

## La visión racionalizadora de la complejidad normativa de la Seguridad Social

### The rationalising vision of the regulatory complexity of Social Security

JOSÉ LUIS TORTUERO PLAZA<sup>1</sup> *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Complutense de Madrid*  
© <https://orcid.org/0000-0002-7480-8745>

Cita sugerida: TORTUERO PLAZA, J.L. "La visión racionalizadora de la complejidad normativa de la Seguridad Social". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. Extraordinario 2021*: 167-174.

#### Resumen

El conjunto de la doctrina judicial que se analiza pone de manifiesto la complejidad y la incompleta ordenación de las normas de seguridad social. La virtualidad de la doctrina referida se centra en el respaldo y construcción conceptual de cada una de las instituciones que se analiza. Si bien la mayoría de las sentencias refieren al régimen de autónomos y a sus singularidades, sus postulados teóricos tienen validez universal.

#### Abstract

The set of judicial doctrine that is analysed reveals the complexity and incomplete organization of social security regulations. The virtuality of the referred doctrine focuses on the support and conceptual construction of each of the institutions that are analysed. Although most of the rulings refer to the self-employed regime and its singularities, its theoretical hypotheses have universal validity.

#### Palabras clave

compatibilidad entre prestaciones; incapacidad temporal; invitación al pago los efectos de las reglas administrativas; prescripción y caducidad

#### Keywords

compatibility between benefits; temporary disability; invitation to pay the effects of administrative rules; prescription and expiration

Afirmar que en materia de Seguridad Social, el magistrado Aurelio Desdentado era una autoridad, es una afirmación obvia que no exige explicaciones. Pero además su magisterio fluía con una naturalidad extrema, donde la compleja y en ocasiones abigarrada ordenación se convertía en una exposición racionalizadora ejemplar y didáctica. Leer, analizar y estudiar las sentencias en las que era ponente, es como asistir a una clase magistral. En otro orden, sus planteamientos eran siempre ponderados teniendo presente la posición, funciones e instrumentos de actuación de las entidades gestoras y/o colaboradores y la situación del trabajador. Todos estos perfiles adquieren virtualidad y protagonismo en las sentencias que procedo a comentar.

La Sentencia 9393/2000, de 19/12/2000 (Nº de Recurso: 4635/1999), se enfrenta a una cuestión que caracteriza la ordenación de las prestaciones del sistema de Seguridad Social, a

<sup>1</sup> Escribir estas páginas o más bien reproducir la sabiduría y enseñanzas del Magistrado Aurelio Desdentado en materia de Seguridad Social, es para mí una satisfacción cuyas dimensiones se hacen graficas reproduciendo brevemente cuando nos conocimos.

Conocí a Aurelio en la época en que yo trabajaba como Titulado Superior en la Comisión Técnica Calificadora Provincial de Madrid y al tiempo comenzaba mi andadura docente como colaborador con mi Maestro Alonso Olea. A partir de nuestro primer encuentro en la Comisión propiciado por Aurelio que pregunto por mí y quiso conocerme –le habían hablado de mí, yo no me lo podía creer–, mis primeros encuentro con Aurelio, fueron de la mano de mi querido amigo Antonio Baylos. Íbamos con una cierta regularidad a buscar a Aurelio al despacho del Maestro de la Villa –lo que también me permitió conocerle personalmente, impacto que nunca se borró de la retina– y nos íbamos a cenar o a tomar unas cervezas, en unas jornadas de charlas y risas que recuerdo como mágicas. Yo tendría aproximadamente 24 años.

saber, la falta y/o la deficiencia en su caso, de reglas de coordinación entre prestaciones, cuando coinciden o se suceden en el tiempo. La cuestión no es excepcional, sino bastante común. Basta solo recordar las posibilidades concurrencia que ofrece la jubilación parcial, la invalidez total, el nacimiento y cuidado de menores en régimen parcial... Únicamente, desde antiguo y con una historia repleta de conflictos y reformas, el legislador ha prestado atención a las reglas de coordinación del desempleo y siempre desde la óptica del fraude y no de la conceptualidad.

El supuesto resuelto en la sentencia analiza la coordinación entre la invalidez permanente total y la incapacidad temporal, con el correspondiente elemento teórico conceptual que caracteriza o define a cada contingencia. Resulta singular que buena parte de la sentencia se dedique a clarificar la situación, lo que advierte de la complejidad. Una vez situada magistralmente en sus términos la cuestión, "... resulta claro que la incapacidad temporal es posterior al procedimiento administrativo de calificación de la incapacidad permanente..." y desechada la aplicación normativa alegada, en el sentido de que "no estamos en el supuesto del artículo 131.bis.3 de la Ley General de la Seguridad Social, que regula la concurrencia producida por la prórroga de las prestaciones de incapacidad temporal con los efectos económicos derivados de la retroactividad de una declaración de incapacidad permanente".

De lo que se trata es de una concurrencia de prestaciones que se produce al margen de la sucesión normal entre una incapacidad temporal y la permanente. Es cierto que esta concurrencia, al afectar a una pensión y a un subsidio, no está comprendida en el artículo 122 de la Ley General de la Seguridad Social que establece la incompatibilidad de pensiones. Pero esto no significa que no estemos ante una concurrencia que deba resolverse de acuerdo una regla de incompatibilidad, que puede integrarse con las normas del artículo 122 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el artículo 131.bis.3 de la misma Ley.

De esta forma, hay incompatibilidad, "porque en nuestro ordenamiento la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución, porque en ese caso la renta de sustitución podría ser superior a la sustituida", y así se desprende de lo dispuesto en el artículo 131.bis.3 de la Ley General de la Seguridad Social. Cosa distinta, como ya planteo la Sentencia de 29 de septiembre de 1995 –que es traída a colación–, "sería la incapacidad temporal cubriera la pérdida de una renta profesional derivada de una profesión no comprendida en la declaración de incapacidad permanente total". La diferencia de supuestos y su argumentación teórica provocan la lógica aplicación normativa.

En otro orden de cosas la Sentencia determina que "si hay incompatibilidad y si falta una regla específica que regule la selección entre las dos prestaciones incompatibles", no puede entenderse que esa selección tenga que realizarse por la entidad gestora aplicando la prestación de cuantía inferior. La laguna, afirma la Sentencia "ha de integrarse con la norma del artículo 122, que permite la opción del beneficiario, lo que en la práctica coincide con el criterio de la prestación más favorable para el beneficiario que recoge el artículo 131.bis.3 de la Ley General de la Seguridad Social".

La Sentencia 7653/2003, de 01/12/2003, (Nº de Recurso: 3569/2002), pone de manifiesto la compleja relación no resuelta entre la incapacidad temporal y sus prórrogas y extensiones con la declaración de incapacidad permanente y los tiempos para efectuarla. El contenido de la Sentencia es toda una lección sobre la materia, con la base conceptual que caracterizaba al Magistrado Desdentado.

Es necesario comenzar por el análisis de los artículos 131. bis y 136 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con las normas contenidas en el Real Decreto 1300/1995 y en la Orden de 18 de enero de 1996. El artículo 131.bis de la Ley General de la Seguridad Social establece que el subsidio de incapacidad temporal se extinguirá por el transcurso del plazo máximo previsto para esta situación en el artículo 128.1.a) de la misma Ley (12 meses más una prórroga de 6 meses) y el número 2 del artículo 131.bis prevé que en este supuesto "se examinará necesariamente, en el plazo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación como inválido permanente". Sin embargo, el párrafo segundo de este apartado dispone que "en aquellos casos en los que, continuando la necesidad de tratamiento médico, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación, ésta podrá retrasarse por el período preciso, que en ningún caso podrá rebasar los treinta meses siguientes a la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal". Estamos, por tanto, ante una prórroga excepcional frente a la normal del artículo 128.1.a) de la Ley General de la Seguridad Social.

Pero en todo caso durante esas prórrogas se mantiene la incapacidad temporal y el abono del subsidio. Así lo indica el actual párrafo tercero del número 3 del artículo 131.bis –párrafo 2º hasta la reforma del 2001– cuando establece que en los supuestos a que se refiere el segundo párrafo del nº 2 –es decir, en la prórroga excepcional larga hasta los 30 meses– 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".

El problema surge cuando, agotado el plazo máximo, la calificación de la situación a efectos del eventual reconocimiento o denegación de una incapacidad permanente no se ha producido. En este caso se abren tres posibilidades: 1ª) extinguir la incapacidad temporal y finalizar el pago del subsidio, aunque el trabajador quede sin protección, 2ª) mantener la prórroga de la incapacidad temporal y continuar abonando el subsidio hasta que se produzca la calificación, momento en que se extinguirá efectivamente la incapacidad temporal, con reconocimiento o no de una incapacidad permanente, y 3ª) otorgar la protección por incapacidad permanente desde el momento de la terminación del plazo de los treinta meses, aunque no exista calificación administrativa en atención a lo que dispone el párrafo cuarto del artículo 136.1 de la Ley General de la Seguridad Social, a tenor del cual "también tendrá la consideración de invalidez permanente, en el grado que se califique la situación de incapacidad que subsista después de extinguida la incapacidad temporal por el transcurso del plazo máximo de duración señalado para la misma en el apartado a) del número 1 del artículo 128".

La primera opción, debe excluirse, porque sería contrario a los fundamentos del sistema excluir la protección de una situación de necesidad por el hecho de que las entidades encargadas de iniciar el procedimiento de calificación de la incapacidad permanente (el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Servicio Público de Salud competente y la mutua, de conformidad con los artículos 4 del Real Decreto 1300/1995 y 3 y 5 de la Orden de 18 de enero de 1996) no lo hayan hecho, sin que la posibilidad de que el interesado pueda instar esa calificación justifique el desplazamiento hacia él de los efectos de esa omisión, especialmente cuando se ha aplicado la prórroga extraordinaria de la incapacidad temporal para poder efectuar una calificación más ajustada a la situación clínica del interesado.

Tampoco puede aplicarse la tercera solución, porque la misma no es automática, sino que requiere un acto de calificación, como se desprende de la propia naturaleza de la prestación de incapacidad permanente que, a diferencia de lo que sucede con la incapacidad temporal varía en función del grado reconocido, y porque así lo dispone el artículo 136.1.4º de la Ley General de la Seguridad Social; norma que se refuerza en el segundo inciso de ese párrafo

cuando señala que ese paso a la situación de incapacidad permanente no se producirá en el supuesto previsto "en el segundo párrafo del número 1 del artículo 131.bis, en el cual no se accederá a la situación de invalidez permanente hasta tanto no se proceda a la correspondiente calificación". Esta solución supondría además la aplicación del procedimiento de calificación con el plazo de resolución que hoy prevé el Real Decreto 286/2003; demora que lógicamente debería excluirse si ya no se abonan las prestaciones de incapacidad temporal.

Por ello, la solución más conforme a las finalidades de la norma, concluye la Sentencia, es la de entender que también en el supuesto de superación del plazo máximo de la prórroga extraordinaria se aplica la regla del párrafo tercero del número 3 del artículo 131. bis de la Ley General de la Seguridad Social, que prevé que "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". Es cierto que el párrafo segundo del número 2 del artículo 131.bis fija un plazo máximo de treinta meses. Pero, como ya se ha dicho, ese plazo se concede para que en él se proceda a la calificación de la incapacidad permanente.

Por otra parte, es importante poner de relieve que la regla del artículo 131.bis.3.3º sobre el plazo máximo no va dirigida al interesado, que ningún poder tiene en el procedimiento de calificación, sino a la entidad gestora, que es la que tiene que realizar la calificación, que "podrá retrasarse por el período preciso", pero sin rebasar "en ningún caso" los treinta meses mencionados. No es el trabajador el que ha incumplido la norma y no debe, por ello, sufrir las consecuencias de la demora en la calificación, sin perjuicio de las responsabilidades de compensación que pudieran producirse entre la gestora y la mutua, como consecuencia del retraso y de la imputación de la causa del mismo.

De lo referido queda claro la finalidad del plazo y a quien obliga, quedando el trabajador al margen de cualquier consecuencia sobre la demora en la calificación de la incapacidad permanente.

La Sentencia 6490/2009, de 22/09/2009, (Nº de Recurso: 4509/2007), resuelve una cuestión que caracteriza a las reglas de ordenación del Régimen Especial de Trabajadores por cuenta Propia o Autónomos, a saber, la invitación al pago cuando el trabajador no está al corriente de sus obligaciones de cotización. El supuesto concreto centra el debate en la determinación de las prestaciones que quedan bajo el paraguas de la "invitación", en este caso la incapacidad temporal. Igualmente, adquiere relevancia el juego del aplazamiento, en ocasiones utilizado de forma indebida para salvar los efectos del incumplimiento de la obligación de cotizar. Finalmente y como doctrina singular, la Sentencia analiza y resuelve la relación entre la titularidad del ofrecimiento o de la invitación y los efectos de su no utilización.

Para analizar la situación, la Sentencia procede con buen criterio a seguir la compleja evolución normativa en la materia. El artículo 28 del Decreto 2530/1970 , por el que se establece y regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos, no se refiere a las prestaciones de incapacidad temporal, porque en ese momento las indicadas prestaciones no estaban comprendidas en la acción protectora del régimen especial. Posteriormente, la Orden de 28 de julio de 1978, que desarrolla el Real Decreto 1774/1978 sobre incorporación de la incapacidad temporal como prestación voluntaria al RETA, menciona el requisito de hallarse al corriente en el pago de las cuotas, pero no contempla de manera expresa la aplicación de la invitación al pago. Esa regulación cambia con el Real Decreto 43/1984 , que, al remitirse a la regulación del Régimen General, llevó a esta Sala a mantener en su sentencia de 16 de mayo de 1992, que no era aplicable el requisito de hallarse

al corriente. Pero la regulación posterior del artículo 3.2 Real 2110/1994 determinó un cambio de criterio, como puede verse en nuestras sentencias de 28 de mayo de 2003, 26 de abril de 2004, 30 de septiembre de 2004, 18 de noviembre de 2004, 24 de enero de 2006, 23 de mayo de 2006 y 4 de octubre de 2006, que apreciaron la aplicación de la exigencia de hallarse al corriente del pago de las cuotas en la prestación incapacidad temporal, excluyendo además algunas de estas resoluciones la moderación de esta exigencia mediante la denominada invitación al pago por parte de la entidad gestora, por las razones que se exponen con detalle en la sentencia de 30 de septiembre de 2004.

El cambio definitivo se produce como consecuencia de la Ley 52/2003 que incorporo la nueva disposición adicional 39ª de la Ley General de la Seguridad Social. Esta norma, que rige desde 1 de enero de 2004, refiere a todas las prestaciones tanto el requisito de hallarse al corriente del pago de las cuotas, como "la aplicación del mecanismo de invitación al pago" en los términos del artículo 28.2 del Decreto 2530/1970.

Es cierto, que el precepto referido no alcanza, por la remisión que el mismo realiza al artículo 27 del propio Decreto , a la incapacidad temporal. Pero ello no significa que se excluya a esta prestación de la invitación al pago, pues la falta de mención se explica porque cuando se aprobó el Decreto 2530/1970 no existía esa prestación en el RETA.

Esta conclusión se confirma a la vista de lo dispuesto en los artículos 5 y 12 del Real Decreto 1273/2003. El primero, incluido en el capítulo I , dedicado a la cobertura de las contingencias profesionales, que incluyen el subsidio de incapacidad temporal, establece que "será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de las prestaciones que los interesados estén afiliados y en situación de alta o asimilada, así como que, con excepción del auxilio por defunción, se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social", añadiendo que de "no ser así, se les cursará invitación en los términos y con los efectos previstos en el artículo 28 del Decreto 2530/1970". Podría objetarse que el artículo 28 sigue sin incluir la incapacidad temporal, pero, aparte de lo ya indicado, el artículo 12 del Real Decreto 1273/2003, que está incluido en el capítulo II relativo a la incapacidad temporal de los trabajadores por cuenta propia, prevé que "en los supuestos a que se refiere este capítulo, será requisito indispensable para el reconocimiento del derecho a la prestación por incapacidad temporal que el interesado se halle al corriente en el pago de las correspondientes cuotas a la Seguridad Social, sin perjuicio de los efectos de la invitación al ingreso de las cuotas debidas en los casos en que aquélla proceda".

De esta forma, el artículo 5 menciona todas las prestaciones salvo el subsidio de defunción y el artículo 12, específico de la incapacidad temporal, se refiere expresamente a la invitación que ya de forma inequívoca se prevé para la prestación de incapacidad temporal. La referencia final del párrafo primero a los casos en que aquélla -la invitación- proceda no puede tener la intención de excluir la incapacidad temporal del juego de esa invitación, porque el precepto se refiere precisamente a esta prestación y no tendría sentido establecer la invitación para esa prestación y luego excluirla.

Con toda lógica y buscando explicación razonable , la Sentencia entiende que la excepción está apuntando a otros supuestos en los que la invitación no resulta aplicable, como pueden ser, por ejemplo, aquellos en que no se reúne por el solicitante el periodo de cotización necesario para causar derecho a la prestación.

Como conclusión se determina, en consonancia con la doctrina de la propia Sala Sentencias de 10 de febrero de 2009 y 22 de abril de 2009, que no puede denegarse la prestación de incapacidad temporal, por no hallarse el solicitante al corriente en el pago de las

cuotas, sino que la entidad competente para la gestión de la prestación estaba obligada a cursar la invitación en los términos del artículo 28.2 del Decreto 2530/1970.

La segunda cuestión planteada y también con doctrina consolidada de la Sala, refiere a la eficacia del aplazamiento para encontrarse el actor al corriente de las cotizaciones. En esta materia, las distintas ordenaciones que se han sucedido en el tiempo son de contenido similar, a saber, : la concesión del aplazamiento, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en este Reglamento y en la resolución que lo conceda, dará lugar, en relación con las deudas aplazadas, a la suspensión del procedimiento recaudatorio y a que el deudor sea considerado al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social" (el artículo 31.3 del reglamento aprobado por el Real Decreto 1415/2004).

También la cuestión ha sido unificada por la Sala –a sentencia de 4 de mayo de 2004, reiterando el criterio ya establecido por las sentencias de 12 de julio de 2002 y 26 de junio de 2003–, precisándose que “para cumplir el requisito de estar «al corriente», a efectos de reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social, la concesión del aplazamiento de pago ha de producirse con anterioridad a la fecha del hecho causante de la prestación de que se trate, pues es en ese momento –y no con posterioridad– en el que hay que reunir los requisitos para el acceso a la protección”.

Hay que tener en cuenta que, conforme al artículo 28.2 del Decreto 2530/1970 , el destino de la prestación está en función de la respuesta del solicitante a la invitación, de forma que: 1º) si las cuotas se ingresan en el plazo legal, la prestación se reconoce, 2º) si no se ingresan, no se reconoce, 2º) pero si se ingresan con retraso, la prestación se reduce en un 20% o su devengo se retrasa hasta el momento del pago, según se trate de prestaciones de pago único y subsidios temporales o pensiones.

Del conjunto de la doctrina planteada, conviene destacar la interpretación efectuada del artículo 28.2 del Decreto 2530/1970. En efecto, la Sentencia afirma que el precepto “debe entenderse en lo que se refiere a la invitación al pago como un precepto que otorga una facultad de configuración jurídica en orden a condicionar el reconocimiento de la prestación al abono de las cuotas debidas. Pero si la gestora competente no ejercita esta facultad en el momento oportuno –es decir, antes de pronunciarse sobre el reconocimiento de la prestación–, ya no podrá condicionar en el futuro ese reconocimiento a que el solicitante se ponga al corriente del abono de las cuotas, sin perjuicio de que puede recurrir a otros medios de cobro, entre ellos el descuento de la propia prestación”.

La Sentencia 6432/2005, de 24/10/2005, Nº de Recurso: 2173/2004, analiza otro tema complejo, la coordinación de efectos económicos entre la incapacidad temporal prorrogada hasta la declaración de incapacidad permanente y los efectos de las pensiones en los grados de incapacidad total y absoluta. Junto a ello, se analiza las distintas soluciones que se plantean cuando la prestación de incapacidad temporal ha sido mejorada por la empresa.

El punto de partida es claramente expuesto por la Sentencia en armonía con la doctrina de la Sala, dictada en relación con los efectos tanto de las declaraciones de incapacidad permanente total como de las de incapacidad permanente absoluta. En ambos casos se trata, de prórrogas de la situación de incapacidad temporal que se regulan por lo dispuesto en el artículo 131.bis.3 de la Ley General de la Seguridad Social , que prevé que durante la prórroga se continúa abonando la prestación de incapacidad temporal hasta el momento de la calificación de la incapacidad permanente; momento en que se inician las prestaciones correspondientes a esta situación, salvo que sean superiores a las que venían percibiéndose en cuyo caso se retrotraen al momento en que se haya agotado la incapacidad temporal. La diferencia práctica consiste en que mientras normalmente en los procesos de incapacidad permanente total la

pensión reconocida es de cuantía inferior al subsidio de incapacidad temporal, cuando se trata de una pensión de incapacidad permanente absoluta suele suceder lo contrario.

En aquellos supuestos en que el tránsito es de la incapacidad temporal a la incapacidad permanente absoluta, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2000 señala que, de acuerdo con los preceptos legales aplicables, si bien se prorroga la situación de incapacidad temporal, "en el caso de que sea declarada en grado de absoluta, se retrotraen los efectos a la fecha de la referida propuesta médica, y se compensa lo percibido por ILT. Por ello, continúa diciendo esta sentencia, es "claro que durante tal período de prórroga, al alcanzarse la indemnización por parte de la Seguridad Social, al 100% del salario realmente percibido o la base de cotización si fuere superior, el complemento (a cargo de la empresa) se ha percibido indebidamente". La doctrina de esta sentencia consiste en aplicar al complemento, a falta de una regulación específica, el criterio legal en el tránsito de la incapacidad temporal a la incapacidad permanente. Por ello, si el trabajador ha percibido durante el período de retroacción cantidades superiores a las que eran objeto de garantía durante la incapacidad temporal, debe realizarse el correspondiente reajuste.

Ahora bien, las singularidades de los efectos de la declaración de incapacidad permanente total o absoluta y su posible efecto retroactivo, no determinará siempre la pérdida absoluta del complemento como tal, sino un reajuste de la garantía. Lo que la empresa se ha comprometido es a garantizar que durante la incapacidad temporal el trabajador percibirá el 100% de la remuneración de referencia. El efecto retroactivo del reconocimiento de la incapacidad absoluta no elimina esa garantía, sino que determina un reajuste en el cálculo de la misma, de forma que el complemento se seguirá abonando si el importe de la pensión de incapacidad absoluta pagado retroactivamente no alcanza el 100% del salario garantizado. Lo que sucede es que el complemento se abonará sólo en la cantidad necesaria para alcanzar el importe garantizado y no se abonará si el importe de la pensión es igual o superior al salario garantizado. Es así, porque el efecto retroactivo de la pensión no termina con la situación de incapacidad temporal prorrogada y porque a lo que la empresa está obligada es a una garantía, que no puede alcanzar a dar al trabajador, como consecuencia de la retroacción, más de lo que percibía como salario, salvo en el caso especial de la gran invalidez.

En definitiva, no hay tal pérdida, porque el trabajador conserva la percepción garantizada, sin perjuicio de que tenga que devolver el exceso que sobre esa garantía se ha producido, como consecuencia de la retroacción del pago de la pensión de incapacidad permanente absoluta.

La Sentencia 6441/2005 de 24 de octubre, (Nº de Recurso: 1918/2004), desarrolla un análisis exhaustivo sobre el instituto que debe aplicarse, prescripción o caducidad, a la reclamación que afecta al cálculo de la base reguladora de la pensión. La Sentencia pone de manifiesto la difícil aplicación del bien jurídico protegido por ambos institutos a la esfera de la Seguridad Social, hasta el punto de plantearse su correcta o incorrecta utilización en términos técnico jurídicos, singularmente referida a la caducidad.

En este orden, hay que tener en cuenta que en la Ley General de la Seguridad Social se regulan dos instituciones en orden a la extinción de los derechos de Seguridad Social: la prescripción, a la que se refiere el artículo 43, y la caducidad, regulada en el artículo 44. En nuestro ordenamiento la distinción entre prescripción y caducidad suele vincularse a algunas de sus características en orden a su curso (exclusión de la interrupción en la caducidad) y a su apreciación (a instancia de parte la prescripción y también de oficio la caducidad). Pero la diferencia fundamental se relaciona con el interés jurídicamente protegido en cada una de estas instituciones. Así se afirma que mientras en la prescripción predomina el interés individual del

sujeto pasivo en oponerse a un ejercicio tardío del derecho, en la caducidad está presente el interés general en la rápida certidumbre de determinadas situaciones jurídicas. Desde esta perspectiva, la distinción de los artículos 43 y 44 de la Ley General de la Seguridad Social resulta problemática, hasta el punto que se ha cuestionado que realmente estemos en el caso del artículo 44 ante una auténtica caducidad, porque en el supuesto que regula este artículo no está afectada la certidumbre de una situación jurídica. En efecto, estamos realmente ante un derecho de Seguridad Social reconocido y que va a seguir estándolo, aunque transcurra el plazo establecido por la norma para su caducidad, con lo que el empleo de este término por la ley más que un sentido técnico jurídico tiene una finalidad indicativa más próxima al lenguaje ordinario que identifica la caducidad con la pérdida.

De lo que se trata no es, por tanto, de un derecho potestativo que caduca por su no ejercicio, sino de un pago vencido que se pierde por no haberse cobrado oportunamente, lo que es algo muy distinto. Así el artículo 44 se refiere al derecho al percibo de una cantidad a tanto alzado (número 1) o de una mensualidad (número 2), es decir, que, pese a la inseguridad de la terminología ("derecho al percibo"), se pierden cantidades y no derechos, aunque por la naturaleza de la cantidad perdida en el número 1, el derecho quede vacío de contenido. Pero lo verdaderamente interesante es diferenciar el supuesto del derecho a la prestación-. La diferencia está clara y hay que interrogarse sobre la finalidad perseguida en cada una de las normas, que, a su vez, han de relacionarse con la finalidad de protección social, que es propia de nuestro sistema de Seguridad Social. Es obvio que para la Seguridad Social no tiene la misma importancia la pérdida de un pago que la pérdida de un derecho, y no la tiene, porque mientras que la pérdida de un derecho compromete de forma irreparable la finalidad última del sistema, que es la protección de una situación de necesidad, en la pérdida de un pago esta finalidad no está comprometida, pues subsiste el derecho a las mensualidades no caducadas, y además se parte de que esa situación de necesidad no sería tan apremiante si, teniendo el derecho reconocido, el beneficiario no ha reclamado su abono.

Esta distinción es básica para afrontar el tema debatido, pues para que juegue el supuesto del artículo 44 es esencial constatar la pasividad del beneficiario, al no exigir el pago de un derecho reconocido. Ahora bien, cuando lo que se discute es una diferencia en el importe de la pensión que no ha sido incluida en el acto inicial de reconocimiento, es evidente que se reclama contra una falta de reconocimiento de una parte del derecho y no contra la falta de pago de un derecho ya reconocido. Estamos, por tanto, en el supuesto del artículo 43 de la Ley General de la Seguridad Social –prescripción de cinco años– y no en el supuesto del artículo 44 –plazo de un año–, al tratarse de un reconociendo incompleto del derecho.

Como se ha podido observar en las sentencias analizadas el magisterio Aurelio Desdentado se traducía una visión reflexiva y conceptual del complejo entramado normativo de la Seguridad Social.