derecho de la Seguridad Social Laborum*, págs. 13-26.

f) Mejoras en la protección a la orfandad. Una reforma con más sombras que luces²³

La Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer, ha venido a introducir importantes reformas en la protección a la orfandad, que podrían concretarse en las siguientes medidas:

- Se incluye en el sistema de Seguridad Social una nueva prestación denominada “prestación de orfandad”.
- Para el caso de muerte de la mujer imputable a violencia contra ella, los pensionistas de orfandad recibirán su pensión con el incremento previsto para las situaciones de orfandad absoluta.
- Modificación de las situaciones de compatibilidad de la pensión y la prestación de orfandad.
- Mandato al Gobierno para que en el plazo de tres meses realice un estudio donde se analicen otros supuestos de orfandad absoluta que no se encuentren suficientemente protegidos.

La Proposición de Ley de la que parte²⁴ buscaba como finalidad dar salida a las situaciones de desprotección en la que podían quedar los hijos de la mujer fallecida si al momento del hecho causante esta no se encontrare en situación de alta o asimilada a ella y no acreditase el período de cotización exigible en estos casos de quince años. El iter parlamentario posterior ha ido más allá como se puede ver por el cambio de rúbrica de la Ley y por el contenido posterior de la misma.

La **prestación de orfandad** que se crea viene determinada por los siguientes presupuestos:

a) La causante deberá de haber fallecido como consecuencia de violencia contra la mujer, en los términos en que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España.

b) Los beneficiarios deberán de cumplir los siguientes requisitos:

²³ Véase la Ley 3/2019, de 1 de marzo, que modifica los arts. 42.1 ap. C), 224, 225, 228 p.2.º, 223.3 de la LGSS y art. 42.9 de la Ley de Clases Pasivas del Estado. Un análisis de la misma puede verse en RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La incidencia de la violencia contra la mujer en la protección de Seguridad Social de los huérfanos (A propósito de la Ley 3/2019, de 1 de marzo, de mejora de la situación de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer)”, capítulo de la obra colectiva *Derecho Vivo de la Seguridad Social*, dirigida por BARRIOS BAUDOR, G. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., Murcia, Ediciones Laborum, 2019, págs. 221-247.

²⁴ Proposición de Ley 122/000079, de mejora de la pensión de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (BOCG núm. 99-1, de 17 de marzo de 2017). Sobre esta y otras Proposiciones de Ley sobre el particular y coetáneas a la misma véase MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Género y Seguridad Social II: Nuevas propuestas de reformas de la protección a la supervivencia de la Seguridad Social derivadas de situaciones de violencia de género”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, núm. 12 (2017), págs. 13 a 22.

- Ser hijas o hijos de la causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación. No alcanza pues a los hijos –si los hubiera– del cónyuge o pareja de hecho.
- Una edad. De forma similar a la prevista para la pensión de orfandad una edad inferior a 21 años o estar incapacitada para el trabajo. No obstante, entre los 21 y 25 años se podrá acceder o mantener dicha prestación si la persona huérfana no trabaje por cuenta ajena o propia, o cuando haciéndolo, los ingresos que obtenga sean inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente del SMI fijado en cada momento, también en cómputo anual²⁵.
- No tener derecho a pensión de orfandad.
- Hallarse en circunstancias equiparables a una orfandad absoluta.

La prestación, que será financiada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado²⁶, no queda concretada en la ley, aunque parece deducirse que tiene naturaleza económica, sin especificar tampoco su modalidad (pensión, subsidio, indemnización, asignación), aunque también cabe deducir de lo normado que tendrá un carácter temporal.

La cuantía de esta prestación será²⁷:

- Una persona beneficiaria: el 70 % de la base mínima de cotización de entre todas las existentes vigente en el momento del hecho causante, siempre que los rendimientos de la unidad familiar de convivencia, incluidas las personas huérfanas, dividido por el número de miembros que la componen, no superen en cómputo anual el 75 % del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.
- Más de una persona beneficiaria: el importe conjunto de estas prestaciones podrá situarse en el 118 % de la base reguladora y nunca será inferior al mínimo equivalente a la pensión de viudedad con cargas familiares.

En cuanto al marco de compatibilidad de esta prestación, se establece la compatibilidad con el reconocimiento de otra pensión de orfandad en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social, de forma que el hecho de que se tenga la consideración de huérfano absoluto no impide ser persona beneficiaria de la pensión de orfandad que, en su caso, pudiera generarse como consecuencia de la muerte del otro progenitor.

Por último, debe tenerse en cuenta que el reconocimiento de esta prestación de orfandad se producirá respecto de hechos causante posteriores a 3 de marzo de 2019 (fecha de entrada en vigor de la Ley 3/2019). No obstante, podrá reconocerse para hechos causantes

²⁵ Al igual que se establece para la pensión de orfandad) si la persona beneficiaria estuviera cursando estudios y cumpliera los 25 años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la prestación se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al de inicio del siguiente al curso académico.

²⁶ Disposición Adicional Primera.

²⁷ Art. 224.1 párrafos 3 y 4 LGSS, en su nueva redacción.

anteriores, si tanto en aquel momento como en la fecha de la solicitud se reúnen los requisitos fijados²⁸ (disp. trans. 2 y 3 Ley 3/2019).

La Ley 3/2019 (art. Primero. Seis), modifica la redacción del art. 233 LGSS relativo al **incremento de las pensiones de orfandad**, incluyendo un nuevo apartado 3, para ampliar los supuestos en que puede proceder el mismo, incluyendo el supuesto de violencia contra la mujer. En este caso de forma similar a la prestación de orfandad si hay concurrencia de beneficiarios de orfandad el límite máximo de las prestaciones de supervivencia podrá alcanzar el 118 %, con un límite mínimo el de la pensión de viudedad con cargas familiares. Así mismo en caso de que los rendimientos de la unidad familiar donde esté inserto el huérfano, dividido por el número de miembros que la componga, no supere en cómputo anual el 75 % del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.

Además de lo anterior La Ley 3/2019 (art. primero. Cuatro) modifica la redacción y contenido del art. 225.1 de la LGSS, en el sentido de posibilitar que en el caso de muerte de la mujer por violencia contra ella se podrá ser pluripensionista de orfandad (pensiones con cargo a más de uno de los regímenes que integran el sistema) sin necesidad de que se hayan cotizado simultáneamente 15 años.

Una primera valoración de la nueva Ley que amplía la protección a los huérfanos en supuestos de violencia de género y violencia contra la mujer, nos puede llevar a las siguientes consideraciones:

a) El tipo de violencia al que se refiere la norma. La Ley lleva como rúbrica **“...violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer”**. Y lo curioso es, que a lo largo de diversos preceptos de la misma no se habla de violencia de género, solamente de violencia contra la mujer.

b) El segundo aspecto que puede ser polémico es que nada nos dice acerca de que debe entenderse por formas de violencia contra la mujer. Se limita a remitirse a **“...los términos en que se defina por Ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España”**²⁹.

Es obvio, que la violencia de género, en tanto se vincula a la existencia de una relación afectiva entre la mujer víctima y el hombre agresor, no es la única forma de violencia contra la mujer, sino que puede aparecer en otros contextos que no sean en las relaciones de pareja y puede venir relacionada con otras personas de su esfera familiar o social y tiene múltiples manifestaciones (agresiones, abusos sexuales, inducción a la prostitución, a la mutilación genital, etc.), la cuestión está en a quien y como alcanza a la misma y de que quien puede venir la violencia. Y esto no lo dice ninguna norma. Parece que se remite a una futura ley, que cabe suponer que sea estatal, ya que las diversas leyes autonómicas no parece que puedan ser referentes para generar situaciones tributarias de la acción protectora de la Seguridad Social³⁰. Tampoco resulta muy concreta la remisión a los

²⁸ Disposiciones Transitorias 2 y 3 de la Ley 3/2019.

²⁹ Art. 216 apartado 3 de la LGSS.

³⁰ En la actualidad las Comunidades Autónomas con leyes específicas de lucha contra la violencia sobre la mujer son: Andalucía (Ley 13/2007, de 26 de noviembre); Aragón (Ley 4/2007, de 22 de marzo); Canarias (Ley (...))

instrumentos internacionales ratificados por España (Ello obliga a tener en cuenta los artículos 96 y 10.2 de la Constitución Española). Y no se olvide un dato importante de la experiencia jurídica, a saber, que *“Es evidente que, ceteris paribus, cuanto más amplia es la esfera de decisión del juez tanto más importante y políticamente incisivo podrá resultar su papel”*³¹.

En el ámbito internacional podríamos estar las aportaciones de ONU, como la Declaración de Naciones Unidas sobre violencia contra las mujeres, aprobada en 1993, cuyo artículo 1 considera como violencia sobre la mujer:

“Todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.

Por su parte su artículo 2 considera como actos violencia contra la mujer *“aunque sin limitarse a ellos”*:

“a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación.

b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada.

c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.”

Y en ámbito de la Unión Europea sería de especial consideración el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011³², su artículo 3.º recoge las siguientes definiciones:

“a) Por «violencia contra la mujer» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o

16/2003, de 8 de abril); Cantabria (Ley 1/2004, de 1 de abril); Castilla y León (Ley 13/2010, de 9 de diciembre); Castilla La Mancha (Ley 4/2018, de 8 de octubre); Cataluña (Ley 5/2008, de 24 de abril); Comunidad Valenciana (Ley 7/2012, de 23 de diciembre); Extremadura (Ley 8/2011, de 23 de marzo); Galicia (Ley 11/2007, de 27 de julio); Islas Baleares (Ley 16/2003, de 8 de abril); Islas Canarias (Ley 16/2003, de 8 de abril); La Rioja (Ley 3/2011, de 1 de marzo); Madrid (Ley 5/2005, de 20 diciembre); Murcia Ley 7/2007, de 4 de abril); Navarra (Ley Foral, 14/2015, de 10 de abril); Principado de Asturias (Ley 2/2011, de 11 de marzo).

³¹ GUARNIERI, C. y PEDERZOLI, P.: Los jueces y la política. Poder judicial y democracia, *Madrid, Ed. Taurus, 1999, pág. 75.*

³² El instrumento de ratificación de 18 de marzo de 2014 fue publicado en BOE el 6-6-2014.

sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada;

b) Por «violencia doméstica» se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima;

c) Por «género» se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;

d) Por «violencia contra la mujer por razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada;

e) Por «víctima» se entenderá toda persona física que esté sometida a los comportamientos especificados en los apartados a y b;

f) El término «mujer» incluye a las niñas menores de 18 años.”

c) El complejo panorama que se nos dibuja dados los términos en que la Ley 3/2019, se pronuncia. Y así es nos vamos a encontrar, entre otros, con controversias tales como:

¿Hay un doble régimen de protección a la supervivencia, la derivada de fallecimientos imputables violencia de género y la más amplia a violencia contra la mujer? O bien ¿Cuándo se habla de violencia de género debe entenderse violencia contra la mujer?

Por otro lado, *¿la violencia (sea de género o de otros actos de violencia contra la mujer) tiene que ser la causa directa de la muerte de la mujer? o ¿basta una relación de causalidad más o menos amplia?* el nuevo apartado 3 del art. 216 dice “fallecida como consecuencia de violencia contra la mujer”, parece que se inclina hacia una relación directa. En similares términos se expresan la Disposición Adicional 1 de la LO 1/2004, como en los arts. 231, 232 y art. 233 LGSS.

Téngase en cuenta que si consideramos que la violencia de género es una modalidad singular de la violencia contra la mujer, las consecuencias será que la existencia o no de violencia de género opera, por ejemplo, para salvar el requisito de ser acreedor de pensión compensatoria (o indemnización sustitutoria) para una viudedad procedente de situaciones de separación, divorcio o nulidad, pero no está previsto para otras situaciones de violencia contra la mujer³³.

Por otro lado, no debe olvidarse que en los casos de violencia contra la mujer el sujeto activo de dicho acto no tiene que estar necesariamente vinculado a la causante por una relación matrimonial o de pareja de hecho lo que implicará que el alcance de la prestación de orfandad es más amplio que el de la pensión de orfandad.

³³ Art. 230.1 párrafo 3 LGSS.

Otro aspecto relevante de la reforma introducida por la Ley 3/2019 es la reforma del art. 233 de la LGSS, consistente en añadir un nuevo apartado 3 al mismo. El art. 233 de la LGSS ha quedado con la siguiente redacción:

Artículo 233. Incremento de las pensiones de orfandad y en favor de familiares, en determinados supuestos.

*1. Cuando, a tenor de lo establecido en el artículo 231, **el condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio** en cualquiera de sus formas no pudiese adquirir la condición de beneficiario de la pensión de viudedad, o la hubiese perdido, los hijos del mismo que sean titulares de la pensión de orfandad causada por la víctima del delito tendrán derecho al incremento previsto reglamentariamente para los casos de orfandad absoluta.*

Los titulares de la pensión en favor de familiares podrán, en esos mismos supuestos, ser beneficiarios del incremento previsto reglamentariamente, siempre y cuando no haya otras personas con derecho a pensión de muerte y supervivencia causada por la víctima.

2. Los efectos económicos del citado incremento se retrotraerán a la fecha de efectos del reconocimiento inicial de la pensión de orfandad o en favor de familiares, cuando no se hubiera reconocido previamente la pensión de viudedad a quien resulte condenado por sentencia firme. En otro caso, dichos efectos económicos se iniciarán a partir de la fecha en que hubiera cesado el pago de la pensión de viudedad, como consecuencia de la revisión de su reconocimiento por la entidad gestora conforme a lo previsto en el artículo 231 o, en su caso, a partir de la fecha de la suspensión cautelar contemplada en el artículo 232.

En todo caso, el abono del incremento de la pensión de orfandad o en favor de familiares por los periodos en que el condenado hubiera percibido la pensión de viudedad solo podrá llevarse a cabo una vez que este haga efectivo su reintegro, sin que la entidad gestora, de no producirse el reintegro, sea responsable subsidiaria ni solidaria del abono al pensionista de orfandad o en favor de familiares del incremento señalado, ni venga obligada a su anticipo.

De las cantidades que correspondan en concepto de incremento de la pensión de orfandad o en favor de familiares se descontará, en su caso, el importe que por alimentos hubiera percibido su beneficiario a cargo de la pensión de viudedad suspendida, conforme a lo dispuesto en el artículo 232.

*3. Las hijas e hijos que sean titulares de la pensión de orfandad causada por **la víctima de violencia contra la mujer**, en los términos en los que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España, tendrán derecho al incremento previsto reglamentariamente para los casos de orfandad absoluta.*

En el supuesto de que hubiera más de una persona beneficiaria de esta pensión, el importe conjunto de las mismas podrá situarse en el 118 por ciento de la base reguladora, y nunca será inferior al mínimo equivalente a la pensión de viudedad con cargas familiares.

Surge entonces una duda interpretativa *¿hay dos vías para acceder al incremento de la pensión de orfandad?* Por un lado, cuando el padre no puede acceder a la pensión de

viudedad por ser condenado por delito doloso de homicidio en la persona de la causante, estando entonces ante una ficción de orfandad absoluta. Por otro para los supuestos de que la causante fallezca como víctima de violencia contra la mujer, si bien en estos casos el huérfano tendrá que ser absoluto, sin ficción alguna, ya que podría darse el caso de que el autor de la muerte de la causante no sea el llamado a ser pensionista de viudedad, sino otra persona y que hubiera un beneficiario de ella no progenitor del huérfano. En este caso se podría dar el supuesto de reconocer pensión de viudedad y orfandad incrementada, ¿era esta la voluntad del legislador?

Y finalmente, aunque ya se ha comentado, los términos en que se permite el acceso a la prestación de orfandad son confusos (art. 216.3 LGSS):

*3. Asimismo, en caso de muerte, tendrán derecho a una prestación de orfandad las hijas e hijos de la causante fallecida como consecuencia de violencia contra la mujer, en los términos en que se defina por la ley o por los instrumentos internacionales ratificados por España, siempre que se hallen en circunstancias equiparables a una orfandad absoluta, en los términos establecidos reglamentariamente, y **no reúnan los requisitos necesarios para causar una pensión de orfandad.***

En la actualidad los únicos requisitos que condicionan el acceso a la pensión de orfandad son para el causante estar afiliado y en alta o situación asimilada, si falla el requisito de alta o asimilada se exigirá un periodo mínimo de cotización de 15 años y en cuanto al beneficiario, simplemente acreditar la filiación. Pues bien, cuando se habla de no reunir los requisitos –se supone por parte del causante– se incluye también ¿la afiliación? de entenderse así cualquier mujer víctima de violencia contra la mujer causaría prestaciones de orfandad, aunque no hubiera estado vinculada nunca al sistema. Desde luego si seguimos los trámites parlamentarios, esa no era la idea. Se trataba de solucionar el problema de la falta de alta y situación asimilada a la que no se acompaña ese período de cotización cualificado.

Por otro lado, la forma en que se llevaría a cabo el cálculo y determinación de la prestación deja sin concretar cuál sería el período y base reguladora cuando no hubiera cotizaciones, teniendo en cuenta que no está prevista para las prestaciones por supervivencia la integración de lagunas.

g) Reformas en el régimen jurídico de los trabajadores por cuenta propia o autónomos y de los trabajadores del mar

La Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo ha sido objeto de reformas por el RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo y RD-Ley 8/2019, de 8 de marzo, con la finalidad de efectuar las oportunas adaptaciones del mismo a las nuevas prestaciones de Seguridad Social (nacimiento y cuidado de hijo, corresponsabilidad en el cuidado del lactante y prestación de orfandad) así como de los nuevos beneficios en la cotización introducidos por ellos, así como aclaraciones a otras reformas introducidas por el RD-Ley

28/2018 (relativa a la cotización en situación de incapacidad temporal con cargo a cuotas de cese en la actividad)³⁴.

Y en similares términos de adaptaciones para los trabajadores incluidos en los Regímenes Especiales de la Minería del Carbón³⁵ y del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar³⁶

h) El estatus privilegiado de los creadores artísticos

El RD-Ley 26/2018, de 28 de diciembre, por el que se aprueban medidas de urgencia sobre la creación artística y la cinematografía³⁷, estableció a favor de tal colectivo (por cierto sin concretar su ámbito subjetivo) una serie de medidas de tipo fiscal (modificación en el IRPF, IVA e Impuesto de Sociedades) y de Seguridad Social. En este último ámbito las novedades consistían en:

a) La inclusión de un nuevo art. 249 ter en la LGSS, relativo a la **inactividad** de los artistas en espectáculos públicos incluidos en el régimen general. Durante dicho período se permite mantener de forma voluntaria mantener el alta en Seguridad Social y consiguiente cotización, con unos mínimos condicionantes como la acreditación de una actividad real de servicios de al menos 20 días en el año natural anterior y siempre que los ingresos por dicha actividad superen tres veces el salario mínimo interprofesional en cómputo mensual y exigiéndose que tal permanencia en alta se solicite en los primeros quince días de cada año. Esos mínimos requisitos para poder permanecer en alta, pese a no realizar actividad alguna, han sido modificados por el art. 6 del RD-Ley 8/2019, en el sentido de flexibilizarlos ampliando el período de cómputo de los días de actividad real, ahora serán los doce meses anteriores, reduciendo los ingresos mínimos obtenidos que ahora pasan a dos mensualidades del salario mínimo y permitiendo que tal solicitud se pueda hacer en cualquier momento. Quizás lo que más destaque de este período de inactividad sea la posibilidad de obtener un subsidio durante el mismo, en caso de artistas embarazadas o en situación de lactancia natural de un menor de 9 meses, para cuando los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo de la última actividad que dio lugar a su inclusión en el Régimen General pudiera influir negativamente en su salud, la del feto o la del lactante si dicha trabajadora realizara, en su estado, dicha actividad. Y para acreditar tal extremo bastará con una declaración jurada de la artista (criterio interpretativo del INSS 3/2019, de 24 de enero). Una prestación insólita en nuestro sistema otorgar una prestación sin que haya una actualización del riesgo. Si lo comparamos con similares situaciones (riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural) previstas para el común de las trabajadoras, veremos que a estas solo se reconocen si se está en alta real, nunca en situaciones asimiladas a ella, ni siquiera en situaciones de alta sin actividad (como sería la situación de incapacidad temporal) y ello por la razón de que no hay riesgo que proteger, dado que si no hay actividad el riesgo para el embarazo o para el lactante no podrá nunca actualizarse. Por otro lado, los condicionantes y requisitos a cumplir para que se reconozca una situación de este tipo requieren el

³⁴ Ver art. 7 RD-Ley 6/2019 y DT.2.º RD-Ley 8/2019.

³⁵ DF. 2.º del RD-Ley 8/2019.

³⁶ Art. 4 RD-Ley 8/2019.

³⁷ Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G: “La Protección Social de los artistas. A propósito de la Propuesta de elaboración de un Estatuto del Artista y del Profesional de la cultura”, núm. 16 (2018), *Revista Derecho de la Seguridad Social Laborum*, págs. 11-20.

cumplimiento de una serie de actuaciones e intervenciones previas complejas (art. 39 y 47 RD 295/2009, de 6 de marzo), que aquí pueden ser solventadas con una declaración jurada de la interesada. Sorprendente privilegio para un colectivo de trabajadoras.

b) Compromiso del Gobierno de que en un plazo máximo de seis meses: 1) Se procederá a la aprobación de una norma reglamentaria que regule la compatibilidad de la pensión de jubilación con la actividad de aquellos profesionales dedicados a la creación artística que perciban por esa actividad derechos de propiedad intelectual; y 2) Regulación de la Relación Laboral Especial de los Artistas en Espectáculos Públicos.

Pues bien, el Gobierno, en el terreno de facilitar el percibo de la pensión de jubilación con ingresos sin límite derivados de la propiedad intelectual, aprobó para ello el RD 302/2019, de 26 de abril (curiosamente la obligación de tal norma reglamentaria terminaba el 29 de junio de 2019). Se justifica en que³⁸:

“Una sociedad moderna no puede prescindir del capital intelectual que aportan creadores y artistas, particularmente en su etapa de madurez, cuando la experiencia acumulada puede favorecer la producción de obras o actuaciones más completas; debiendo destacarse que la actividad creativa constituye una aportación personal, única e irrepetible, al imaginario cultural, de la cual se beneficia el conjunto de la sociedad

Con ello se pretende poner fin a la “polémica” generada hace unos años relativa a la suspensión de la pensión de jubilación de “creadores artísticos” (en realidad el colectivo fundamental era el de escritores), cuando además de la pensión de jubilación seguían realizando una actividad artística por la que percibían ingresos superiores al SMI.

El ámbito subjetivo de la compatibilidad alcanza **aquellos** que, con posterioridad a la fecha de reconocimiento de la pensión de jubilación, desempeñen una actividad de creación artística por la que perciban ingresos derivados de derechos de propiedad intelectual, incluidos los generados por su transmisión a terceros, con independencia de que por la misma actividad perciban otras remuneraciones conexas.

Si bien, podrá acogerse a esta modalidad aquellos beneficiarios que además de la actividad artística desarrollen otros trabajos por cuenta ajena o propia que den lugar a su inclusión en el sistema de Seguridad Social.

El régimen de compatibilidad se ajusta a las previsiones del art. 213 ap. 1 de la LGSS y por tanto requerirá alta en Seguridad Social y abono de cuota de solidaridad y cotización por las contingencias de IT y CP.

Alguna duda cabe plantearse en torno a este singular privilegio de este colectivo de trabajadores, el régimen de compatibilidad alcanza a la actividad de creación artística, pero ¿a toda? o ¿solamente aquella que llevaba a cabo cuando se jubiló?

La compatibilidad alcanza también al percibo del complemento por maternidad o cantidad adicional a la que se refiere el art. 210.2 LGSS y también con el complemento a mínimos que le pudiera corresponder (si bien no se aclara si hay algún límite de ingresos que

³⁸ De su Exposición de Motivos.

lo excluya). Por otro lado, se mantiene la posibilidad de que opten por otras fórmulas de compatibilidad o de suspensión de la pensión. En esta situación de compatibilidad se mantiene la condición de pensionista a todos los efectos.