

Las Pensiones No Contributivas como proyección social y normativa del artículo 41 de la Constitución

Tesis presentada para la colación del
grado de doctor por el doctorando:

Josep Fargas Fernández

Universitat Pompeu Fabra
Departament de Dret
Noviembre del 2001

ÍNDICE GENERAL

I-	ANTECEDENTES NORMATIVOS Y CONTEXTO SOCIAL DE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS	
1.	La realidad social circundante	1
2.	Prestaciones existentes que total o parcialmente eran de carácter no contributivo	4
3.	Primeros pasos hacia una ley de pensiones no contributivas	17
II-	EL CAMPO DE APLICACIÓN DE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS	
1.	Los actos de encuadramiento y la modalidad no contributiva de la Seguridad Social	24
2.	Los sujetos protegidos y la nacionalidad como elemento relevante	30
2.A:	Instrumentos jurídicos internacionales de carácter multilateral	45
2.B:	Tratados bilaterales entre España y otros países	64
2.C:	Tratados entre la Comunidad Europea y terceros países	82
2.D:	Los ciudadanos de la Unión Europea y asimilados	88
III-	REQUISITOS QUE SE EXIGEN PARA CAUSAR UNA PENSIÓN NO CONTRIBUTIVA	
1.	El requisito común de la residencia en territorio nacional	90
2.	El requisito común de haber residido durante un cierto tiempo en España	106
3.	El requisito común de la carencia de rentas o ingresos	132
3.A:	Los sujetos relevantes	133
3.B:	El concepto de renta	166
3.C:	El período de evaluación	196
3.D:	El importe de los ingresos suficientes y reglas de cálculo	202
4.-	El requisito común de tener una determinada edad	219
4.A:	La edad en la pensión no contributiva de invalidez	219
4.B:	El requisito de la edad en la pensión no contributiva de jubilación	229
5.-	Requisito específico: el grado de minusvalía	231
5.A:	El concepto de minusvalía y otros con él relacionados	231
5.B:	El baremo español para evaluar el grado de minusvalía	238
5.C:	La Lógica borrosa: concepto, su introducción en las Ciencias Sociales y su aplicabilidad a la Seguridad Social	262
5.D:	Los factores sociales complementarios.	265
5.E:	Método para determinar el grado de minusvalía	269
IV-	IMPORTE, DINÁMICA Y GESTIÓN DE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS	
1.	El importe de la prestación	285

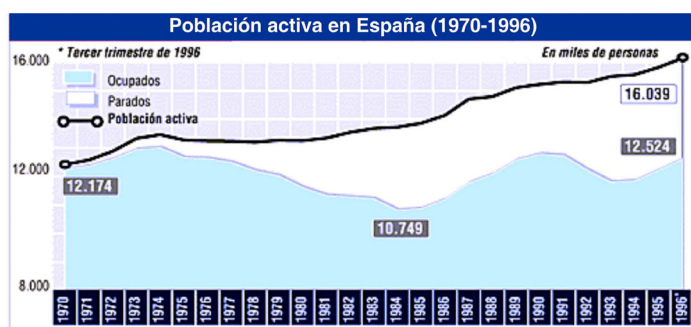
1.A: Reglas generales, e importe inicial para un beneficiario	285
1.B: El importe inicial cuando conviven varios beneficiarios	288
1.C: Reducciones al importe inicialmente calculado	294
1.D: Correcciones al importe de la pensión, tras el cálculo de las reducciones del importe inicial	300
2.- La gestión de las pensiones no contributivas	308
2.A: El marco constitucional de distribución competencial	308
2.B: Asistencia social y Seguridad Social como materias relacionadas	318
2.C: La distribución competencial en materia de pensiones no contributivas	329
3.- Pago de las pensiones no contributivas	357
4.- Responsables del pago de las pensiones	374
4.A: Responsabilidad por incumplimientos empresariales	374
4.B: Responsabilidad por actos de terceras personas	386
4.C: Entidades responsables de la gestión y pago de las pensiones	388
5.- La revisión del grado de minusvalía	392
6.- La revisión administrativa de los requisitos de residencia, carencia de rentas y edad	407
7.- La camaleónica transformación de las pensiones: la invalidez se reviste de jubilación	410
8.- La compatibilidad entre las pensiones no contributivas y el trabajo	413
9.- La incompatibilidad entre las pensiones no contributivas y otras prestaciones	421
10.- La revisión judicial de la gestión	431
V- EPÍLOGO:	
1. Pensiones no contributivas: justificación de esta calificación	434
1.A: Las distintas acepciones de la terminología usada	434
1.B: El concepto de contributividad en las normas legales	440
1.C: Escoger una de Las facetas de la contributividad	447
2. Pensiones de vejez e invalidez: acerca de las contingencias y las rentas escasas	452
3. Pensiones de Seguridad Social en el marco del artículo 41. C.E.	456
VI- BIBLIOGRAFÍA CITADA	459
Índice detallado de materias	500

I- ANTECEDENTES NORMATIVOS Y CONTEXTO SOCIAL DE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS

1. LA REALIDAD SOCIAL CIRCUNDANTE^[1]

Desde mediados de los años setenta y en la década de los ochenta se produjeron en España -siguiendo una tendencia ya manifestada en toda Europa- una serie de cambios sociales que invitaron a replantear la estructura protectora de nuestro sistema de Seguridad Social. Hasta aquel momento nuestro sistema de base contributiva se había expandido progresivamente al conjunto de la población activa y, aunque con importantes diferencias, quedaban pocos sectores productivos que no se hallasen protegidos -aunque fuese con una intensidad mínima- de los principales riesgos sociales siguiendo el ideal de cobertura marcado por el Convenio 102 de la OIT. El primero de estos cambios fue la existencia de un número creciente de personas activas que no encontraban empleo debido a un conjunto de factores entre los que pueden destacarse: el cambio de signo de las migraciones (entre 1971 y 1990 retornaron unos 600.000

El aumento del número de parados.



emigrantes españoles, y en los cinco años posteriores unos 400.000 más), la evolución demográfica (antes de que llegara la actual caída de la natalidad, en España en 1974 se alcanzó el record de 682.000 nacimientos en un año), la

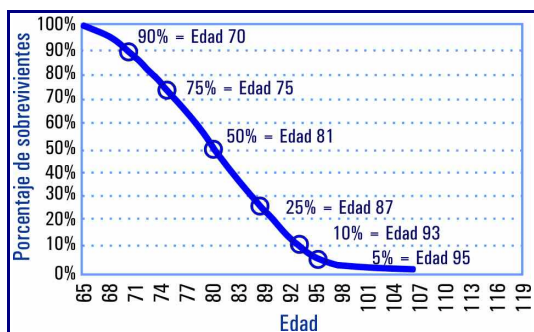
creciente incorporación de las mujeres al trabajo por cuenta ajena (la población activa masculina apenas varió de 1970 a 1995, la femenina aumentó en unos tres millones de trabajadoras). Como resultado de ello, aumentó progresivamente el número de personas en paro que demandaban un empleo, como puede verse en el gráfico adjunto^[2] que nos muestra en una perspectiva de veinticinco años que un número creciente de personas no contaba con recursos económicos como fruto de su trabajo; podemos intuir a la vista

[1] Existen dos importantes publicaciones que recogen estudios preparatorios de la realidad social y jurídica preexistente a la instauración de las pensiones no contributivas. Las citas en las páginas que siguen en cada una de las ocasiones que algo de lo expuesto reproduce o se inspira en lo en ellas recogido serían muy numerosas, por lo que se deja constancia aquí de su papel de obras de referencia en este tema. Estas obras son: la que figura en la bibliografía citada como CONGRESO, 1990, que recoge en tres tomos el material entregado a los diputados del Congreso como documentación de apoyo para el estudio del proyecto de Ley del que resultaría la Ley 26/1990; y la que se cita como GONZALO, 1990, por ser Bernardo Gonzalo quien coordinó el grupo que en la Secretaría General para la Seguridad Social realizó los estudios preliminares a la presentación del proyecto de ley, un resumen de los cuales se publicó en el citado libro.

[2] MISSÉ, 1996.

del mismo que ante un creciente y sostenido desempleo, las cotizaciones de los empleados no podían ser el único criterio de acceso a la protección social. Hasta el inicio de este período, la Seguridad Social cumplía con la función asignada: por una parte proteger a quienes trabajaban; por otra, garantizar al pasivo un nivel de vida similar al que tuvo durante su actividad. La Seguridad Social no protegía a quien no había trabajado, ya que si -en términos generales- habían tenido sus necesidades cubiertas sin necesidad de trabajar, podía suponerse oficialmente que también las tendrían cubiertas cuando se viesan impedidas de hacerlo. Pero tal presunción chocaba con la realidad del creciente número de personas involuntariamente excluidas del mercado de trabajo, que pertenecía mayoritariamente a unos segmentos bien determinados de trabajadores: en especial en toda Europa los que se hallaban en la franja de edad entre 55 y 64 años -es decir, quienes se hallaban en las edades más próximas a las de la jubilación- fueron quienes perdieron mayoritariamente su trabajo, por ejemplo: en Finlandia los hombres activos de esta franja de edad entre 1960 y 1985 pasaron de un porcentaje del 83,2% al 57,8%; en Alemania, del 83% al 57,5%; en Francia, del 80,3% al 50,1%, etc.^[3].

Los datos de la OCDE señalan asimismo que en toda Europa se producía un creciente



Sobrevivientes de una cohorte de nacidos en 1937

alargamiento de la esperanza de vida, de forma que -como puede verse en la ilustración adjunta- de quienes lleguen a los 65 años, puede preverse que un 10 por ciento morirá en el término de cinco años, pero un cinco por ciento vivirá más de 30 años, y la mayoría de personas se ubican en algún lugar de este arco, siendo muy difícil pronosticar individualmente y planificar en

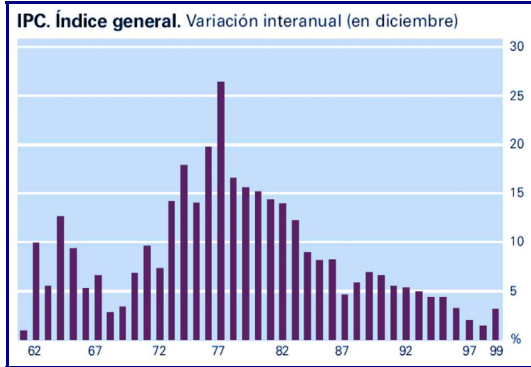
La diversidad de esperanza de vida y las oscilaciones del IPC.

base a los ahorros personales y familiares las necesidades económicas futuras de tales personas^[4]; únicamente un sistema de previsión que contemple a un gran número de personas y diluya las posibles variaciones individuales puede ofrecer un cálculo seguro de las necesidades vitalicias. A ello debe añadirse que incluso en situaciones de tasas de inflación modestas para períodos de invalidez o jubilación suficientemente largos debe tenerse en cuenta y corregirse la erosión que sufren los recursos monetarios: según las simulaciones realizadas un pensionista tras treinta años con una inflación que de promedio no superaba el 2% (caso de Alemania hasta los años 70) percibiría poco más de la mitad del valor de su pensión inicial; si el promedio de inflación hubiese sido del 5% (caso de Japón hasta los años 90) el valor de lo que percibiría finalmente el pensionista sería únicamente del 15% de su pensión inicial; y -evidentemente- con

^[3] KOLBERG, 1989, página 106.

^[4] AISS, 1998, páginas 49 y 50.

promedios de inflación superiores (del 10% o del 15% como sería el caso del Reino Unido o de Italia hasta los años 70) el valor residual de lo percibido por nuestro imaginario pensionista no superaría respectivamente el dos o el cinco por ciento de lo inicialmente reconocido; ello nos lleva a concluir que los mecanismos de revalorización

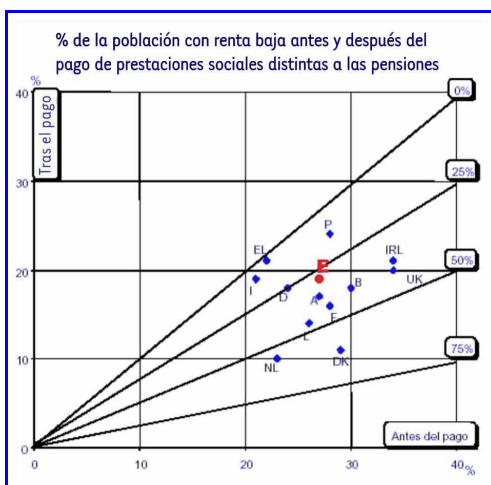


son muy importantes, y que cualquier error de cálculo -como los que una persona individual puede cometer- en la planificación de inversiones destinadas a asegurar las rentas de las personas inactivas, puede tener consecuencias desastrosas para la continuidad de un determinado nivel de vida. En España la inflación ha sufrido históricamente oscilaciones muy importantes:

las cifras actuales que oscilan entre el 2 y el 4 por ciento anual no deben hacernos olvidar lo abultado de las cifras pasadas de inflación que reflejamos en el gráfico adjunto^[5] proporcionado por el Instituto Nacional de Estadística. Recopilando: un número creciente de personas no hallan trabajo o lo hallan muy precario, careciendo de la protección social del sistema contributivo, y simultáneamente las personas ven que sus necesidades futuras de ingresos aumentan en el tiempo y son más difíciles de prever por parte de un individuo aislado.

La Seguridad Social, además de los retos derivados del creciente envejecimiento de la población que -aunque puedan requerir decisiones actuales- se plantearán en el futuro, debía plantearse un giro en su política de protección destinada a los emergentes grupos de personas en situación de necesidad, que no se producen con una distribución uniforme en el conjunto de la población, sino que tienden a concentrarse en determinados grupos para los que aumenta la desigualdad de renta, como -por ejemplo-

La eficacia de la Seguridad Social para reducir las desigualdades.



las personas de mayor edad. En todos los países europeos la Seguridad Social ha sido un importante elemento para reducir las desigualdades sociales, y a la misma se ha dedicado un porcentaje creciente de la renta nacional, si bien con importantes diferencias entre los diversos países, ya que existen notables diferencias en la capacidad de los sistemas para reducir la desigualdad social: aparte de las pensiones vinculadas al empleo, otras prestaciones como los subsidios por

[5] INE, 2000.

desempleo, o enfermedad, la calidad de la asistencia sanitaria, etc. afectan de forma desigual según los países al bienestar de la población. En todos los países el número de personas que se hallan por debajo de un determinado nivel de rentas se reduce debido a la acción de la Seguridad Social, pero mientras en Grecia, Italia y Portugal el porcentaje de reducción se halla entre el 7% y el 15%, en Dinamarca y en Holanda se aproxima al 60% ^[6].

La reducción de las desigualdades sociales y de la pobreza no es ni la finalidad exclusiva de la Seguridad Social, ni puede descansar exclusivamente en ella. Por ejemplo, uno de los instrumentos relevantes es la mejora de las posibilidades de empleo, el nivel de renta y -en general- las condiciones de vida de los ciudadanos es la mejora de los niveles educativos; se ha podido comprobar en todos los países europeos que la tasa de desempleo y el nivel de renta se hallan relacionados con el nivel de estudios^[7]. Por ello, puede afirmarse que el incremento del gasto público en educación, que pasó en España del 1,78% del PIB en 1975 al 4,77 en 1993, con un vertiginoso incremento del número de estudiantes del nivel superior, que se ha triplicado en los últimos veinte años, ha contribuido a la mejora de las condiciones de vida de muchas familias^[8].

La educación como factor relevante.

2. PRESTACIONES EXISTENTES QUE TOTAL O PARCIALMENTE ERAN DE CARÁCTER NO CONTRIBUTIVO

En una época caracterizada por los incrementos de productividad con una reducción del número de personas empleadas, podían hallarse los recursos económicos de riqueza nacional para reforzar el sistema de Seguridad Social de forma que pudiese realizar la función estabilizadora del sistema^[9], pero la ampliación del sistema de Seguridad Social no podía basarse en el tradicional esquema contributivo profesional, por cuanto se trataba precisamente de ayudar a los excluidos del sistema productivo; en consecuencia, la expansión y generalización de la protección social debía basarse en prestaciones que pudieran causarse sin una vinculación directa a períodos previos de empleo y cotización. En el ámbito de la protección social, la mejora de las condiciones de salud figuran como el objetivo prioritario, porque los problemas de salud conducen a la pobreza e

La atención a la salud y la pobreza.

^[6] COM-Tendencia, 2000, páginas 8 y 9.

^[7] COM-Tendencia, 2000, página 10.

^[8] En el curso 1975-75 había 539.002 estudiantes universitarios; y en 1994-95, según datos del Consejo de Universidades, los matriculados en las Universidades españolas superaban el millón y medio. MURILLO, 1997., Capítulo X (Educación Superior) y Anexo final estadístico. Para una comparación europea de la evolución de la enseñanza en los últimos años véase: EURYDICE, 2000. Con el informe sobre España en las páginas 283 y ss.

^[9] Finalidad latente de los sistemas de Seguridad Social, paliando las desigualdades más extremas. ALARCÓN, 1991, páginas 31-32.

inversamente la pobreza es un factor de enfermedad^[10]; y por ello la extensión de la asistencia sanitaria a toda la población, y en especial a las personas que carezcan de recursos económicos suficientes^[11] es, de todas las prestaciones de Seguridad Social^[12] que se prestan sin una estricta vinculación a los períodos de cotización previa, la que seguramente ha contribuido en mayor medida a asegurar un mínimo bienestar social a todos los ciudadanos; las prestaciones sanitarias suponen actualmente un 30% del gasto total de la Seguridad Social y el 4,4% del PIB^[13].

En el artículo 86 LGSS, y tras las menciones a la asistencia sanitaria y a las pensiones no contributivas, se mencionan como de naturaleza no contributiva los complementos a mínimos de las pensiones, que son los importes con los que se complementa la cuantía de la pensión -en algún caso, subsidio- reconocida según las reglas generales de cálculo establecidas para cada prestación, cuando se dan dos circunstancias: que el importe inicialmente calculado fuese inferior al mínimo que anualmente el legislador establece como garantía mínima para cada prestación resultante, y que el beneficiario (personalmente, las rentas familiares son a estos efectos irrelevantes) no perciba rentas superiores a un determinado límite. Se cumple así con la obligación (arts. 41 y 50 CE) de los poderes públicos de garantizar un importe 'suficiente' a quien superó los requisitos que en su momento se exigían para causar una prestación contributiva, sin que el citado complemento guarde relación alguna con lo cotizado con anterioridad sino que el importe del mismo únicamente puede variar en función de dos elementos: la contingencia protegida (el mínimo garantizado no es uniforme), y los otros ingresos que perciba el beneficiario^[14]. Complementando el complemento, se garantiza un importe superior a los pensionistas que tengan un «cónyuge a cargo», siempre que los ingresos de ambos (los de otros familiares, en todo caso, son indiferentes) no superen un determinado límite.

Los complementos para alcanzar una pensión mínima.

[10] BRUNDTLAND, 1999.

[11] Como norma que tiende a completar esta universalización debe destacarse el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre (BOE de 9-sep-1989).

[12] Claramente de Seguridad Social aunque en algún momento se pretenda considerar la asistencia sanitaria como perteneciente a un sistema pretendidamente autónomo. Pretensión ajena a la realidad de que de los aproximadamente 4 billones de pesetas dedicados a gasto sanitario en 1998, 3,6 se canalizaron a través de la Seguridad Social. LÓPEZPEN, 1999.

[13] CES, 2001, página 643. este porcentaje permanece prácticamente constante en los últimos años.

[14] Como detalle interesante puede señalarse que, a diferencia de lo que sucede en las pensiones no contributivas, el reglamento por el que se regulan estos complementos y que -en lo básico se repite año tras año- el cálculo de los ingresos se remite a la legislación fiscal, y expresamente se señala que se deducirán tanto del salario como de los ingresos profesionales los que la normativa fiscal señale como deducibles.. Art. 5.2 del Real Decreto 3475/2000, de 29 de diciembre (BOE de 30-dic-2000).

En las prestaciones contributivas que se causan por quienes sobreviven a un trabajador afiliado, las prestaciones no se conceden en virtud de las cotizaciones del propio beneficiario sino por lo cotizado por otra persona; en el caso de las prestaciones que pueden concederse a algunos familiares^[15] (nietos, hermanos) la vinculación con el trabajador fallecido parece no ser tan importante como la exigencia de acreditar una especial necesidad económica que no va a presumirse legalmente por la simple ausencia del fallecido, sino que deberá demostrarse la carencia de otros ingresos propios, y la ausencia de otros familiares obligados a proporcionar alimentos, por lo que han sido consideradas por algunos como prestaciones parcialmente asistenciales y no puramente contributivas. Asimismo en las pensiones por gran invalidez (art. 139.4 LGSS), el incremento del 50 por ciento del importe de la pensión se concede en parte en base a lo cotizado por el beneficiario, pero en parte contemplando su específica situación de necesidad; la comparación con la incapacidad temporal nos mostrará la diferencia, ya que en la incapacidad temporal, aunque el beneficiario esté gravísimo y precise muchas atenciones, el importe del subsidio se calcula únicamente aplicando un porcentaje a la base de cotización (art. 129 LGSS), sin diferencia alguna con quienes sufren un proceso más leve que aunque les imposibilite para el trabajo les permita realizar personalmente las más elementales tareas de su vida diaria; en esta diferencia -el incremento por razón de su específica situación de necesidad- existe un elemento de carácter no contributivo. Asimismo en caso de parto múltiple, la prestación por maternidad -que como regla general se calcula tomando la base de cotización del beneficiario (art. 133 quater LGSS)- se incrementa, en comparación al supuesto normal de prestación por nacimiento de un hijo, en función de este mayor número de personas a las que deberá atender el beneficiario de la prestación. Otras prestaciones que la doctrina ha considerado como de carácter mixto son los subsidios por desempleo, que si bien para causarlos es preciso haber cotizado algún tiempo -salvo el caso especial de quienes han sido liberados tras una condena penal- el cálculo del importe de tales subsidios (art. 217 LGSS) no se efectúa en función de las cotizaciones anteriores sino que, o bien es un importe uniforme, o bien puede variar en función de las personas que vivan a cargo del beneficiario. El recargo que pueden sufrir las prestaciones (art. 123.1 LGSS) por infracción de las medidas de seguridad es un supuesto más de prestación que será percibida por el beneficiario en parte en proporción a lo cotizado al sistema, pero también en buena parte según otras circunstancias que nada tienen que ver con el importe cotizado.

La pensiones mixtas: entre la cotización y la necesidad.

Otras prestaciones de nuestro sistema se conceden considerando como existentes unas cotizaciones que nunca se han producido: las cotizaciones que se presumen como

La pensiones contributivas con cotizaciones inexistentes.

^[15] Art. 176.2 LGSS y art. 22.1 de la Orden de 13 de febrero de 1967 (BOE de 23-feb-1967).

correspondientes a los períodos de prisión amnistiados^[16]; o cualquier prestación en la que entren en el cálculo de la misma el período de cotización ficticia que el art. 180.b) LGSS establece para el primer año de excedencia para cuidar un hijo, y que fue introducido en nuestro ordenamiento junto con las pensiones no contributivas^[17]. Un supuesto muy importante de prestaciones que pueden concederse en base a cotizaciones inexistentes lo constituye el conjunto de prestaciones por accidente de trabajo; aún cuando formalmente son contributivas por cuanto su cálculo se realiza en función de las bases de cotización, para su concesión es muy importante lo dispuesto en el art. 125.3 LGSS, según el cual el incumplimiento total de las obligaciones de afiliación, alta y cotización no perjudicará el derecho a obtener estas prestaciones; no es sólo que la entidad gestora asuma en todo caso el pago anticipándose al empresario incumplidor responsable (ello sucede también en el caso de las prestaciones contributivas por desempleo, o las prestaciones por enfermedad profesional), sino que tales prestaciones pueden no tan sólo no haber existido en la realidad sino que puede causarse una prestación cuando no ha habido ocasión de que tal incumplimiento se produjera porque aún no había nacido la obligación de ingreso de tales cotizaciones, o tales cotizaciones son irrelevantes para causar una prestación: un trabajador que sufre un accidente *in itinere* cuando se dirigía al trabajo por primera vez en su primer empleo, puede causar una pensión vitalicia que se calculará en función de unas cotizaciones nunca efectuadas, que aún no debían haberse ingresado, y que de acuerdo con el art. 124.4 LGSS no serían tomadas en consideración, ya que cualquier prestación causada tras un accidente de trabajo o no, o una enfermedad profesional, se concederá sin exigir período de carencia alguno. Una específica prestación que se concede únicamente en caso de contingencias profesionales son las indemnizaciones baremadas por lesiones permanentes no invalidantes (art. 150 LGSS) que reúnen dos de las características antedichas: pueden concederse sin que haya existido nunca una cotización previa, y su importe se establece con total independencia de la base por la que se cotizó, o debía, o podía haberse cotizado.

[16] Ley 18/1984, de 8 de junio (BOE de 12-jun-1984), en relación con la Ley 46/1977, de 15 de octubre (BOE de 17-oct-1977).

[17] Artículo 3 de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre (BOE de 22-dic-1990) que modificó el que entonces era el art. 167 LGSS.

En 1981 se produjo en España una catástrofe sanitaria denominada normalmente como «síndrome tóxico» que afectó severamente a unas 20.000 personas^[18]; tras largos periplos judiciales se estableció en 1997 por el Tribunal Supremo^[19] la responsabilidad subsidiaria de la Administración que, ante la insolvencia de los principales responsables, fue obligada a pagar indemnizaciones a todos los afectados que ascendieron en conjunto de miles de millones^[20]. Para atender a los afectados se crearon prestaciones específicas para todos aquellos que no tuviesen derecho a las de la Seguridad Social o cualquier otro sistema público de previsión social. Sin embargo, la financiación de tales prestaciones se estableció mediante anticipos de la Tesorería General de la Seguridad Social^[21]. Tales prestaciones podían ser por Incapacidad Laboral Transitoria; Invalidez Provisional; Incapacidad Permanente Parcial, o Total para la profesión habitual, o Absoluta para todo trabajo, o Gran Invalidez; o de Jubilación; o por fallecimiento, etc^[22]; es decir: como mínimo, con el mismo contenido y por las mismas contingencias que las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, incluida la asistencia médica y el reembolso de cualquier gasto farmacéutico; asimismo la valoración de las incapacidades se realizó por los mismos equipos médicos de la Seguridad Social^[23]. Por todo ello, difícilmente pueden no conceptuarse como prestaciones de Seguridad Social y, dado que se concedieron incluso a quienes no habían cotizado a la Seguridad Social, deben considerarse prestaciones no contributivas.

La
prestaciones
no
contributivas
para
afectados del
síndrome
tóxico.

[18] CISAT, 2001 proporciona la cifra de 19.995 afectados tras 18 años de seguimiento. EUROPA PRESS de 11-oct-1999 (9:36 horas) citando fuentes gubernamentales, proporciona la cifra de 17.994 enfermos y 1.742 fallecidos.

[19] STS de 26-sep-1997 (Ar.6366).

[20] El Real Decreto-Ley 3/1999, de 26 de febrero (BOE de 27-feb-1999) ratificado por Resolución del Congreso de 18 de marzo de 1999 (BOE de 26-mar-1999), ordena la ejecución de dicha sentencia. El Real Decreto-Ley 22/1999, de 17 de diciembre (BOE de 18-dic-1999), ratificado por Resolución del Congreso de 22-dic-1999 (BOE de 28-dic-1999) concede un crédito extraordinario para el pago de tales indemnizaciones. Para el pago de las indemnizaciones se ha habilitado a un equipo de tres jueces que se encarga de ejecutar la sentencia. Según datos proporcionados por este equipo (ubicado en la C/ Fuencarral 77 de Madrid) a 27 de julio del 2001 se habían dictado 8700 autos de liquidación por 175.872.037.993 pesetas. La cifra definitiva se estima oscilará entre los 300.000 y los 500.000 millones, ya que las indemnizaciones establecidas por el Tribunal Supremo oscilan entre los 15 millones para los herederos de los fallecidos, y los 50 millones para las incapacidades graves..

[21] Art. 7 del Real Decreto 2448/1981, de 19 de octubre (BOE de 27-oct-1981).

[22] Véase el detalle en la Orden de 23 de noviembre de 1981 (BOE de 27-nov-1981). Mediante el Real Decreto 1276/1982, de 18 de junio (BOE de 19-jun-1982), desarrollado mediante la Orden de 11 de agosto de 1982 (BOE de 14-ago-1982) se creó una ayuda familiar complementaria y se extendieron las ayudas por desempleo a todos quienes al contraer la enfermedad no desarrollaban actividad laboral alguna por causas ajenas a su voluntad.

[23] Tras la disposición adicional sexta de la Orden de 18 de enero de 1996 (BOE del 26-ene-1996) son los equipos de valoración de incapacidades del INSS quienes han asumido tales funciones.

La Ley 45/1960^[24] creó los Fondos Nacionales para la aplicación social del Impuesto y del Ahorro, y creó con cargo a unas nuevas figuras impositivas de carácter finalista el Fondo Nacional de Asistencia Social (FONAS), el Fondo Nacional de Protección al Trabajo, y el Fondo Nacional del Principio de Igualdad de Oportunidades (popularmente: PIO). Inicialmente, del FONAS podían obtenerse ayudas individuales que eran concedidas discrecionalmente y sin mecanismos de control; sin embargo la existencia de las mismas coadyuva al desarrollo de las incipientes asociaciones protectoras de minusválidos^[25]. A partir de 1981^[26] se regula de forma sistemática la concesión de pensiones asistenciales por enfermedad o invalidez y por ancianidad: como requisitos específicos era preciso -respectivamente- haber cumplido los 69 años (edad posteriormente rebajada a los 66 por la Ley de Presupuestos para 1992), o hallarse incapacitado para toda clase de trabajo con una importante precisión: el trabajo cuya capacidad se evaluaba debía ser de los usuales en el lugar de residencia del minusválido, si éste no pudiese trasladarse habitualmente a otra localidad; y como requisito general debía carecer de rentas superiores al importe de la pensión, y de familiares con capacidad económica para prestarle los alimentos regulados en el Código Civil; se excluyeron explícitamente también quienes pertenecieran a una orden o congregación religiosa que les proporcionase una asistencia equivalente, y también aquellos que fuesen poseedores de bienes muebles o inmuebles que indicasen 'notoriamente' que se poseían medios materiales para atender a la propia subsistencia. Las ayudas fueron más numerosas para el supuesto de vejez que para el de enfermedad, ya que éstas últimas^[27] se precisaba que «tendrán carácter excepcional y se concederán discrecionalmente»; cuando el beneficiario se hallaba internado en un centro residencial público o privado, las pensiones se abonaban en dos terceras partes al centro para atender a su manutención, y el resto se entregaba al interesado. Estas pensiones, cuyo mantenimiento a título personal e incompatibilidades se analizarán posteriormente, fueron suprimidas en 1992^[28] por lo que el número de sus beneficiarios desciende progresivamente.

La prestaciones del FONAS por vejez o por incapacidad.

[24] Ley 45/1960, de 21 de julio (BOE de 23-jul-1960).

[25] La mayoría de asociaciones hoy existentes (al menos las de una cierta importancia numérica) se fundaron entre 1960 y 1970, creadas a partir de familiares de quienes sufrían una minusvalía, en especial de los sectores de la burguesía que, además de poder dedicar un cierto tiempo a las mismas, tenían un nivel económico-cultural que les permitía relacionarse con más comodidad con la Administración y obtener resultados tangibles. COROMINAS, 1992, página 302, en base a un estudio de Dolors Mariné.

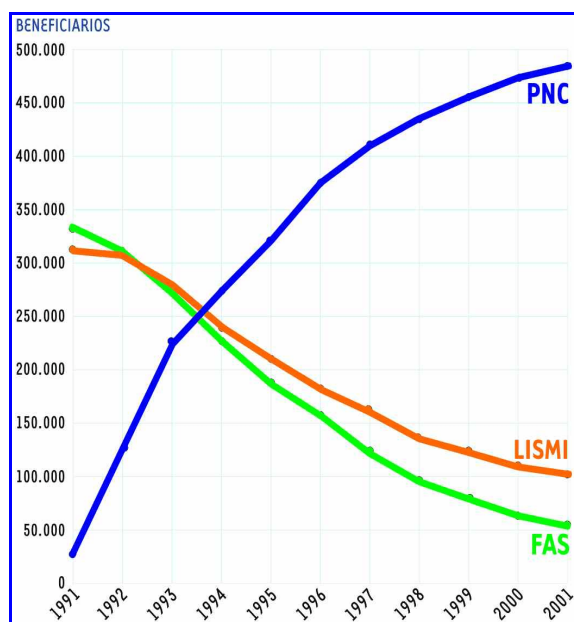
[26] Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio (BOE de 6-nov-1981).

[27] Y sólo éstas, como recuerda SalvadorFx, 1992, página 107 con cita de varias STS.

[28] Por el Real Decreto-Ley 5/1992, de 21 de julio (BOE de 23-jul-1992).

Desde 1976 (fecha del primer anteproyecto), y de forma contemporánea a la discusión de la Constitución de 1978, se inició la elaboración del texto legal que habría de significar el mayor cambio en la filosofía de intervención de los poderes públicos en materia de protección de quienes sufren una minusvalía: la Ley de Integración Social del Minusválido (LISMI) de 1982^[29], que incorporaba los últimos criterios internacionales en

Los subsidios LISMI.



Evolución anual PNC, LISMI, FONAS Fuente: BEL-PNC.

materia de prevención, diagnóstico, educación y trabajo de las personas aquejadas por una minusvalía, y que desarrollaba el artículo 49 CE. Dos años después se instauraron efectivamente^[30] las prestaciones previstas en dicha ley: los subsidios de garantía de ingresos mínimos, el subsidio por ayuda de tercera persona, el subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte, además del derecho a la asistencia sanitaria. Los dos primeros subsidios fueron derogados al instaurarse las pensiones no contributivas, aunque sus

perceptores pudieron continuar percibiéndolos a título personal; el proceso de sustitución y sus incompatibilidades los examinaremos posteriormente, así como la voluntad del legislador de que las prestaciones no contributivas (las pensiones más las asignaciones por hijo a cargo) sustituyeran progresivamente a las pensiones FONAS (también denominadas con las siglas FAS) y en especial a los subsidios LISMI cuyo número de beneficiarios había aumentado notablemente tras la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1986 (Ar.1741) que, corrigiendo la interpretación reglamentaria, estableció que el derecho a tales subsidios podía estar obstaculizado por los ingresos personales del beneficiario, pero no por los de su familia; como muestra el gráfico adjunto, el proceso de sustitución al que nos referimos se ha producido progresivamente, si bien aún queda un respetable número de beneficiarios de las antiguas prestaciones.

Mientras se preparaba la instauración de las pensiones no contributivas estaba presente la idea de separar claramente las prestaciones contributivas y las no contributivas: «se debería contemplar la contención primero, y la eliminación después, del proceso degenerativo pseudoasistencial y sus consecuencias, que pueden afectar al sistema

El SOVI: sistema contributivo.

^[29] Ley 13/1982, de 7 de abril (BOE de 30-abr-1982).

^[30] Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero (BOE del 27-feb-1984).

básico de pensiones contributivas en vigor»^[31]. Se revisaron, en consecuencia, las prestaciones que pudieran ser clasificadas en todo o en parte como no contributivas. Entre estas disposiciones se examinaron las disposiciones transitorias primera a tercera y -en especial- la séptima de la LGSS que se refieren al sistema de protección existente antes de 1967 conocido como SOVI, y que -siguiendo lo que es un principio generalmente observado en el Derecho de la Seguridad Social- conservan tanto los derechos adquiridos bajo el anterior sistema como las expectativas de poder causar las prestaciones previstas en el SOVI: viudedad, invalidez y vejez^[32]. Tales prestaciones SOVI pueden causarse siempre que se hubiesen reunido en su momento las cotizaciones y se cumplan los otros requisitos previstos en las normas que regulaban las mismas, ya que tales prestaciones se rigen por su antiguo régimen jurídico que se halla derogado, pero no extinguida su aplicación. De ello puede deducirse -y así lo manifestó con rotundidad el grupo de estudio- que tales pensiones tienen carácter contributivo, con las consecuencias inherentes a ello en relación a los instrumentos jurídicos internacionales. El único punto discutible es si la asimilación existente de cualquier período de cotización al Retiro Obrero a mil ochocientos días de cotización para el SOVI^[33] puede conferir un carácter no contributivo a este último régimen ya que el resultado final es que con un sólo día de cotización puede causarse una pensión vitalicia de vejez; a nuestro entender, no es sólo el hecho -expresado en dichos estudios previos- de que el Retiro Obrero no exista hoy y que nominalmente tales pensiones sean prestaciones SOVI lo que evita la calificación de éstas como pensiones no contributivas, sino que también son otros dos factores: primero, el que tales equivalencias sean excepcionales en el conjunto de los requisitos para el reconocimiento de las pensiones SOVI; y en segundo lugar y especialmente, la motivación sanadora de defectos de registro de las obligaciones patronales de encuadramiento y cotización, motivación que se halla también en otras normas que establecen el reconocimiento de cotizaciones^[34] que no siempre se efectuaron. De la misma forma que la existencia para el cálculo actual de la pensión de

[31] GONZALO-ESTUDIOS, 1991, página 45. El 'Pacto de Toledo' de 1995 y acuerdos posteriores de 1996 y 2001 recogen esta idea. ACUERDO, 2001, páginas 33 y 55.

[32] Una visión cuantitativa del SOVI en su contexto histórico, en: GALÁN, 1999

[33] En virtud del art. 4 de la Ley de 1 de septiembre de 1939 (BOE de 9-sep-1939), y el art. 10 de la Orden de 6 de octubre de 1939 (BOE de 8-feb-1939).

[34] La Orden de 3 de julio de 1940 (BOE de 16-jul-1940) reguló el supuesto de aquellos que, habiendo solicitado la prestación SOVI antes del primer día de 1940, no pudieron aportar toda la documentación necesaria por desaparición de la empresa, extravío de la documentación u otra causa similar, permitiendo la aportación de una declaración jurada del interesado unida a los medios de prueba de que dispusiere y una información testifical practicada en la Alcaldía respectiva. Posteriormente se estableció un nuevo sistema transitorio de acceso al Subsidio de Vejez que configuran lo que el INP llamó «Censos a extinguir» por cuanto la Orden de 12 de enero de 1942 (BOE de 23-ene-1942) dispuso que se elaborara un censo especial en el que figuraran los trabajadores que no percibían el subsidio de vejez, a pesar de reunir antes del primer día de 1940 las condiciones de edad, ausencia de recursos y cinco años de trabajo con derecho a haber sido inscritos en el Retiro Obrero

jubilación contributiva de una escala de cotizaciones presuntas según la edad que tuviera el interesado a 1 de enero de 1967 no cambia la naturaleza de estas pensiones de jubilación, tampoco la equivalencia reseñada u otras similares de aquella época de posguerra alteran el carácter contributivo del SOVI. Cuestión distinta es que la inmensa mayoría de los que perciben tales pensiones SOVI las perciban incrementadas para alcanzar el mínimo importe establecido anualmente en la Ley de Presupuestos, en este caso puede considerarse que el elemento no contributivo es el complemento -ya comentado- no la pensión en sí; o puede considerarse que tal prestación tiene naturaleza contributiva, ya que tales complementos únicamente se conceden de forma accesoria a quien ha cotizado para causar la prestación complementada, por lo que únicamente tendrían como faceta no contributiva su financiación con cargo a los impuestos de todos los ciudadanos.

En la preparación de las nuevas pensiones surgieron diversos aspectos organizativos acerca de los cuales el grupo de estudio formuló sus recomendaciones. El primer tema planteado fue la relación entre la gestión de las nuevas prestaciones y las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas, a la luz de lo dispuesto en los arts. 148.1 y 149.1 CE; se constató que existían dos grandes opciones interpretativas acerca de la materia comprendida en los títulos competenciales: o considerar que la Constitución había realizado una referencia nominal cuyo contenido debería ser precisado ulteriormente, o bien que el criterio a seguir era dejar fijado y limitado de cara al futuro el ámbito objetivo y subjetivo que por entonces tenía la Seguridad Social y la Asistencia Social. El grupo se pronuncia en favor de una posición flexible que considera más congruente con la naturaleza de la norma constitucional y con las instituciones protectoras, considerando «tarea inútil y peligrosa la pretensión de definir, con proyección de futuro, una y otra institución a partir del método de financiación empleado en un paréntesis histórico (cuotas o impuestos), por su campo de aplicación personal circunstancial (trabajadores o ciudadanos todos), por los concretos beneficios otorgados en cada momento, o por las instituciones específicas encargadas de su gestión»^[35]; al rechazar asimismo que pueda citarse un criterio claro en Derecho comparado, encarece a los poderes públicos para que adopten el mismo sin comprometer la futura dialéctica histórica a que están sometidas estas instituciones.

Se abogaba por un concepto abierto de Seguridad Social.

La delimitación conceptual de las pensiones no contributivas como propias de la Seguridad Social o de la Asistencia Social tenía otro punto de interés que se señalaba como especialmente conflictivo: los compromisos internacionales de España asumidos en variados instrumentos jurídicos, unos que con voluntad armonizadora señalan objetivos a alcanzar, y otros que con voluntad coordinadora establecen efectos jurídicos

Los criterios internacionales y su repercusión.

^[35] GONZALO-ESTUDIOS, 1991, página 48.

extraños a la inicial voluntad del legislador nacional. En el repaso de los principales instrumentos internacionales o supranacionales (Convenios de la OIT, del Consejo de Europa y Reglamentos Comunitarios) se constataba que si bien mayoritariamente se excluía su aplicabilidad a las prestaciones de Asistencia Social, tal concepto ni era uniforme, ni quedaba enteramente en manos de la legislación interna del Estado ya que las diversas organizaciones tendían a crear un concepto propio e investigaban la concreta naturaleza de cada prestación nacional con independencia de su *nomen iuris* o de la clasificación a efectos internos. El concepto de prestación no contributiva pivota internacionalmente en dos condiciones alternativas: la concesión con independencia de las cotizaciones de la persona protegida o de su empleador, y la concesión con independencia de la actividad profesional; ambas necesarias, por cuanto la financiación de los sistemas de Seguridad Social tiende en todos los países a depender de múltiples variables y se desfigura el carácter contributivo, y la concesión de una prestación en razón de un estado de necesidad con independencia de la actividad profesional difumina la diferencia entre prestaciones no contributivas y asistenciales. Tras apuntar la posibilidad de denunciar alguno de los instrumentos internacionales se recomendó incluir en el nivel no contributivo de la Seguridad Social todas las prestaciones que: *a)* se concedan en función de un estado de necesidad, abstracción hecha de requisitos de cotización o actividad profesional; *b)* correspondan al interesado como un derecho subjetivo; y *c)* se refieran a una de las ramas clásicas de aseguramiento como complementaria o supletoria de otra de Seguridad Social, o proteja a los minusválidos; y, asimismo, se señaló como conclusión importante en los estudios previos la posibilidad existente en el ámbito comunitario de excluir de coordinación las prestaciones con una vigencia territorial limitada dentro de cada Estado, y «si el nivel de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social difícilmente pueda configurarse en esta línea, sin embargo ello permite una libertad de acción a las Comunidades Autónomas en relación con el diseño técnico-jurídico de las prestaciones asistenciales»^[36]. La recomendación antes mencionada de incluir dentro de la Seguridad Social (en la modalidad no contributiva) a las prestaciones que complementasen a cualquier otra contributiva concedida por razón de la misma contingencia, conlleva una concepción importante y precisa de lo que debe ser calificado como Seguridad Social: serán prestaciones de Seguridad Social aquellas que correspondan a contingencias expresamente tuteladas por tal sistema, tanto las que proporcionen la tutela básica de tales contingencias como aquellas que complementen a las anteriores; y viceversa, no serán de Seguridad Social aquellas prestaciones que tutelén contingencias que aún no, o que ya no, se asuman como tuteladas por el sistema de Seguridad Social.

^[36] GONZALO-ESTUDIOS, 1991, página 85.

La observación del panorama internacional permite la observación de que en toda Europa existe una reciente voluntad de universalizar con carácter inmediato^[37] la protección de la Seguridad Social con prestaciones asistenciales limitadas^[38], que la jurisprudencia comunitaria afirma tienen carácter 'mixto'^[39], ya que sus prestaciones son a la vez asegurativas y asistenciales, por cuanto pertenecen a sistemas de Seguridad Social, y tienen finalidad compensatoria de necesidades y no sustitutoria de rentas. Para lograr tal generalización se han usado en España^[40] y en toda Europa dos técnicas básicas: la extensión de los sistemas existentes y la creación de regímenes de naturaleza no contributiva. El primer método se funda en la asimilación a profesionales de quienes no lo son, estableciendo -a pesar de ello- una obligación de cotización, lo cual presenta la dificultad técnica de presuponer una relación profesional a grupos como emigrantes retornados en paro, religiosos, estudiantes, mujeres inactivas, etc. existiendo ejemplos de aseguramiento voluntario de categorías sociales tan diversas como los adoptantes que cuidan menores, o emigrantes en paro, así como ejemplos de aseguramiento obligatorio de estudiantes, solicitantes de primer empleo, religiosos, etc. El segundo método: la creación de regímenes no contributivos especiales, se constata que se ha producido rápidamente en la mayoría de países -y no sólo los europeos-, siendo estos regímenes especiales de carácter residual, es decir buscan proteger al resto de personas que carecen de recursos o de protección por parte de los regímenes profesionales preexistentes.

Los tendencias europea a la universalidad.

[37] GONZALO, 1989, página 14 se refiere a «la reciente voluntad 'universalista' radical -no parcial ni gradualista, sino plena e inmediata-, de los sistemas institucionales de Seguridad Social europeos.

[38] La amplitud de la tendencia reseñada puede verse en el art. 25 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 9-dic-1989: «Toda persona que haya alcanzado la edad de jubilación, pero que no tenga derecho a pensión y que no tenga otros medios de subsistencia, debe poder disfrutar de recursos suficientes y de una asistencia social y médica adaptadas a sus necesidades específicas»; el segundo párrafo del artículo 10, contiene una declaración similar respecto a quienes se hallen excluidas del mercado de trabajo. Estas declaraciones son el punto de partida comúnmente citados en acciones legislativas nacionales o en acciones comunitarias; por ejemplo la Recomendación del Consejo de 27 de julio de 1992, relativa a la convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social (DOCE, L-245, de 26-ago-1992). Sobre el tímido anclaje de esta Carta en el Derecho social europeo en construcción: ALARCÓN, 2001.

[39] El estudio de este aspecto de las pensiones no contributivas se realizó en SÁNCHEZ-RODAS, 1995 y 1997, a cuya tesis nos remitimos.

[40] No sin reticencias acerca de la expansión del sistema público de Seguridad Social, véase como ejemplo la siguiente defensa de la gestión privada de prestaciones, realizada en un debate parlamentario por el Sr. RATO: «En cuanto a la incorporación al sistema público de colectivos que ahora se encuentran fuera, a nosotros nos parece positiva, siempre y cuando se mantenga el principio de que hay muchos colectivos que pueden gestionar mejor sus prestaciones de lo que lo hace el Estado. Desde luego ahí hay un problema de solidaridad, un problema de contribución al sistema público, pero también hay un problema de justicia. En cualquier caso, lo que hoy ha dicho el Sr. Ministro sobre incorporación de nuevos colectivos esperamos que se haga dentro de esos márgenes de solidaridad y de justicia y, desde luego, permitiendo gestiones de los propios grupos de sus prestaciones, que en muchos casos son más eficientes que las del propio Estado» *Diario de Sesiones, Comisión de Política Social y de Empleo*, núm. 40, de 2-dic-1986.

De entre las características que conforman estas prestaciones los redactores del anteproyecto prestaron especial atención a tres elementos: la forma de financiación, la relación entre financiación y prestaciones, y la cuantía de las mismas. Si es característico de las pensiones contributivas que se nutran con cotizaciones aportadas por las personas protegidas, puede pensarse que es un elemento típico de las pensiones no contributivas que su financiación se lleve a cabo mediante recursos aportados por la Administración; efectivamente, ello se realiza en ocasiones únicamente por el Estado, en ocasiones mediante una responsabilidad compartida entre éste y otros entes públicos de ámbito territorial, y algunas prestaciones son financiadas exclusivamente por instancias públicas distintas del Estado central (municipios, Länder). Sin embargo también se hallan prestaciones cuya concesión se realizará al margen de la actividad o cotizaciones previas, pero que su financiación se realiza no únicamente por vía fiscal sino también mediante cotizaciones de los asegurados (Holanda, y Dinamarca hasta 1987). No puede, en consecuencia, establecerse con carácter de regla uniforme que las prestaciones no contributivas se financien con recursos tributarios y las contributivas mediante cotizaciones de los beneficiarios; pero es que -al igual que en las prestaciones españolas- refiriéndose al conjunto de prestaciones europeas se afirmó en los estudios previos a la Ley 26/1990 que «todas las pensiones son contributivas, unas directamente contributivas (las que se obtienen como contraprestación por el pago de cuotas expresamente destinadas a ese fin y satisfechas a título personal o nominativo; otras, indirectamente contributivas (en cuanto que sostenidas con los pagos -a veces también nominativos, como sucede con los tributos personales o directos-, en calidad de impuestos)»^[41].

No hay uniformidad en las fuentes de financiación.

Tampoco se halló un criterio uniforme y concluyente en derecho comparado acerca de la total independencia entre la financiación y la cuantía de la prestación; ya que si bien en general esta relación es propia de los sistemas contributivos, en algunos países el importe no contributivo se relaciona con variables como el tiempo de residencia, esto es el tiempo durante el cual se han pagado impuestos. Sí que es casi general el hecho de que las prestaciones no contributivas se condicionen a la ausencia de recursos, no sólo personales del beneficiario sino también los familiares, aunque existan notables diferencias en cuanto a la tipología de cómputo de tales recursos; ello debe ponerse en relación al hecho de que la cuantía es asimismo muy variable debido a la existencia de cuatro sistemas distintos: cuantía única y universal, variable según composición familiar, variable según la situación personal del beneficiario, o variable por una multitud de factores como -además de los anteriores- la ubicación territorial del beneficiario; los redactores del estudio previo constataban, sin embargo, que «la relación entre la prueba

Pueden depender o no de carecer de recursos.

^[41] GONZALO-ESTUDIOS, páginas 97-97. SALVADORFX-AL, 1992,, página 113, considera que el requisito de residencia responde también al fundamento de que quien reside durante un cierto tiempo contribuye, abonando los impuestos que justifican la concesión y financiación de la pensión no contributiva.

de necesidad y la concesión de la pensión tampoco es esencial a la naturaleza de las pensiones no contributivas. Por el contrario, éstas pueden ser reconocidas, sin perder tal cualidad, haciendo caso omiso de la prueba de recursos»

En la Exposición de Motivos de la Ley 26/1990 que implantó las pensiones no contributivas uno de los aspectos que se destacó fue que tales pensiones «se configuran como derechos subjetivos perfectos», ya que cumplidos los requisitos los interesados tenían derecho a tales prestaciones sin que pudiera oponérseles consideración alguna de tipo político o presupuestario^[42]. Quienes preparaban el proyecto de Ley de pensiones no contributivas alertaron, sin embargo de que «se juzga, a primera vista, que los términos 'prueba de recursos' y 'graciabilidad' o 'inexigibilidad' son equivalentes. Y, sin embargo, no es así necesariamente». En muchos países europeos -y en algunas prestaciones españolas de la época- las prestaciones asistenciales no integradas en la Seguridad Social eran derechos subjetivos perfectos, y el carácter discrecional de las prestaciones no contributivas se constataba que cedía terreno en todos los países, de forma que estaba quedando reservada a actuaciones de autoridades territoriales más pequeñas; en consecuencia, como norma general en los países europeos, las decisiones administrativas sobre prestaciones sociales no contributivas eran recurribles sea ante tribunales *ad hoc* (caso del Reino Unido) sea ante los tribunales comunes de naturaleza administrativa o social.

Las prestaciones europeas tienden a ser derechos subjetivos.

A partir de la constatación de tal diversidad de requisitos, así como de otros detalles del régimen jurídico del las mismas (si eran de concesión discrecional, o si eran exportables o no), de las contingencias tuteladas (vejez y minusvalía, pero también necesidad de vivienda u otras), o de las cuantías (fijas o indexadas a indicadores muy diversos), los redactores del estudio previo que observaban el derecho europeo concluyeron que no era posible realizar una definición de las prestaciones no contributivas más que como exclusión entendiendo por tales «las prestaciones distintas de aquellas cuya concesión depende, bien sea de una participación financiera directa de las personas protegidas o de su empresario, bien sea de una condición de trabajo profesional», definición extraída del artículo 2 del Convenio 118 de la OIT, sobre igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de Seguridad Social^[43].

La definición común sólo puede ser por negación.

^[42] Como ejemplo de regulación de una prestación que no es exigible en todo caso véase la siguiente disposición: «En todo caso, las ayudas se concederán en función de los créditos disponibles en el ISSORM para estas atenciones. Por ello no bastará para recibir la ayuda solicitada con que el solicitante reúna los requisitos anteriormente señalados, sino que será necesario, además, que su solicitud pueda ser atendida teniendo en cuenta las dotaciones presupuestarias existentes». Orden del Consejero de Bienestar Social de Murcia, de 30 de marzo de 1988 (BORM de 27-abr-1988).

^[43] No deja de ser paradójico que desde la administración se adoptase tal definición precisamente de un Convenio de la OIT que no ha sido aún ratificado por España, a pesar de que cuenta con treinta años de antigüedad. Se repite esta definición en GONZALO, 1989, página 26.

3. PRIMEROS PASOS HACIA UNA LEY DE PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS

Los legisladores españoles durante la década de los ochenta proponían continuamente mejoras concretas del sistema de protección social intentando concretar en mejoras tangibles los nuevos valores del estado social y democrático de derecho nacido de la Constitución de 1978. Tras la LISMI -ya referenciada- cuya elaboración se desarrolló desde los primeros días de 1980^[44] hasta su aprobación a finales de 1982, y antes de la ley de reforma de pensiones de 1985^[45], uno de los temas recurrentes fue la mejora de las prestaciones familiares^[46] que habían quedado reducidas a cantidades simbólicas por efecto de la inflación^[47]; asimismo, a finales de aquella época las Comunidades Autónomas iniciaron la creación de las rentas de inserción autonómicas^[48] destinadas a personas en edad y con capacidad laboral, excluidas del mercado de trabajo y sin recursos económicos. En relación a las personas excluidas también del mercado laboral pero por causa de una minusvalía o por su edad avanzada, aparte de una proposición de ley en 1983^[49] tendente a mejorar la protección que ya aportaban las prestaciones del FONAS que no llegó a ser tomada en consideración, no hubo propuestas de cambio sino que la atención se centró en cuanto a las personas afectadas por minusvalía en el desarrollo de la LISMI cuyos plazos de desarrollo se incumplían una y otra vez^[50].

Las iniciativas sociales del legislador democrático.

En cuanto a las personas de edad avanzada la atención pronto se centró en el notable incremento de los gastos de las prestaciones existentes, lo que requería repetidas

El incremento del coste de las prestaciones FONAS y LISMI.

[44] La proposición de ley en: BOCG-Congreso, serie B, núm. 68-1, de 14-ene-1980.

[45] Ley 26/1985, de 31 de julio de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social (BOE de 1-ago-1985). El primer proyecto de ley en: BOCG-Congreso, serie A, núm 150-I, de 16-may-1985.

[46] Además de muchas preguntas e interpelaciones, pueden señalarse: Proposición no de ley aprobada en 1978 (BOC números 89, de 2-may-1978 y 104, de 8-jun-1978); Proposición de ley en 1983, -retirada en octubre de 1984- (BOCG-Congreso, serie B, núm 39-1, de 30-abr-1983); Proposición de ley en 1985 -retirada ocho meses más tarde- (BOCG-Congreso, serie B, núm 93-1, de 19-feb-1985); Proposición no de ley aprobada -con enmiendas- en 1988 (BOCG-Congreso serie D, núm 183, de 5-may-1988, y núm 262, de 14-dic-1988); Proposición no de ley (BOCG-Congreso, serie D, núm. 238, de 26-oct.-1988).

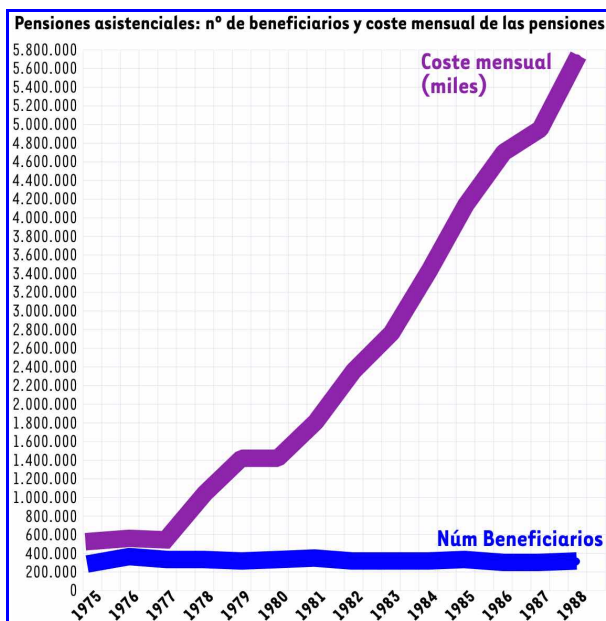
[47] Ya las Cortes Constituyentes de 1978 examinaron proposiciones de ley referidas a la 'tercera edad' o a la protección familiar BOC números 79, 89 y 94 de 12-abr-1978, 2-may-1978 y 12-may-1978 respectivamente; pero es en la I legislatura cuando tales iniciativas y debates proliferan. Véanse las páginas 409 y ss. de CONGRESO, 1990.

[48] Decreto del País Vasco 39/89, de 28 de febrero (BOPV de 6-mar-1989).

[49] BOCG-Congreso, serie B, núm. 42-1, de 30-abr-1983; en el boletín de 9-mar-1984 se publica el rechazo a su tramitación.

[50] Véanse como ejemplo de las denuncias de tales incumplimientos las interpelaciones publicadas en el BOCG-Congreso, Serie D, núm. 17-1 de 29-ene-1983; y en el núm. 93, de 1-jun-1985; y en el núm. 115, de 31-oct-1985; y en el núm. 127, de 24-feb-1986, y la proposición publicada en el núm. 323, de 27-abr-1989.

dotaciones extraordinarias ya que se superaban las previstas en las leyes presupuestarias anuales^[51]; el notable incremento del coste mensual de pago de las pensiones de vejez



Fuente: CONGRESO, 1990 y elaboración propia

e enfermedad del FONAS no derivaba del incremento del número de beneficiarios -que permaneció prácticamente estable durante catorce años- sino de las sucesivas revalorizaciones de tales pensiones en fechas posteriores a las de confección de los presupuestos anuales^[52]; en el gráfico adjunto se refleja la muy desigual tendencia del número de beneficiarios, y del coste total mensual de estas pensiones ^[53] que si bien permaneció invariable los tres primeros años en el importe medio de 1.500 pesetas mensuales, alcanzaba a finales

de 1988 la cantidad de 17.200 pesetas mensuales. Por el contrario, en el caso de los subsidios LISMI, y como puede verse claramente en las cifras de la tabla adjunta^[54], el incremento de costes se produjo principalmente debido al fulgurante incremento en el número de beneficiarios a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1986^[55] que, anulando una interpretación reglamentaria más restrictiva, establecía que el máximo nivel económico requerido para la percepción de subsidios de ingresos mínimos y por ayuda de tercera persona, debía referirse a los recursos económicos del propio beneficiario y no a los de su unidad familiar:

[51] Véanse las publicadas en el BOCG-Congreso, serie A, núm. 189-I, de 7-feb-1986; y en el núm 21-1, de 31-ene-1987;

[52] CRUZ, 1991, página 208. además de constatar que el incremento en la cuantía de las prestaciones no supuso una mayor demanda de las mismas, proporciona un dato adicional: ni en los años en que el crédito presupuestario asignado no tenía carácter ampliable, nunca se denegó una pensión por falta de presupuesto, ni nunca fue necesario solicitar una ampliación de crédito.

[53] Los datos del coste se han obtenido multiplicando el número de beneficiarios a 31 de diciembre de cada año por la pensión media de dicho año. Las cifras en CONGRESO, 1990, páginas 847 y 855; que corroboran las que figuran en BOCG-Congreso, serie D, núm. 138 de 30-may-1986, y en el núm. 186, de 11-may-1988.

[54] Datos extraídos de CONGRESO, 1990, página 853, referidos a diciembre de cada uno de los años. En la misma publicación, en la página 2661 a 2668 figuran los datos del Boletín de Estadísticas Laborales del MTSS cuyas cifras, aún siendo más detalladas y alcanzar hasta octubre de 1989, difieren en el detalle con las que figuran en la memoria del Gobierno, si bien no difieren en la tendencia, que es lo importante; la discrepancia debe explicarse, según las notas que las acompañan por cuanto las cifras del BEL no incluyen en algunos años los datos de Cataluña, u otros aspectos metodológicos distintos que allí se detallan.

[55] STS de 10-abr-1986 (Ar.1741).

Beneficiarios de subsidios LISMI	1984	1985	1986	1987	1988
Garantía de Ingresos Mínimos	6.955	7.405	16.644	44.635	95.707
Ayuda 3a. Persona	255	3.390	7.369	19.938	42.842
Movilidad y Gastos Transporte	-	2.935	7.628	12.965	21.808

Estos dos elementos cuantitativos referidos a las prestaciones de carácter no contributivo -el incremento durante la segunda mitad de la década de los ochenta en el coste de las prestaciones existentes, y el crecimiento vertiginoso del número de beneficiarios debido a un cambio interpretativo en el cumplimiento del requisito de carecer de rentas- explica a nuestro entender el nacimiento de la idea de clarificar las fuentes de financiación de prestaciones^[56], y dos acciones legislativas: la voluntad ya mencionada de sustituir las prestaciones FONAS y LISMI por otras nuevas, y el establecimiento de un rígido requisito de carencia de rentas a nivel familiar en la configuración de las pensiones no contributivas, requisito que analizaremos posteriormente con detalle.

El Gobierno inició a mediados de los ochenta la preparación de un proyecto de ley de prestaciones no contributivas que desarrollara la vocación asistencial del artículo 41 CE. La LISMI, cuya importancia en la atención a los afectados por minusvalía ya hemos glosado, en su artículo 12.1 encomendaba al Gobierno que regulase por Decreto unas prestaciones económicas -como así se hizo-, pero estos subsidios LISMI tenían carácter provisional ya que ello se le encargaba al Gobierno «en tanto no se desarrollen las previsiones contenidas en el artículo 41 de la Constitución»; el hecho de que se hubieran iniciado tales estudios previos, y que ello fuera público y notorio^[57], explica posiblemente que no surgieran otras iniciativas normativas. En 1989 se presentó por el Gobierno a las Cortes^[58] el primer proyecto de ley relativo a tales prestaciones no contributivas; este proyecto caducó debido a la finalización de la legislatura^[59]. Iniciada

La presentación del proyecto de ley.

[56] Y mientras el Tribunal Constitucional proclamaba en las STC 103/1983, de 22 de noviembre, y STC 65/1987, de 21 de mayo que la Seguridad Social se había convertido en una función de Estado, y que ello comportaba que las pensiones no se presentasen ya como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados, porque el carácter público y la finalidad constitucional suponen que el sistema de Seguridad Social es un sistema de configuración legal, diputados de orientación muy diversa defendían un sistema «siempre que se produjese la necesaria simetría que debe guardar todo sistema profesional de Seguridad Social, es decir un nivel de prestaciones proporcional al de cotizaciones...en una Seguridad Social profesional, como la que tenemos en nuestro país, y que nosotros defendemos, se debe mantener siempre una exquisita proporcionalidad entre lo cotizado y lo que se pueda percibir como prestaciones» (IU), «Nuestro Grupo se basa en la premisa de: a igual cotización, igual prestación» (C.Popular) *Diario de Sesiones-Congreso*, núm. 118, del día 7-jun-1988.

[57] Pueden verse algunas de estas referencias en el *Diario de Sesiones* del Congreso: Plenario, núm.116, de 1-jun-1988; Comisión de Presupuestos, núm. 24, de 24-oct-1998; y Plenario, núm. 193, de 10-may-1989.

[58] El texto íntegro en: BOCG-Congreso, serie A, núm. 125-I, de 28-jul-1989. Como curiosidad puede señalarse que al señalarse la fecha en la que el Consejo de Ministros decidió aprobar el proyecto y remitirlo a las Cortes figura un espacio en blanco en el lugar de la fecha.

[59] BOCG-Congreso, serie F, núm. 209, de 8-sep-1989. El art. 207 del Reglamento del Congreso de 10 de febrero de 1982 (BOE de 5-mar-1982) dice: «Disuelto el Congreso de los Diputados o expirado su mandato, quedarán caducados todos los asuntos pendientes de examen y resolución por la Cámara, excepto

la IV legislatura, el nuevo gobierno remitió inmediatamente de nuevo el proyecto de ley a las Cortes^[60], sin más cambios que una intrascendente corrección de errores mecanográficos, y la supresión de un párrafo en la Disposición Adicional Séptima relativo a la colaboración de las Administraciones Públicas en el control de los beneficiarios, cuyo contenido ha sido recuperado en los textos reglamentarios^[61] que desarrollan dicha ley, aunque suprimiendo la mención al Instituto Nacional de Estadística -mención que probablemente fue la causa de tal inicial supresión- ya que las previsiones que allí se realizaban podían suponer una vulneración del secreto estadístico que debe amparar los datos personales facilitados a tal organismo.

Es interesante realizar una breve comparación entre el proyecto de ley y el texto final de la ley 26/1990 aprobado por el Congreso, sin perjuicio de recordar los cambios producidos en el proceso legislativo cuando realicemos el análisis de cada tema concreto. En cuanto a las pensiones no contributivas puede apreciarse que el proyecto de ley no incluía una definición de invalidez propia para la modalidad no contributiva de prestaciones sino que se modificaba el entonces artículo 132.1 LGSS (hoy art. 136) únicamente con un concepto de invalidez que hacía referencia a la capacidad profesional afectada por una alteración de la salud; es decir, que se consideraba por parte del Gobierno -y explícitamente así se declaraba en la memoria adjunta al proyecto^[62]- que el concepto de invalidez con referencia a la capacidad profesional era tan aplicable a las pensiones contributivas como a las no contributivas. En cuanto a los requisitos para causar las prestaciones, el texto definitivo de la Ley suavizó las exigencias inicialmente previstas en cuanto al período de residencia previo en España, y ello tanto para las pensiones de invalidez como para las de jubilación, aunque tal modificación se realizó en forma desigual. También la definición de quienes integran la unidad de convivencia familiar del pensionista a los efectos del requisito de carencia de rentas sufrió importantes modificaciones: en el proyecto inicial no había referencia alguna al parentesco, sino que se apreciaba únicamente el hecho de la convivencia del causante con otras personas; y en la especial variación existente en el cálculo del requisito de carencia de rentas para favorecer la convivencia de padres e hijos, inicialmente se había pensado únicamente en la posibilidad de que fuese el beneficiario quien conviviese con sus hijos, olvidando la simétrica posibilidad de que el beneficiario fuese un hijo que conviviese con sus padres. Por lo que se refiere al cálculo del importe de la prestación,

La evolución del proyecto de ley en su tramitación parlamentaria.

aquellos de los que constitucionalmente tenga que conocer su Diputación Permanente».

[60] BOCG-Congreso, serie A, número 1-I, de 22-dic-1989.

[61] En la Disposición Adicional Cuarta.2 del Real Decreto 357/1991, y en la Disposición Adicional segunda.2 del Real Decreto 356/1991, ambos de fecha 15 de marzo (BOE de 21-mar-1991).

[62] CONGRESO, 1990, página 812.

para quienes a causa de su minusvalía necesiten el concurso de una persona para los actos más elementales de la vida, el importe complementario previsto era en el proyecto de ley inferior al definitivamente aprobado. Por último, por lo que respecta a la gestión de estas pensiones, el texto finalmente aprobado^[63] estableció la posibilidad de que las Comunidades Autónomas que no tuviesen traspasados los servicios del INSERSO pudiesen gestionar las mismas mediante un concierto con dicho organismo, posibilidad ésta que no figuraba en el proyecto de ley.

^[63] El texto dictaminado por la Comisión de Política Social y de Empleo no incluía aún este aspecto (BOCG-Congreso, serie A, núm. 1-8, de 14-jun-1990).

II- EL CAMPO DE APLICACIÓN DE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS

Hasta la entrada en vigor de la ley 26/1990, el análisis de un supuesto de protección social debía empezar por considerar el campo de aplicación del sistema, con el fin de determinar si el sujeto se hallaba comprendido en el mismo. Nuestro sistema de Seguridad Social se hallaba configurado de forma que, primeramente, se definían cuales eran los colectivos de personas a los que les alcanzaba la protección social pública, o dicho en una expresión sintética: quiénes se hallaban «dentro» del sistema; posteriormente, podía examinarse si un sujeto concreto que se hallase comprendido en dicho campo de aplicación -y solo si se hallaba dentro de él- tenía derecho a recibir la ayuda pública por hallarse en los supuestos tipificados en la norma y cumplir los requisitos de carrera de seguro, intensidad de afectación, etc. que en cada caso se exigían, ya que la protección social dispensada no era ni igual ni automática para todos los comprendidos en el campo de aplicación. Como expresaba el epígrafe II de la Base preliminar de la Ley de Bases de 1963^[64] en términos similares a los que recoge la actual redacción del artículo 2 del vigente texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, la protección acordada a cada persona de las comprendidas en el campo de aplicación dependía de la definición de las contingencias y situaciones que la ley consideraba debían de protegerse: «a través de la Seguridad Social el Estado español garantizará a las personas, que por razón de sus actividades están comprendidas en su campo de aplicación, y a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, protección adecuada en las contingencias y situaciones que en esta ley se definen»; por consiguiente, podía hablarse de dos ámbitos de efectividad distintos, uno subjetivo: el campo de aplicación, y otro objetivo: las contingencias y situaciones o conjunto de requisitos que abrían la puerta a recibir la tutela social.

El campo de aplicación: límite tradicional de la protección social.

El campo de aplicación se definía siguiendo dos ejes temáticos: el de actividad (trabajadores por cuenta ajena, autónomos, servicio doméstico, funcionarios, etc.) y el de territorialidad (españoles residentes, españoles desplazados al extranjero, extranjeros residentes, etc.), y era el resultado del aluvión de los antiguos Seguros Sociales a los que sustituía y de los que heredaba su evolución normativa, por lo cual, no figuraban ya entre los criterios definitorios del campo de aplicación otros criterios que antaño sirvieron para delimitar el ámbito del campo de aplicación, como los niveles de renta personales o familiares que operaron como criterio de exclusión en el Seguro de Enfermedad y en el SOVI hasta principios de la década de los sesenta.

Actividad y territorio: criterios de inclusión.

^[64] Ley 193/1963, de 28 de diciembre (BOE de 30-dic-1963) de Bases de la Seguridad Social.

Acotados por la ley los colectivos que integraban el campo de aplicación, era del todo preciso la existencia de un mecanismo de registro que proporcionase a las entidades gestoras del sistema de Seguridad Social un inventario permanente de las personas comprendidas en el mismo, tanto para la adecuada previsión de los recursos materiales y humanos con los que debía contarse para llevar a término la acción protectora, como para el control del cumplimiento de las obligaciones de cotización propias del sistema contributivo. Y, precisamente porque se trataba de un sistema contributivo, este mecanismo de registro debía de organizarse mediante un doble instrumento: el de las altas y bajas, que reflejase las variaciones en la actividad profesional de cada persona -y, por consiguiente, de las obligaciones contributivas ligadas al percibo de unos ingresos- y un instrumento o registro distinto: el de la afiliación, que es acto único y vitalicio, el primigenio acto mediante el que se constataba la entrada de un individuo en el sistema público organizado de la Seguridad Social, y que mediante la asignación de un único y vitalicio número de afiliación permitía registrar el historial de cotizaciones vinculadas a esta persona que se hubieran ingresado a lo largo de toda su vida.

Necesidad de registrar las afiliaciones y altas.

El esquema anterior se ha visto alterado a partir de la Ley 26/1990 que estableció la llamada modalidad no contributiva de prestaciones: el derecho a percibir unas prestaciones económicas por parte de aquellos que se hallaran en las contingencias de alcanzar una edad avanzada, la de sufrir un menoscabo personal importante, y la de tener a cargo a algún hijo, sin tomar en consideración la contribución en forma de cotizaciones que hubiese podido aportar a la Seguridad Social, si es que alguna se había aportado por el propio sujeto o a su nombre. En esta ley se procedió a extender el ámbito de aplicación del sistema de Seguridad Social a todas las personas, o sea, el «todos» del art. 41 de la Constitución, y ello comprende, de acuerdo con el artículo 7 de la LGSS y avanzando lo que después analizaremos, a los españoles residentes, en ciertos casos los no residentes y también los extranjeros. Ciertamente, y al igual que en la modalidad contributiva, el ámbito *efectivo* de protección vendrá determinado por la configuración que la norma ha dado tanto a la definición de la contingencia tutelada como a los requisitos que se exigen a los hipotéticos beneficiarios, es decir: por la secante entre el ámbito subjetivo del sistema y el ámbito objetivo de las prestaciones dispensadas por el mismo; pero si nos referimos al ámbito subjetivo potencial del sistema o campo de aplicación, el universo susceptible de recibir la protección del poder público son todos los ciudadanos que crean hallarse en situación de necesidad, aunque seguidamente la ley -al regular el derecho a percibir una determinada prestación- va reduciendo los posibles perceptores al delimitar las condiciones que los mismos deben cumplir.

El ámbito subjetivo de las PNC son todos.

1. LOS ACTOS DE ENCUADRAMIENTO Y LA MODALIDAD NO CONTRIBUTIVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Si la contribución o cotización al sistema de Seguridad Social deviene intrascendente a los efectos del otorgamiento de esta nueva modalidad de prestaciones no contributivas, el control de las mismas mediante el mecanismo de altas y bajas en el desempeño de una actividad resulta irrelevante y el registro vitalicio de dichas cotizaciones bajo un determinado número de afiliación es un sinsentido. La diferencia entre dos personas que se hallen ambas sin trabajo y no perciban prestación ni tutela alguna de la Seguridad Social, una de ellas que no haya cotizado nunca a la Seguridad Social mientras que la otra se halle afiliada a la Seguridad Social por haber trabajado en el pasado un solo día, es que a esta última persona se la afilió porque con su cotización empezaba a generar una expectativa de derecho -o un derecho expectante si así se prefiere- a percibir algún día una prestación económica o técnica que de algún modo se vincula o condiciona a las cotizaciones pagadas por ella o en su nombre; aún cuando en la actualidad esta persona afiliada esté de baja de todo régimen por no realizar actividad alguna, la relación jurídica contributiva que se creó en el pasado deja huella en su currículum de Seguridad Social, por ello se le considera integrada o vinculada al sistema de Seguridad Social; en cambio, quien no haya tenido nunca una relación con la modalidad contributiva no tendrá un elemento jurídico que le vincule con el sistema más que cuando cause el derecho a percibir una prestación. Desde la óptica de las prestaciones no contributivas, no puede existir la afiliación a la Seguridad Social como trámite previo, ya que la adscripción al sistema se dará como consecuencia de la concesión de la prestación, a partir de la cual el sujeto beneficiario deviene un pensionista integrado en el sistema de Seguridad Social. En este sentido, se ha afirmado que «la extensión de la protección no contributiva a todos los españoles hace innecesaria la constitución de la relación jurídica de seguridad social en los términos vistos» (los del esquema contributivo)^[65], y que hasta el momento en que se perciba una pensión no contributiva, «lo que hay, es una 'afiliación virtual' de todos los ciudadanos al sistema»^[66].

La afiliación no es precisa antes de percibir una PNC.

Coherentemente con este planteamiento, el nuevo Reglamento General de afiliación^[67] distingue las situaciones derivadas de la modalidad contributiva y no contributiva, aún cuando lo hace dejando algunas dudas tras de sí. En la denominación completa de esta disposición «Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social», se acotan ya los destinatarios al referirse a los «trabajadores» y, asimismo, se dispone que será de

Para el Reglamento de Afiliación las PNC son un supuesto excepcional.

[65] ALONSO OLEA, 1995, página 401; *vid* también GARCÍA, 1991, pág. 102.

[66] ALARCÓN, 1999, página 107.

[67] Real Decreto 84/1996, de 26 de enero (BOE de 27-feb-1996), por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

aplicación a quienes se hallen comprendidos en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social en su modalidad contributiva (art. 1, 1r párrafo); a pesar de ello -y en consecuencia debe considerarse como un supuesto excepcional- existe en el citado reglamento un precepto relativo a la modalidad no contributiva de prestaciones: su artículo 21 regula la obligación de asignar número de identificación a los beneficiarios de prestaciones no contributivas; es decir, y como antes sosteníamos, por lo que respecta a las prestaciones no contributivas el sistema de Seguridad Social registra específicamente a las personas que sean ya beneficiarias de tales prestaciones.

Que tal supuesto de asignación del número de Seguridad Social relativo a las pensiones no contributivas es excepcional y debe separarse del resto del Reglamento General, se nos hará evidente si intentamos también aplicar las normas generales de afiliación a la modalidad no contributiva en lugar de limitarlas a la modalidad contributiva para la que fueron pensadas. Así, en el artículo 6 del Reglamento de afiliación se establece que el acto administrativo de afiliación en el sistema de la Seguridad Social debe realizarse «a la persona que por vez primera realiza una actividad determinante de su inclusión en el ámbito de aplicación del mismo». Si el acto de afiliación, tal como se ha definido, se aplicase a la modalidad no contributiva, y dado que el ámbito de aplicación -a los efectos de las prestaciones no contributivas- son todas las personas, y que la primera actividad determinante de la inclusión en el campo de aplicación «todas las personas» no podría ser otra más que el nacimiento de dicho sujeto (por el hecho de existir se entra en el conjunto “todos”), en consecuencia la entidad gestora debería adjudicar un número de Seguridad Social a todo recién nacido^[68], lo que -por ahora- no parece ser la voluntad del legislador.

No se prevé
afiliar a
«todos».

En el actual texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social que data de 1995, se ha modificado el artículo 12 relativo a la obligatoriedad y alcance de la afiliación. En el redactado anterior, y fruto de la peculiar técnica legislativa que se empleó para insertar las prestaciones no contributivas en el texto de la Ley General de Seguridad Social^[69], se afirmaba que la afiliación era obligatoria para todas las personas incluidas en el campo de aplicación, con lo que se producía la contradicción mencionada de que si, tras la Ley 26/1990, todas las personas estaban incluidas en el campo de aplicación de la Seguridad Social -aunque algunas de ellas exclusivamente en la modalidad no contributiva-, todas las personas estaban obligadas desde su nacimiento a afiliarse, lo que -como es de sobra conocido- no se llevó nunca a término ni es probable que fuese ésta la intención del

El artículo 12
LGSS, antes
de 1995, era
contradictorio.

[68] Como se realiza habitualmente en los Estados Unidos de América, los hospitales remiten la información del certificado de nacimiento a la oficina estadística y a la Seguridad Social. SSA-NACIDOS, 1998.

[69] La primera de las críticas que ha recibido la técnica legislativa empleada por la Ley 26/1990 puede verse en ESCUDERO, 1991, página 49.

legislador, que se limitó en la Ley 26/1990 a ampliar el campo de aplicación mediante la modificación del artículo 7 de la Ley, sin tener en cuenta que debían coordinarse el resto de artículos de dicha Ley General de la Seguridad Social, que estaban redactados desde la perspectiva de un sistema básicamente contributivo.

En el nuevo redactado de la Ley General de la Seguridad Social se precisa que la obligación de afiliación afecta a las personas a las que se refiere el epígrafe 1 del artículo 7 de la propia ley, esto es, los diversos colectivos que integran el campo de aplicación de la modalidad contributiva de la Seguridad Social. En la práctica, esta nueva redacción del artículo 12 LGSS no está exenta de problemas para la propia modalidad contributiva del sistema, como la peculiar forma en que se arbitra esta afiliación al sistema en el caso de los colectivos mencionados en las letras *d*) y *e*) de dicho artículo: los estudiantes y los funcionarios civiles y militares^[70], y también la manera como se formaliza la relación con el sistema -que no es una afiliación- de aquellas personas que devienen protegidas en la modalidad contributiva y que nunca hayan pertenecido a alguno de los colectivos obligados a afiliarse (por ejemplo, algunos beneficiarios de pensiones de viudedad).

La afiliación en el texto refundido de 1994 de la LGSS.

Centrándonos en la modalidad no contributiva, ni el conjunto de personas que integran el campo de aplicación -que son todas-, ni tampoco aquellas que accedan a una prestación no contributiva tienen la obligación de afiliarse: en el primer caso, el del conjunto de personas que integran el campo de aplicación, parece que el censo de población y otros instrumentos estadísticos de la población migrante, pueden bastar para proporcionar al sistema de Seguridad Social los datos necesarios para realizar las previsiones oportunas; en el segundo caso, el de los beneficiarios de prestaciones no contributivas, el hecho de que no se les afilia al sistema, de la misma forma que tampoco los beneficiarios de prestaciones contributivas por el simple hecho de serlo tampoco tienen la obligación de afiliarse, nos permite deducir que en nuestro sistema de Seguridad Social la afiliación es un acto administrativo vinculado a la obligación de cotizar: se recibe en el sistema y se inscribe en el mismo a las personas respecto a las cuales va a nacer para la entidad gestora un derecho a exigir una cotización y una obligación de registrar estas cotizaciones para efectos prestacionales futuros. Si ayer, en la exposición de motivos -denominada en aquel texto «justificación y directrices de la ley»- de la Ley de Bases de 1963, se decía en su apartado II.3 que la obligación legal de cotización era paralela a la obligación legal de afiliación, hoy se afirma en el nuevo

Los beneficiarios de PNC no deben afiliarse.

^[70] Por dicho motivo las disposiciones adicionales tercera y sexta del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero (BOE de 27-feb-1997) excluyen a estos colectivos de la aplicación del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas y variación de datos de trabajadores en la Seguridad Social.

Reglamento General de Cotización^[71] que la mera solicitud de la afiliación hace nacer la obligación de cotizar en el régimen correspondiente. Queda claro hoy que ni los beneficiarios de prestaciones no contributivas ni todas las personas que potencialmente pueden percirlas en el futuro están afiliadas ni deben solicitar su afiliación a la Seguridad Social, como por otra parte, y bajo la vigencia del redactado anterior de la ley, ya había entendido la doctrina^[72].

Las dudas surgen en relación a si en el caso de las prestaciones no contributivas es de aplicación lo dispuesto en el artículo 21.2 del Reglamento General de Afiliación, que establece la obligación de solicitar el número de Seguridad Social antes de realizar cualquier solicitud de prestación o servicio de las entidades gestoras, y, por consiguiente, si debe de solicitarse tal número por parte de toda persona que en un momento dado crea que cumple los requisitos para percibir una prestación no contributiva e inicie los trámites para solicitarla. Esta petición de carácter identificativo del número de Seguridad Social -que es algo distinto al tradicional número de afiliación^[73]- parece contradecirse con lo previsto en el apartado anterior, es decir en el artículo 21.1 del Reglamento General de Afiliación, según el cual el número de Seguridad Social se asigna a dos grupos distintos de ciudadanos: *a)* a los afiliados «para la identificación del mismo en sus relaciones con la Seguridad Social como afiliado y en alta en cualquiera de los Regímenes del Sistema», y *b)* a los beneficiarios de pensiones u otras prestaciones contributivas o no contributivas del sistema, es decir: quienes no son afiliados en sentido estricto pero entran dentro del registro del sistema debido a que, a pesar de no haber estado nunca afiliados, pasan a percibir una pensión (por ejemplo, de viudedad o una invalidez no contributiva) y precisamente cuando ya la perciben, que es el momento en que puede denominarse a estas personas «pensionistas o beneficiarios». Dos resoluciones (de 1996^[74] y 1997^[75]) intentan aclarar la asignación de números por parte de la Seguridad Social; según el apartado 4.2 de la primera de ellas, para los nuevos

Dudas acerca del número de Seguridad Social.

[71] Artículo 12.1 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre (BOE de 5-ene-1996)

[72] ALARCÓN, 1991, páginas 59 y 393.

[73] El único número que anteriormente podía asignarse. Véase el artículo 14 de la Orden de 28 de diciembre de 1966 (BOE del 30 de diciembre), y el art. 20 del Real Decreto 1258/1987, de 11 de septiembre (BOE de 13-oct-1987 y de 17-nov-1987), aunque esta última disposición debe considerarse nonata dada su peculiar disposición final, relativa a su entrada en vigor que nunca acaeció, tal como reconoce la Disposición Derogatoria Única.8a.2 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero (BOE de 27-feb-1996).

[74] Resolución de 30 de abril de 1996 (BOE de 13-may-1996) de la Secretaría General para la Seguridad Social por la que se dictan instrucciones sobre la asignación y exigibilidad del número de la Seguridad Social y para la expedición de la tarjeta individual de la Seguridad Social. Esta resolución deroga a la dictada el 22 de diciembre de 1993 con similar finalidad y que tuvo pocos efectos prácticos.

[75] Resolución de 1 de diciembre de 1997 del Secretario de Estado de la Seguridad Social, por la que se garantiza la identificación única de las personas físicas y jurídicas en el sistema de la Seguridad Social (BOE de 18-dic-1997).

afiliados el número de afiliación a la Seguridad Social será el mismo que el número de Seguridad Social y, viceversa, para los que ya lo tuviesen asignado, el número de Seguridad Social será el mismo que el de su afiliación a la misma.

Por un lado la obligación de tener un número de Seguridad Social se predica de todo ciudadano sin distinción alguna, expresión que viene reiterada en la norma de desarrollo de 1996, pero por otra parte ya hemos visto que el Reglamento General de Afiliación parece querer ceñirse a la modalidad contributiva, por lo que debe interpretarse restrictivamente su aplicación a la modalidad no contributiva, ciñéndola a los supuestos claramente explicitados, por lo que podríamos inclinarnos a considerar que tal petición del número de Seguridad Social no es obligatoria para los interesados en relación a las prestaciones no contributivas con carácter previo a la solicitud, por los argumentos antes expuestos y porque no parece lógico imponer obligaciones propias de quien se integra en el sistema a quien no tenga otra relación con el mismo que haber solicitado una prestación y quizás no haber recibido más que una negativa, o ni tan siquiera esto puesto que pudo haber desistido de continuar el expediente de solicitud al día siguiente de solicitar el primer trámite. Otra cosa es que las Entidades gestoras puedan de oficio asignar un número a los solicitantes de prestaciones para sus necesidades administrativas y que este número sea el número de Seguridad Social que se asigne definitivamente a esta persona si ésta se integra en el sistema como beneficiario, y esta actuación de oficio parece ser la solución adoptada en la resolución de 1997 antes mencionada^[76], que en el segundo párrafo de su apartado primero dice: «No obstante, cuando se trate de solicitantes de pensiones y otras prestaciones de la Seguridad Social que no hubiesen estado afiliados ni en alta en ninguno de sus Regímenes, la Tesorería General de la Seguridad Social asignará a los mismos el correspondiente número de la Seguridad Social a propuesta de la Entidad Gestora competente para el reconocimiento de dichas prestaciones»: precisando seguidamente que «la Entidad Gestora deberá aportar a la Tesorería General todos los datos necesarios» para ello; es decir: la obligación ha pasado -por medio del inapropiado rango de una resolución- del posible beneficiario a la Entidad Gestora.

No es obligado solicitar el número de SS antes de solicitar una PNC.

Otra cosa distinta es que, en un loable intento de salvar las contradicciones expuestas, se indique en el preámbulo de la mencionada resolución de 1996 de desarrollo del Reglamento de Afiliación, que puede «también asignarse y solicitarse el número de la Seguridad Social *potestativamente* con carácter previo a su asignación y solicitud obligatorias»; el número de Seguridad Social parece querer convertirse, «potestativamente» por el momento, en un instrumento de identificación personal que

Es potestativo solicitar el número de SS.

^[76] Resolución de 1 de diciembre de 1997 del secretario de Estado de la Seguridad Social, por la que se garantiza la identificación única de las personas físicas y jurídicas en el sistema de la Seguridad Social (BOE de 18 de diciembre de 1997).

pueda utilizarse por cualquier ciudadano^[77], compitiendo con el número de Documento Nacional de Identidad^[78] o, para el caso de los extranjeros, con el Número de Identidad de Extranjero^[79].

Queda algo confuso, por consiguiente, si este número de Seguridad Social identifica a los afiliados o también a los candidatos a serlo. El difícil encaje de estos números identificativos asignados a quienes no sean más que candidatos a beneficiarios, se refleja también en la regulación del documento identificativo de situaciones en la Seguridad Social que ha de servir para acreditar los datos de la Seguridad Social ante las entidades gestoras u otros entes públicos: en el artículo 22 del Reglamento General de Afiliación se prevé entregar dicho documento identificativo con el número de Seguridad Social «a cada afiliado, pensionista y beneficiario» sin mencionarse a dichos candidatos a ser beneficiarios, y la citada resolución de 30 de abril que desarrolla el Reglamento General de Afiliación prevé asimismo que la tarjeta individual se entregará a los ciudadanos para la asignación «obligatoria» del número de Seguridad Social. Así pues, a quienes soliciten voluntariamente el número de identificación parece que no ha lugar a entregarles dicha tarjeta. Existen otros aspectos relacionados con el número de Seguridad Social que se regulan de forma algo inconcreta, ya que en el Reglamento General de Afiliación de 1996 las disposiciones adicionales primera y sexta remiten a lo que dispongan el Secretario General de la Seguridad Social y la Tesorería General en aspectos como las fechas de disponibilidad del número y del documento acreditativo; en la resolución posterior de abril de 1996, se indica que el número es exigible desde 1997, pero el documento acreditativo se expedirá «a partir de» 1996; este documento podrá ser único o no, dependiendo de si se han firmado los correspondientes Convenios con las Comunidades

Confusión en el documento acreditativo del número de SS.

[77] Esta función identificativa la cumple el número de seguridad Social en los Estados Unidos de América, una explicación de este uso en SSA-NÚMERO, 1998.

[78] El número de Seguridad Social comparte ventajas y desventajas con el DNI. Si son conocidos los casos de personas con dos números de Seguridad Social derivados de errores administrativos, involuntarios o provocados, o de la existencia de regímenes especiales con sistemas de numeración no unificados, ello no es privativo de la Seguridad Social. En 1978, cuando las entidades financieras mecanizaban masivamente sus bases de datos, un grupo de trabajo integrado por representantes de seis de estas entidades, llegaba a la conclusión que el DNI no servía para identificar a las personas, dada su baja fiabilidad motivada por los errores involuntarios de la administración que había asignado el mismo DNI a personas distintas, a los errores provocados por los propios interesados para escapar del control de la administración, y por la ausencia de dígitos de control -la letra actual de control es de implantación reciente- que implica que un DNI mal captado permanezca indefinida y erróneamente en la base de datos; a ello había que añadir los problemas de identificación de quienes no tenían tal documento como extranjeros, menores de edad, etc. DNI, 1978.

[79] Regulado en el art. 58 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (BOE de 21-jul-2001), que sustituye al número personal previsto en los artículos 67 y siguientes del Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo (BOE de 12-jun-1986, con corrección de errores en el de 23-jul-1986); dicho número, que coincide con el de Identificación Fiscal, se concede no sólo a los residentes sino a todo aquel «que se relacione con España, por sus intereses económicos profesionales o sociales,» es de obligada exigencia por todas las Administraciones Públicas, y tiene carácter personal, único y exclusivo.

Autónomas competentes para la gestión de la asistencia sanitaria o con los organismos que gestionan los distintos regímenes especiales de funcionarios que en el artículo 1 se excluyen del citado Reglamento General; en resumen: el número y su documentación acreditativa estarán disponibles y serán únicos o no dependiendo de circunstancias diversas.

En conclusión, la afiliación es un acto administrativo de reconocimiento de la pertenencia de un sujeto al campo de aplicación de la modalidad contributiva de Seguridad Social; en la ley no se tipifica el establecimiento de la relación jurídica entre la Seguridad Social y los beneficiarios no afiliados, tanto en la modalidad contributiva como en la no contributiva; y la normativa sobre los actos de encuadramiento se ha realizado básicamente bajo la tradicional óptica de la Seguridad Social contributiva, en la que es preciso saber las personas que están incluidas en su campo de aplicación a efectos de exigir la correspondiente cotización. Al insertar algunas disposiciones relativas a las prestaciones no contributivas, para las que el campo de aplicación son todos los ciudadanos, se han producido algunas indeterminaciones que sería deseable corregir.

Las normas de encuadramiento o fueron pensadas para la SS contributiva.

2 LOS SUJETOS PROTEGIDOS Y LA NACIONALIDAD COMO ELEMENTO RELEVANTE

Tanto en el Retiro Obrero como durante bastantes años en el SOVI no se hizo mención alguna a la nacionalidad de los beneficiarios. Fue al unificar los distintos Seguros Sociales en 1948 que se definió el campo de aplicación subjetivo precisando que se incluían los trabajadores «españoles» y los «hispano-americanos, portugueses, filipinos y andorranos» así como los pertenecientes a países con un tratado, convenio, pacto o reconocimiento de reciprocidad^[80]. Correlativamente se precisó que a partir del día 1 de julio de 1949 quedaban excluidos del SOVI los extranjeros, salvo los casos anteriormente citados; ello no obstante, «los ya inscritos con arreglo a la legislación aplicable conservarán los beneficios que les corresponden»^[81]. Tras la refundición de normas aplicables a los Seguros Sociales llevada a cabo en 1959 se reiteró que dichos extranjeros «conservarán los derechos adquiridos en dichos regímenes con arreglo a la legislación anterior»^[82]. Es en la base tercera de la Ley de Bases de 1963^[83] donde hallaremos el redactado que define el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social con la estructura que perdura hasta el actual artículo 7 de la LGSS, si bien subsistirán

La nacionalidad y el campo de aplicación: precedentes.

[80] Decreto de 29 de diciembre de 1948 (BOE de 18-ene-1949), por el que se simplifica y unifica la afiliación y cotización a diversos Seguros Sociales.

[81] Artículo 4 del Decreto de 29 de diciembre de 1948 (BOE de 18-ene-1949), por el que se aumentan las prestaciones del Seguro de Vejez e Invalidez.

[82] Disposición transitoria 2ª de la Orden de 30 de junio de 1959 (BOE de 16-jul-1959).

[83] Ley 193/63 de 28 de diciembre de 1963 (BOE -Gaceta de Madrid- del 30 de diciembre de 1963).

excepcionalmente algunos mecanismos de protección aplicables a todos los trabajadores sin distinción de nacionalidad^[84].

El artículo primero de la Ley 26/1990 modificó el artículo 7º de la Ley General de Seguridad Social para establecer que, a efectos de las prestaciones de modalidad no contributiva, estarían comprendidos en el campo de aplicación del sistema todos los españoles residentes en territorio nacional. Al no haber dicho simplemente que se ampliaba la tutela a todos los residentes, sino especificar a los «españoles» residentes, podría pensarse, en una lectura aislada de la ley 26/1990, que el poseer la nacionalidad española era indispensable para poder ser beneficiario de dichas prestaciones no contributivas. Sin embargo, al integrar esta modificación en el conjunto del Capítulo II de la Ley General de Seguridad Social, veremos cómo el requisito de ostentar la nacionalidad española no es determinante para la inclusión en el campo de aplicación de la modalidad no contributiva de prestaciones.

El artículo 7 LGSS modificado en 1990.

Las repetidas menciones que se realizan en este artículo séptimo de la LGSS a la nacionalidad de los sujetos protegidos nos permite afirmar que la nacionalidad es un elemento relevante para el acceso a la tutela de nuestro sistema de protección social. La mención que se realiza en el artículo 41 de la Constitución a «todos los ciudadanos» nos puede plantear la duda de cual es el significado que debemos atribuir a la categoría ciudadanos en relación al concepto nacionales. Por una parte, es posible sostener la interpretación de que la Constitución, al mencionar a los ciudadanos, ha puesto el acento en la presencia de una relación jurídico-pública entre el sistema de protección social y sus beneficiarios; ser ciudadano es tener un vínculo jurídico especial en relación a los poderes públicos, poderes a los que se les encomienda el mantenimiento del sistema de protección social, y para resaltar esto la Constitución no se ha limitado a decir «todos» como por ejemplo hace en los artículos siguientes 43.2; 44.1; 45.1, ni tampoco ha utilizado la expresión «todas las personas» como en el artículo 24, sino que ha querido añadir al concepto «todos» el atributo de ciudadano, que es quien en relación a los poderes públicos no es simplemente una persona, sino que es un sujeto de derechos y deberes.

Los ciudadanos en relación con «todos los ciudadanos» del art. 41 de la Constitución.

Otra posible interpretación -que seguramente es la más acertada- es considerar que, al referirse a los ciudadanos, la Constitución a la vez que se distancia de la mera mención a los trabajadores que constituyeron el campo subjetivo de nuestro sistema tradicional de Seguridad Social, impide que el criterio de la nacionalidad sea un elemento

La nacionalidad en relación con «todos los ciudadanos» del art. 41 de la Constitución.

^[84] CORTÁZAR, 2000, página 60, señala los accidentes de trabajo y la asistencia sanitaria por maternidad; el primero en virtud del artículo 5 del texto refundido de la Ley de Accidentes de Trabajo aprobado por Decreto de 22 de junio de 1956 (BOE de 15-jul-1956); el segundo, en base al artículo 14 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre (BOE de 28-nov-1967).

delimitador y excluyente del sistema de protección social, es decir, que la mención a todos los ciudadanos vendría a completar el mandato contenido en el artículo 13.1 de la Constitución, de forma que si en dicho artículo 13.1 se encomienda en general a los tratados y a la ley la concreción de los términos en que los extranjeros disfrutaran de las garantías del Título I de la Constitución, en el artículo 41 (que forma parte del capítulo III de dicho Título I) se obligaría a que la ley que regulara la Seguridad Social contemplara tanto a los ciudadanos españoles como a los ciudadanos extranjeros. Según esta interpretación, la expresión «todos los ciudadanos» vendría a reforzar el carácter universalista de nuestro sistema de protección social, no tan sólo por su oposición al criterio de laboralidad (ciudadanos en lugar de decir trabajadores) sino también por su oposición al criterio de españolidad (todos los ciudadanos en lugar de decir los ciudadanos españoles, o simplemente los españoles): los términos exactos en que se otorgue esta protección social son responsabilidad del legislador, pero lo que le estaría vedado sería establecer una Seguridad Social sólo para españoles, de la misma forma que tampoco podría limitarla únicamente a los trabajadores.

Si bien la clara redacción del actual epígrafe 3 del artículo 7 de la Ley no deja duda alguna de que todos los españoles residentes en España están incluidos en el campo de aplicación, no se dice en ningún momento que únicamente los españoles puedan quedar bajo la protección del sistema, ni tampoco es posible el argumento *a contrario* (si se declara incluidos a los españoles es porque se ha querido excluir a los no españoles) dado el tenor de los siguientes epígrafes de dicho artículo que extienden el campo de aplicación a los ciudadanos con otras nacionalidades distintas a la española^[85].

Todos los españoles, no significa sólo los españoles.

La Ley 4/2000^[86] ha significado un cambio importante en la configuración del derecho de los extranjeros a la Seguridad Social. La nueva Ley parte del principio de que el acceso al Sistema de Seguridad Social corresponde a todos los extranjeros sin distinción de situaciones administrativas^[87], si bien este derecho reconocido en el artículo 10.1 viene delimitado en artículos posteriores, y especialmente en el artículo 14.1 de dicha ley que dice: «Los extranjeros residentes tendrán derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles»;

Equiparación de la protección social en la Ley 4/2000

[85] La descripción del campo de aplicación de las prestaciones no contributivas se simplifica algunas veces demasiado, lamentablemente también desde publicaciones que emanan del Gobierno. Véase un ejemplo de omisión de toda mención a los ciudadanos extranjeros en: ESPAÑA2000, página 237.

[86] Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (BOE de 12 de enero del 2000), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

[87] La enmienda que, a iniciativa del Partido Popular, se introdujo en el Senado que reservaba en general este derecho a los extranjeros «residentes» fue rechazada posteriormente por el Congreso. Veanse las enmiendas planteadas en el Senado y el texto aprobado por el senado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales - Senado, Serie III-B, Número 44(c) de 10 de diciembre de 1999.

insertándose dicho precepto en un conjunto de disposiciones (artículos 12 a 15 de dicha Ley) que regulan derechos y deberes relacionados con el transcrito, habiéndose segmentado el reconocimiento de tales derechos según criterios diversos, siendo el más usual el de la situación administrativa de su permanencia en territorio español ^[88].

El punto de partida, y gran avance en la regulación del Derecho a la Seguridad Social de los ciudadanos que no ostenten la nacionalidad española, es que parece que no va a existir ninguna diferencia entre prestaciones contributivas y no contributivas, ya que la ley se refiere en general a prestaciones de la Seguridad Social. Antes de analizar el importante matiz de que la equiparación se predica para «los extranjeros residentes», queremos dejar constancia de otro importante elemento de indeterminación: a todos los extranjeros se les reconoce el derecho «a los servicios y prestaciones sociales básicas» (art. 14.3) mientras que se reserva a los residentes el acceso «a los servicios y prestaciones sociales [...] específicos», sin que en el reglamento de ejecución ^[89] nada se haya precisado acerca del sentido de tales expresiones; el reconocimiento del derecho a las «prestaciones sociales básicas» se hace a todos los extranjeros sin matización ni condición alguna, y si bien parece existir unanimidad en que la expresión «cualquiera que sea su situación administrativa» implica que no existirán diferencias por razón de que se hallen o no en posesión de un permiso de trabajo o de residencia, seguramente resultaría sorprendente si ello se interpretase como que no existirá tampoco ninguna diferencia entre los extranjeros que se hallen o no en nuestro territorio, por lo que debe interpretarse que las situaciones administrativas a las que se refiere este artículo son las que se regulan en la propia ley como específicas de los extranjeros.

Las 'situaciones administrativas' en el art. 14 de la Ley Orgánica 4/2000.

El segundo elemento de concreción es cuáles son estas prestaciones sociales básicas; algún autor ha sobreentendido que eran prestaciones a cargo de las Comunidades Autónomas ^[90], mencionando los ingresos de inserción, los programas de acogimiento, las ayudas de emergencia social, etc; pero, aparte de que la tutela de estas situaciones de necesidad no se realiza actualmente en exclusiva a nivel autonómico sino también por parte del Estado y por parte de la Administración local, será difícil explicar que las prestaciones de la Seguridad Social estatal -como las pensiones no contributivas- no se integran en la categoría denominada como «prestaciones sociales básicas»; no ayuda mucho en la clarificación del ámbito material de tal concepto de prestaciones básicas la

Prestaciones básicas o específicas: dos interpretaciones textuales de la Ley Orgánica. 4/2000.

^[88] CORTÁZAR, 2000, página 67, considera que el art. 14 de la Ley Orgánica 4/2000 elimina cualquier incertidumbre en cuanto a que todos los extranjeros residentes legales extranjeros tienen derecho a las prestaciones de seguridad Social tanto a las contributivas como a las no contributivas.

^[89] Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (BOE de 21-jul-2001).

^[90] CORTÁZAR, 2000, página 67: «queda por dilucidar qué se entiende por prestaciones sociales básicas, tarea ésta que va a exigir la elaboración por parte de las Comunidades Autónomas, de criterios comunes»

categoría que alternativamente se menciona en el apartado segundo al realizar una división entre prestaciones «generales y básicas» y «específicas». Tal como se ha hecho notar por la doctrina, la división entre servicios sociales 'básicos' y 'específicos' se halla en todas las legislaciones autonómicas sobre la materia^[91], aunque más bien se expresa con otros términos: servicios sociales 'de base', 'generales' o 'comunitarios', ya que en realidad sólo la Comunidad Autónoma de Castilla y León utiliza la expresión 'básicos'^[92] sin que el contenido de los ofertados sea tampoco homogéneo; difícilmente podrá considerarse suficientemente consolidada tal expresión para que la Ley estatal y todos los poderes públicos interpreten pacíficamente qué tipo de prestaciones debe ofertarse a cada una de las dos categorías en las que La Ley Orgánica 4/2000 divide a los ciudadanos extranjeros. Si atendemos meramente al texto de la Ley Orgánica, el artículo puede interpretarse de varias formas, por ejemplo: *a)* una primera interpretación -que tiene la ventaja de ser la más próxima a clasificaciones competenciales existentes- sería considerar que el apartado 1 del artículo 14 se refiere a prestaciones de la Seguridad Social que se hacen accesibles en todo caso a los extranjeros residentes sin diferenciación por razón de nacionalidad, y los apartados 2 y 3 se referirían a prestaciones suplementarias de asistencia social que se dividirían en las dos categorías que se mencionan: básicas y específicas; *b)* una segunda interpretación posible sería entender que tal clasificación entre prestaciones y servicios básicos y específicos no tiene por qué ser heredera del viejo debate competencial, sino que la nueva clasificación se ha creado para responder a la diferencia que se quiere entre residentes y no residentes, y que tal clasificación puede superponerse y afectar tanto a prestaciones consideradas como de Seguridad Social como a otras prestaciones y servicios de carácter social, y a sus respectivos entes competentes; dado que el título del artículo 14 es «Derecho a Seguridad Social y a los servicios sociales», las prestaciones sociales básicas o específicas que acompañan a los servicios en los apartados 2 y 3 de este artículo tanto puede interpretarse que se refieren a uno o a los dos elementos del título: prestaciones derivadas de los servicios sociales, o también prestaciones de Seguridad Social.

El texto actual de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero no ha sido alterado en la reforma posterior de la Ley Orgánica 8/2000^[93], y tampoco sufrió ningún cambio durante prácticamente todo el proceso legislativo, en el que no podemos hallar debates o enmiendas que orienten acerca de su más preciso significado; ya que el texto de la ley

Prestaciones
(de
asistencia)
básicas y
servicios
sociales.

^[91] ALONSO, 2001, página 21.

^[92] ALONSO, 2000, página 260.

^[93] De 22 de diciembre (BOE de 23-dic-2000)

es idéntico al elaborado en el primer informe de la ponencia redactora^[94]. Sin embargo, este informe es fruto de la consideración conjunta de tres proposiciones de Ley^[95], y sólo en una de ellas hallamos una propuesta que se asemeje al redactado final, si bien partía de una ordenación inversa (primero, el derecho de todos los extranjeros; luego, los que se reconocían a los residentes)^[96]; y de las enmiendas presentadas al citado texto que fueron estudiadas por la ponencia, sólo una^[97] contiene alguna otra expresión (la distinción de servicios básicos y específicos) de las que finalmente figuran en la Ley Orgánica; se acota así notablemente el análisis de los antecedentes legislativos que puedan servir de criterio interpretativo. Del análisis de los antecedentes citados podemos deducir en cuanto a la intención de la proposición legislativa lo siguiente: primero, que las prestaciones a las que se alude en los apartados 2 y 3 del artículo 14 de la Ley Orgánica se refieren a prestaciones de asistencia social y de las Administraciones Públicas, distintas de las pensiones contributivas o no contributivas^[98]; y segundo, que la diferenciación entre específicos y básicos -que allí se dijo: «generales o básicos»- se refería originariamente a los Servicios Sociales^[99]. En consecuencia, en los antecedentes legislativos la igualdad de trato respecto a las pensiones no contributivas se establecía únicamente para los extranjeros 'residentes' y no para todos los extranjeros. Sin embargo debe tenerse en cuenta que el redactado final cambió una letra: lo que inicialmente eran servicios sociales básicos y prestaciones sociales, se han convertido para todos los extranjeros en «servicios y prestaciones sociales básicas», impidiendo este femenino -salvo error aún no corregido- considerar que se refiere a los servicios sociales, sino que únicamente puede hablarse de las prestaciones básicas, mientras que los servicios serán todos. Como en varias ocasiones tendremos ocasión de repetir, el uso de términos o clasificaciones nuevos en la ley sin que se hallen definidos es un defecto de técnica

[94] Publicado en el BOCG, Serie B: núm 330-1, de 4-nov-1999. En el informe de la ponencia dicho texto figuraba como artículo 15.

[95] Presentadas por los grupos parlamentarios Mixto (BOCG, Serie B, núm.189-1, de 2-abr-1998); CiU (BOCG, Serie B, núm. 179-1, de 18-mar-1998) e IU (BOCG, serie B, núm 175-1, de 18-mar-1998).

[96] En el artículo 13 de la proposición presentada por los diputados de Iniciativa-Els Verds, y del Partido Democrático de la Nueva Izquierda, pertenecientes al Grupo Parlamentario Mixto. BOCG, serie B, núm. 189-1, de 2-abr-1998, página 3.

[97] La enmienda número 6, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, con el mismo redactado que antes fracasó como enmienda a la totalidad. BOCG, serie B, núm. 189-11, de 18-nov-1998, página 51. En el texto alternativo figuraba como artículo 29.

[98] En el artículo 13 de la proposición se decía que «1. Los extranjeros que se hallen en España tendrán derecho a la asistencia y prestaciones sociales ante situaciones de necesidad, en igualdad de condiciones que los españoles. 2. Los residentes extranjeros tendrán los mismos derechos que los españoles a las prestaciones contributivas y no contributivas...»

[99] En el artículo 29.1 (sic, no había apartado 2) de la enmienda se decía: «Los extranjeros residentes en España tendrán derecho a: a) Los servicios sociales generales o básicos, los servicios sociales específicos y a cualquiera de sus prestaciones, en igualdad de condiciones con los españoles y sus familiares.»

legislativa que sólo puede crear incertidumbre, y animar un debate interpretativo que va a contar con más apoyo político que con base legal; y va a ser, en último término, la voluntad de los poderes públicos la que va a determinar en cual de estas posibles direcciones se desarrollará el precepto legal; como actualmente las distintas administraciones no pugnan encarnizadamente entre ellas por ofrecer prestaciones sociales a los extranjeros, el desarrollo de este artículo 14 de la LO 4/2000 no ha sido llevado a término con mucha celeridad.

El citado artículo 14.1 delimita su ámbito subjetivo con la expresión «los extranjeros residentes» que debe ser analizada cuidadosamente. Al decir «los extranjeros residentes» y no «los extranjeros residentes en España» parece que la ley quiere poner el acento en la situación administrativa de residencia y no en la ubicación geográfica de la misma en territorio español, como lo demuestra la bipartición que se realiza en los distintos apartados de este artículo: los apartados 1 y 2 se refieren a los extranjeros residentes, mientras que el apartado 3 se refiere a «los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa»; esta partición nos muestra que los extranjeros residentes serían una especificación (tratada más generosamente) dentro del conjunto más amplio de los extranjeros, y que el criterio de partición es la situación administrativa de residente como subconjunto del total de situaciones administrativas, debiéndose entender por tales las relacionadas con la condición de residente, y no otras situaciones administrativas que pueden afectar a los ciudadanos extranjeros^[100]. Así pues, en una interpretación conjunta del artículo 14, los conceptos de residente y de situación administrativa se relacionan para delimitar su definición.

El concepto de residente en el art. 14 de la Ley 4/2000.

Hasta 1996, existían dos posibles conceptos administrativos de residente. Uno de ellos era el derivado de la legislación de régimen local que atribuía la condición de residente en el momento de realizar la inscripción en el padrón municipal^[101]; y un segundo concepto, que es el que podía derivarse de los artículos 28 y ss. de la propia ley de derechos y libertades de los extranjeros, consideraba residente a quien se hallase en alguna de las situaciones administrativas de residencia (temporal, definitiva, de

Dos conceptos de residente.

[100] Como ser funcionario en activo, o ser cargo público electo, o estar autorizado para practicar la caza con armas de fuego, o ser sujeto pasivo de determinado impuesto, o ser concesionario de los derechos de emisión radiofónica en una determinada frecuencia, etc.

[101] Artículo 16.1 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local (BOE de 3-abr-1985): «la condición de residente se adquiere en el momento de realizar la inscripción en el Padrón». Este artículo ha sido modificado por la Ley 4/1996, de 10 de enero (BOE de 12-ene-1996) que mediante la modificación de los artículos 12 a 18 de la citada Ley de Bases sustituye esta denominación de residentes por la de vecinos.

estudiantes, de refugiados, etc.^[102]): la situación de residencia equivalía a hallarse el extranjero autorizado a permanecer en España. Esta segunda acepción del término residente es la que parece ha querido darle el legislador en el artículo 14 de la Ley 4/2000 si realizamos una interpretación contextual; si examinamos el artículo 13, inmediatamente anterior al analizado, vemos que se instaura allí una equiparación referida a «los extranjeros residentes y los que se encuentren en España inscritos en el padrón»; como la inscripción en el padrón solo puede hacerse «en el municipio en el que se resida habitualmente»^[103] la distinción que realiza este artículo 13 no tendría sentido si tomásemos el primer concepto de residente antes indicado, ya que vendría a designar dos veces al mismo conjunto de residentes. Por ello, debemos concluir que residentes serían quienes se hallasen en alguna de las situaciones administrativas de residencia, junto a las cuales habrá otras personas inscritas en el padrón municipal por residir en el municipio.

Ello no obstante, conviene destacar -por cuanto será importante en nuestro análisis futuro del requisito de residir en España- que en los artículos que venimos comentando de la ley 4/2000 la condición de «residente» como titular de un derecho de residencia es distinta del hecho de residir en España, designándose mayoritariamente el residir como hecho con la expresión «encontrarse en» (artículos 4.1, 7.1, 8, 12, etc.), pero también con la de «hallarse en» (artículo 11.1) o la de «permanecer en» (artículo 28.2); y asimismo es distinto del hecho de la «residencia» como lugar que se elige libremente por todo extranjero que se halle en España (artículo 5.1), al que se retorna (artículo 42), o en el que se permanece (artículos 6.3, 13, 14.2, etc.).

Condición de residente, lugar de residencia y hecho de residir.

La Ley 4/2000 modifica, en consecuencia, el artículo 7.5 de la vigente Ley General de la Seguridad Social por ser *lex posterior*, pero no lo deroga explícitamente^[104], y parece que no puede entenderse que exista una derogación tácita completa^[105], ya que para los extranjeros que no hayan alcanzado la condición administrativa de residentes seguirá siendo de aplicación el segundo inciso del artículo 7.5 LGSS: lo que se disponga en los tratados u otros instrumentos jurídicos internacionales, o la aplicación del principio de

El segundo inciso del art. 7.5 LGSS puede ser aún aplicable.

[102] Recuérdese que la limitación del concepto de residente a las solas situaciones de residencia fue posteriormente rechazada por el Congreso de los Diputados.

[103] Artículo 15 de la Ley 7/1985 de bases del Régimen Local, modificada por la Ley 4/1996, de 10 de enero (BOE de 12-enero-1996).

[104] Cortázar, 2000, página 62, espera una trasposición a la LGSS de la Ley Orgánica 4/2000 que considera elimina de forma «parece ser» que absoluta, toda discriminación por razón de nacionalidad en relación con las prestaciones no contributivas.

[105] De acuerdo con la disposición derogatoria única de la Ley 4/2000, y de acuerdo también con el artículo 2.2 del Código Civil, la derogación se extiende únicamente a aquello que sea incompatible con la nueva ley.

reciprocidad. Creemos que ello es así por dos razones: en primer lugar, estas personas no se hallan afectadas por lo dispuesto en el artículo 14.1 de la Ley 4/2000, ya que -como ya se ha expuesto- en dicho artículo se establece la equiparación de los extranjeros residentes con los españoles, pero ello no significa que para el resto de extranjeros (los no que -aún- no sean residentes) no les sean aplicables la anterior normativa en su relación con la Seguridad Social; en segundo -e importante- lugar, debe tenerse en cuenta que los instrumentos internacionales a los que alude el artículo 7.5 LGSS no pueden verse modificados por la Ley 4/2000, según reza el artículo 96.1 de la Constitución^[106]. Por la antedicha aplicabilidad que conservan, porque durante algunos años deberemos analizar casos y recursos enjuiciados bajo el imperio de la antigua normativa, y porque existe la posibilidad de que nos hallemos ante un legislador voluble que, al poco de haberse aprobado, pudiera derogar los cambios introducidos en la ley 4/2000^[107], se conserva aquí un pequeño análisis de la repercusión jurídica que el artículo 7.5 de la LGSS y los distintos instrumentos internacionales puedan tener en el derecho a obtener una pensión no contributiva, aunque ahora pueda ser aplicable como mucho a un subconjunto más reducido de los extranjeros que se hallen en España.

El primer inciso del artículo 7.5 de la LGSS, equipara, o sea, reconoce a una serie de ciudadanos extranjeros el principio de igualdad de trato a los efectos de las prestaciones no contributivas^[108], es decir: sin discriminación por razón de su nacionalidad tienen

Hispanoamericanos a equiparar: ¿según su ciudadanía, u otro criterio?

[106] Y así se reconoce en el art. 1.2 de la Ley 4/2000 (BOE de 12-ene-2000), y en el artículo único.2 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (BOE de 21-jul-2001) que sus disposiciones deben entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales.

[107] Ya antes de la aprobación definitiva de la Ley 4/2000, el Gobierno anunció su intención de cambiarla si obtenía la mayoría suficiente. Para una muestra de las numerosas declaraciones que se realizaron en tal sentido, véase la rueda de prensa de 24 de diciembre de 1999 del vicepresidente y del portavoz del gobierno, en MODIFICAR, 1999. La modificación de esta ley figura en el programa electoral del PP: «Esos compromisos nos exigen desarrollar una acción basada en los criterios que se enuncian a continuación y que obligan a una adaptación normativa a los mismos de la llamada ley de extranjería recientemente aprobada» PROGRAMAPP, 2000, página 77.

[108] El artículo 7 LGSS fue modificado por el artículo 91 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre (BOE del 31-dic-96) en el sentido de que en el número 1 del mencionado artículo 7 se define el ámbito subjetivo del sistema en la modalidad contributiva, y en el número 5 se define la situación de los extranjeros exclusivamente en lo que se refiere a la modalidad no contributiva de prestaciones, y no -como sucedía anteriormente- para el conjunto del sistema. A su vez, el artículo 7.1 fue modificado por el artículo 44 y por la Disposición adicional cuadragésima tercera de la Ley 66/1997, de 30- dic. (BOE del 31-dic-97), de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. El artículo 1.4.a) de la Orden de 28 de diciembre de 1966 (BOE de 30-dic-1966) relativa al campo de aplicación de la Seguridad Social, realizó una distinción entre una equiparación en los términos y condiciones que determinase el Gobierno, y una equiparación absoluta a aplicar subsidiariamente. Tal distinción dictada para desarrollar el artículo 7.4 de la entonces vigente Ley de Seguridad Social, de redactado igual -en el aspecto que aquí interesa- al actual artículo 7.5 de la LGSS, no ha tenido efectos prácticos. Dejamos constancia de ella únicamente para señalar su dudosa legalidad al habilitar al Gobierno mediante una Orden Ministerial para restringir mediante «condiciones» una equiparación que

derecho a recibir un trato igual al reservado a los ciudadanos españoles^[109]. En el art. 7.5 LGSS no son todos los extranjeros los equiparados a los españoles, sino únicamente una parte de ellos, según su nacionalidad, lo cual era discutible desde el punto de vista de la igualdad^[110]. Encabezan la lista de ciudadanos a equiparar a los españoles los hispanoamericanos; pero ¿quiénes son hispanoamericanos?. En primer lugar, y utilizando como criterio interpretativo el remontarse al texto de la Ley de Bases de 1963^[111], debemos precisar que cuando la ley actual dice «los hispanoamericanos» se refiere de los súbditos de países hispanoamericanos, por lo que quedan excluidas aquellas personas de origen hispanoamericano que hayan adquirido otra nacionalidad; y excluidas también aquellas personas que residan en un país que en su globalidad no sea considerado como hispanoamericano, aunque una parte de dicho país pudiera recibir tal apelación (como los estados del sur de Estados Unidos de Norteamérica que antaño formaron parte de México); y si el criterio a utilizar es el de su ciudadanía política y no el de su origen personal remoto, quedan incluidos todos quienes ostenten la ciudadanía de un país hispanoamericano, aún cuando su origen más o menos lejano nada tuviese que ver con España (pueden descender de alemanes, polacos, italianos o nigerianos, por poner algún ejemplo), supuesto que fácilmente puede producirse, dado que se trata de países que han recibido inmigrantes de diverso origen, y que han adoptado como criterio básico para la concesión de nacionalidad el *ius soli* y no el *ius sanguinis*^[112].

Sentado que a los efectos de equiparación con los españoles el criterio a considerar es la ciudadanía política y no los antecedentes personales, deberíamos poder detallar cuales son exactamente estos países hispanoamericanos; sin embargo, nos encontramos con la dificultad de que el concepto «país hispanoamericano» no ha sido definido en esta ley ni en ninguna otra, aún cuando se han venido utilizando desde hace muchos años,

Determinar
qué países
son
hispanoameric
anos

la ley formula llanamente.

[109] Este es el significado de principio «igualdad de trato». PALMERO, 1995; también GARCÍA, 1991, pág. 85, se manifiesta en favor de no distinguir entre las expresiones «equiparación» e «igualdad».

[110] El Consejo Constitucional francés obligó a que todos los extranjeros residentes legalmente en Francia pudiesen percibir un 'subsidio complementario' destinado a las personas ancianas o discapacitadas, anulando por discriminatoria la limitación existente desde 1956 de que únicamente podían percibirlo los ciudadanos de países con los que Francia tuviera un Convenio de reciprocidad, y -desde 1990 (Loi 90-86, de 23-ene-1990; *Journal Officiel* de 25-ene-1990)- los ciudadanos de la CEE. *Décision du Conseil Constitutionnel*, 89-269DC, de 22 de enero de 1990 (*Journal Officiel* de 24-ene-1990).

[111] Base 2ª.8 de la ley 193/1963, de 28 de diciembre de 1963 (BOE de 30-dic-1963). Al analizar un texto refundido, creo que el primer criterio interpretativo a utilizar, de los que se señalan en el artículo 3.1 del Código Civil, debe ser los antecedentes legislativos.

[112] No parece acertada, por esta razón, la utilización de la expresión «estirpe ibérica» como sinónimo de hispanoamericano utilizada habitualmente en la doctrina, por ejemplo, en BLASCO, 1995, página 92; GARCÍA, 1991, págs. 75, 77, 79, etc; y por CHARRO, 1999, pág. 54; ya que la expresión estirpe -como las semejantes de linaje, abolengo, raza, etc.- describe unos antecedentes personales y no un estatus político.

y en normas relativas a variados temas, los conceptos de hispanoamericano, hispanidad, iberoamericano, e hispano-lusoamericano. En las sucesivas constituciones españolas, tras la lejana relación realizada en la Constitución de 1812 de los territorios en los que se hallaban «los españoles de ambos hemisferios»^[113] las alusiones a los países americanos relacionados con España se van difuminando y se expresan hasta la Constitución de 1978 con generalidades. Parece que la mayoría de autores^[114] están de acuerdo en que los países hispanoamericanos son, además de España, los dieciocho siguientes: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, y Venezuela; a los que deben unirse Portugal y Brasil cuando se habla de iberoamérica^[115]; y si utilizamos el apelativo de Latinoamérica, deberemos incluir a los países de habla francesa como Haití, la Guayana francesa, Martinica y Guadalupe^[116]

Si bien es la historia el fundamento del trato especial con estos países, denominados en el artículo 56.1 de nuestra Constitución como naciones de comunidad histórica con el Estado Español, la opinión de los historiadores no parece ser el instrumento idóneo para remediar la utilización en una norma jurídica de conceptos no bien definidos, ya que esta indefinición es un error de técnica legislativa que provoca inseguridad jurídica en los afectados dada la maleabilidad de estos términos. Si intentamos elaborar esta lista de países a partir de los instrumentos internacionales que se autoafirman como iberoamericanos (raramente se usa en derecho internacional la expresión hispanoamericano) no podríamos llegar a una conclusión clara debido a que el número de los países que ratifican o no un determinado instrumento internacional depende de variados factores. Así, y centrándonos en el ámbito de la Seguridad Social, el Tratado constitutivo de la Comunidad Iberoamericana de Seguridad Social de 1982^[117] recoge menos países que el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Quito en

Los instrumentos internacionales iberoamericanos.

[113] Artículo 10 de la Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812 «En la América septentrional, Nueva España con la Nueva Galicia y península de Yucatán, Guatemala, provincias internas de Oriente, provincias internas de Occidente, isla de Cuba con las dos Floridas, la parte española de la isla de Santo Domingo y la isla de Puerto Rico con las demás adyacentes a éstas y al continente en uno y otro mar. En la América meridional, la Nueva Granada, Venezuela, el Perú, Chile, provincias del Río de la Plata, y todas las islas adyacentes en el mar Pacífico y el Atlántico». Citada por: TIERNO, 1972, página 24, y por REMIRO, 1978, página 17.

[114] Por todos: PEREIRA, 1992, página 61, aunque en el página 279 pasa a denominar a estos 18 estados «comunidad iberoamericana».

[115] De iberoamericanos se califican los veintiún países reseñados en la Declaración de Guadalajara, tras la reunión de los respectivos Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en dicha ciudad mejicana los días 18 y 19 de julio de 1991. El texto íntegro y su análisis puede verse en ARENAL, 1992.

[116] *Vid.* PEREIRA, 1992, página 74, quien al analizar al historia y críticas de tal denominación, incluye a Puerto Rico entre los países latinoamericanos, sin incluirlo entre los hispanoamericanos. Esta misma lista de países hispanoamericanos es la que se indica en PLANAS, 1996, página 87.

[117] El instrumento de ratificación por España se halla publicado en el BOE de 13-dic-1985.

1978^[118], y aún en éste se hallan ausencias tan notables como las de Cuba, Paraguay, Honduras, Guatemala o Méjico, que no han ratificado dicho tratado; en la Organización Iberoamericana de Seguridad Social^[119], que agrupa a representantes de los gobiernos e instituciones encargadas de gestionar sistemas de Seguridad Social, la lista de países que se afirman iberoamericanos es mucho más completa, tan completa que incluye países como Haití, de laxa vinculación a lo hispano; también se incluye a Filipinas, que debería calificarse más bien de iberoasiática, y por ello se la menciona siempre separadamente de lo hispanoamericano en los textos legales españoles; y también forma parte de esta organización internacional -autodenominada iberoamericana- Guinea Ecuatorial, que más bien debería calificarse como iberoafricana.

Una indeterminación especial se da en el caso de los ciudadanos de Guinea^[120]: los ecuatoguineanos han recibido un tratamiento similar a los hispanoamericanos en diversas normas (art. 24 del Código Civil, art. 23 de la Ley orgánica 7/1985 sobre libertades de los extranjeros en España, etc) y -específicamente en materia de Seguridad Social- la Ley 58/1980, de 15 de noviembre, dispuso en su artículo único que los trabajadores guineanos que residieran legalmente en España se equipararan a los trabajadores españoles a los efectos de su inclusión en los distintos regímenes de la Seguridad Social; sin embargo, esta ley fue derogada explícitamente y sin reservas por la Ley 7/1985, de 1 de julio (BOE de 3 de julio), por lo que, no figurando en la relación de ciudadanía a equiparar que realiza la Ley General de Seguridad Social, ni habiendo figurado nunca en los textos cuya refundición ha dado lugar al actual texto legal, debe concluirse que dichos ciudadanos ecuatoguineanos no disfrutaban de ningún trato favorable, a pesar de que algún autor ha considerado en algún momento que el anterior trato de equiparación debía ser mantenido basándose en que la Ley 59/1980 no había sido tomada en consideración al efectuarse la refundición legislativa, argumento que no podemos compartir ya que dicha ley no podía ser tomada en consideración si estaba derogada^[121]. La mencionada no equiparación de los ecuatoguineanos ha de considerarse corregida en parte por el tratado multilateral en materia de Seguridad

Guinea
Ecuatorial.

[118] El instrumento de ratificación por España de 16-feb-1979 fue publicado en el BOE de 17-ago-1982

[119] Un resumen de las características de esta organización puede verse en UIA, 1995, página 686.

[120] Sirva de muestra de la oscura historia jurídica de España con Guinea, que doce de los dieciocho tratados concluidos entre el 30 de octubre de 1979 y el 23 de octubre del siguiente año, no fueron comunicados a las Cortes. RODRÍGUEZ CARRIÓN, ALEJANDRO J., *Control de los tratados internacionales en el sistema parlamentario español*, Sevilla: (mimeo), 1981, páginas 129-139. citado por REMIRO, 1984, página 198, nota 19.

[121] Considera vigente la Ley 58/1980 la nota 27 a la Ley General de Seguridad Social en el «Código de Protección Social», publicado en 1995 por la editorial del Boletín Oficial del Estado, página 381. También CORTÁZAR, 2000, página 62. En contra, GARCÍA, 1991, pág. 74, nota 65.

Social en el que Guinea Ecuatorial y España son parte^[122] puesto que el mismo se aplica a los sistemas obligatorios de Seguridad Social vigentes, requiriéndose un acuerdo expreso de las partes signatarias para ampliarse respecto de otros derechos contenidos en los sistemas de protección social vigentes, lo que supone que si bien puede considerarse -con importantes limitaciones-^[123] que dicha igualdad de trato podría aplicarse en las prestaciones de vejez e invalidez, en cambio quedan claramente excluidas las prestaciones familiares.

Se planteó también el problema de si al declarar la Ley 7/1985 que quedaba derogada la Ley 118/1969, de 30 de diciembre, en la que se contenía un redactado similar al artículo 7.5 de la Ley General de Seguridad Social, podía extenderse también el efecto derogatorio a este último precepto, interpretando que si derogaba explícitamente una ley que afirmaba la equiparación -laboral y de Seguridad Social- y simultáneamente se afirmaba que tal derogación se extendía también a toda otra norma de igual o inferior rango que se opusiera a la que se promulgaba, podía pensarse que la derogación debía extenderse a toda norma -incluyendo al artículo 7.5 LGSS- en la que también se afirmase tal equiparación. Tal interpretación extensiva no ha sido recogida por la doctrina que ha interpretado que la Ley orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, solo se planteó temas laborales^[124] y no de Seguridad Social, y el legislador delegado en el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1994 ha mantenido para los extranjeros el mismo enunciado equiparador que proviene del epígrafe 8 de la base 2ª de la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, viéndose ratificada esta interpretación continuista por el redactado dado a dicho epígrafe por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre.

Possible derogación del art. 7.5 LGSS en 1985.

El segundo inciso del artículo 7.5 de la Ley General de Seguridad Social establece que los extranjeros pueden tener acceso a las prestaciones no contributivas según lo que se diga

El concepto de reciprocidad.

[122] Convenio Iberoamericano de Seguridad Social, hecho juntamente con el Convenio Iberoamericano de Cooperación en Seguridad Social en Quito el 26 de enero de 1978, y cuyos instrumentos de ratificación por parte española fueron publicados, respectivamente, en los BOE de fecha 17 y 16 de agosto de 1982.

[123] La limitación «que presten o hayan prestado servicios en el territorio» del Estado [artículo 10], lo cual no debe interpretarse como sinónimo de limitación a la modalidad contributiva, ya que no se indica que las prestaciones deban nacer precisamente en razón de dicha prestación de servicios, sino como un punto de conexión reforzado -además de la residencia- del emigrante con el país que le otorga la protección social. Abona esta interpretación el hecho de que el artículo 1 configura con amplitud el ámbito del Convenio que se aplica a los regímenes de Seguridad Social, Previsión Social y Seguros Sociales.

[124] Así se indicaba en la nota 15 a la Ley General de Seguridad Social en la duodécima edición -de 1993- de la «Legislación Social Básica» publicada por editorial Cívitas, aunque tal observación desapareció en la siguiente edición.

en los tratados internacionales aplicables^[125] y, subsidiariamente, según pueda aplicarse el principio de reciprocidad. No se precisa más en la norma el concepto de reciprocidad a aplicar, siendo así que la doctrina ha señalado que existen dos conceptos de reciprocidad: una, llamada reciprocidad abstracta, consistente en otorgar al ciudadano extranjero el mismo trato que a los propios nacionales, lo que significa que el concreto trato que reciban éstos dependerá del contenido material de las normas nacionales y, de ser muy dispares entre los dos países que se aplican el trato recíproco, puede originar una situación de desequilibrio y desigualdad al ser la simetría de trato de carácter no equivalente; la otra versión del concepto de reciprocidad es la llamada reciprocidad concreta, en la que se desciende a precisar el contenido de las normas a aplicar a unos y otros ciudadanos y se subordina la reciprocidad a la igualdad material de trato, lo que requiere una verdadera uniformidad de los derechos materiales de ambos Estados. En ausencia de toda precisión acerca de los derechos materiales que deben reconocerse por igual a los ciudadanos de los países que se otorgan recíprocamente el mismo trato, debe entenderse que el concepto de reciprocidad al que aluden las normas es el primero, es decir la reciprocidad abstracta de trato igual de los extranjeros en cada país a las condiciones disfrutadas por los propios nacionales. Se precisa asimismo en este artículo 7.5 *in fine* que la reciprocidad puede ser tácita o expresamente reconocida, debiéndose entender por reciprocidad tácita la que se origina con carácter consuetudinario unilateral, es decir, por repetición y consentimiento en el reconocimiento de que a determinados ciudadanos extranjeros debe de aplicárseles tal tratamiento con independencia del comportamiento de los demás países, si bien con tal comportamiento se busca que los otros países lo imiten y se establezca una parificación en el reconocimiento de la situación de reciprocidad^[126]. En muchos países no existen normas específicas que regulen la relación de los extranjeros y su sistema de Seguridad Social, produciéndose la equiparación entre nacionales y extranjeros a partir de prácticas consuetudinarias, variables según la naturaleza del trabajo, las prestaciones, la nacionalidad del afectado, o -simplemente- debido a decisiones administrativas de carácter arbitrario^[127].

Existía ya un precedente normativo de equiparación general de los extranjeros autorizados a trabajar en España, aunque no exento de problemas, ya que podíamos

[125] Que consistirá normalmente en establecer la igualdad de trato, ya que el eje fundamental de los instrumentos internacionales en materia de Seguridad Social, bilaterales o multilaterales, lo constituyen tres principios: igualdad de trato, supresión de la cláusula de residencia y conservación de derechos adquiridos o en curso de adquisición. GARCÍA, 1991, págs.23, 31, y 36.

[126] GARCÍA, 1991, páginas 77-81.

[127] Como advierte CORTÁZAR, 2000, página 61.

plantearnos cómo conjugar el artículo 7.5 de la Ley General de Seguridad Social que establece distintos matices en el estatus jurídico de los extranjeros, con lo que disponía el artículo 69 del Reglamento de extranjería de 1996^[128] cuando establecía -como lo hace ahora la nueva ley- que la protección social de los extranjeros autorizados a trabajar en España por cuenta ajena no podía ser inferior, en ningún caso, a lo fijado para los trabajadores españoles en idénticas circunstancias, ya que de una primera lectura del precepto reglamentario podría deducirse que establecía en todo caso una parificación entre la protección social que debían recibir los extranjeros y los españoles. En primer lugar, la alusión del Reglamento de extranjería a las circunstancias que debían ser «idénticas» debe interpretarse en el sentido de que se refería a todas, con abstracción de las relativas a la condición de nacional o extranjero (nacionalidad, permisos, etc), porque de otra forma el precepto no tendría objeto al ser de imposible aplicación; seguidamente podemos plantearnos si podría entenderse que al hablar el precepto de que la protección social del extranjero no puede ser inferior a la del español, ello incluye la posible obtención de una prestación no contributiva; si así se entendiera, el citado artículo 69 del Reglamento hubiera sido inaplicable por oponerse a una norma de rango superior: la Ley General de Seguridad Social, que establece un trato distinto para los extranjeros, precepto con rango de ley que no resultaba contradicho por la Ley de Extranjería 7/1985 vigente cuando se dictó el reglamento, puesto que en ella nada se decía en tal sentido; y aunque así fuese, podría aún argüirse que la Ley General de Seguridad Social era de fecha posterior al haber sido establecido su último redactado del artículo 7.5 por el artículo 91 de la Ley 13/1996 de 30 de diciembre. La aparente ilegalidad del Reglamento^[129] podía salvarse si consideramos que el mencionado artículo 69 se inicia así: «el salario y las demás condiciones de trabajo y de protección social...»; esta protección social a la que se aludía en el Reglamento de Extranjería debemos entender -mediante una interpretación contextual- que no era toda la protección social que podía recibir un extranjero sino la que juntamente con las demás condiciones de trabajo se hallaba vinculada al salario, es decir, las prestaciones contributivas de la Seguridad Social; abona esta interpretación el hecho que el artículo anterior del

Equiparación de la protección social en el Reglamento de Extranjería de 1996.

[128] La disposición derogatoria de la Ley Orgánica 4/2000 además de derogar a la anterior ley de extranjería 7/1985 derogó todas cuantas disposiciones se opongán a la nueva ley. Hasta la promulgación del nuevo reglamento surgió la duda de si debía entenderse enteramente derogado el reglamento de aplicación de la anterior ley (Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero; BOE de 23-feb-1996). aunque los procedimientos administrativos en curso debían seguir tramitándose de acuerdo con las antiguas normas; o, si por el contrario, el RD 155/1996 conservaba su vigencia en espera de que el Gobierno dictase un nuevo reglamento salvo en aquello que claramente se opusiera a la nueva ley. Esta segunda opción: interpretar restrictivamente la cláusula genérica de derogación, analizando caso por caso la posible oposición del reglamento con la nueva ley, es la que creemos más acertada, y es la que el segundo párrafo del preámbulo del nuevo reglamento se dice que sucedió. En favor de entender derogado todo el antiguo reglamento en el momento de promulgarse la nueva ley 4/2000: LUJÁN, 2000, página 9.

[129] Tal ilegalidad ha sido apreciada por TARABINI, 1998 y por CHARRO, 1999.

Reglamento -el 68- que se iniciaba con el título: «ámbito de aplicación» indicaba que «el trabajo y régimen de establecimiento laboral de los extranjeros en España se regulará por las disposiciones contenidas en el presente capítulo», o sea, que el capítulo todo entero se refería al trabajo y establecimiento laboral de los extranjeros; se deduce de ello que la protección social que se contemplaba en el artículo 69 del Reglamento de Extranjería de 1996 era el referido a una actividad laboral actual o pretérita, es decir, las prestaciones contributivas de la Seguridad Social. En conclusión y siguiendo la interpretación propuesta, tal artículo 69 del Reglamento de 1996^[130] era contrario a la LGSS, pero nada aportaría a la aplicación de la misma (lo que no por habitual deja de ser criticable) ya que únicamente vendría a decir con otras palabras lo que ya venía preceptuado en el artículo 7.1 de la LGSS: la igualdad de trato en cuanto a las prestaciones contributivas, guardando silencio en cuanto a las prestaciones no contributivas.

2.A: INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES DE CARÁCTER MULTILATERAL

De los Tratados u otros instrumentos internacionales ratificados, suscritos o aprobados por España que pueden condicionar el derecho de los nacionales de otros países como dice el artículo 7.5 de la Ley General de Seguridad Social, destacan los emanados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT); en estos convenios internacionales se ha instituido que cada país debe proporcionar a los trabajadores nacionales de cualquier Estado miembro^[131] de la OIT el mismo trato que se otorgue a sus propios ciudadanos; no obstante, es importante precisar que tal igualdad de protección se refiere normalmente a los extranjeros que se hallen legalmente en territorio extranjero (excepción notable es el convenio nº 19 relativo a los accidentes de trabajo, en la que no se exige este requisito de residencia legal). En un primer momento, este principio de igualdad de trato se formuló únicamente respecto de las prestaciones contributivas, admitiéndose que las prestaciones no contributivas podían regirse por otros criterios; así, el convenio nº 97 relativo a los trabajadores migrantes^[132], revisado en 1949, se remite

El convenio 97 de la OIT.

[130] El actual reglamento del 2001 guarda silencio sobre el tema, es en la Ley 4/2000 donde se establece la equiparación matizada de derechos sociales. Únicamente existe una mención reglamentaria referida a los marinos de la navegación de cabotaje, en el tercer párrafo del art. 79.1.d).

[131] En ocasiones, por establecerse explícitamente así, las referencias en un Convenio de la OIT a los Estados Miembro debe entenderse hecha únicamente a los que han ratificado aquel preciso instrumento. Véase el art. 1.2 del Convenio OIT número 48, de 1935, relativo a un régimen internacional para la conservación de derechos de pensión de los migrantes. Este Convenio fué ratificado por España el 2 de junio de 1936 (Gaceta 4-jun-1936), y fue denunciado para ratificar el 26 de julio de 1985 el Convenio núm. 157, de 1982 que revisa al anterior (BOE de 12-jun-1985).

[132] Artículo 6.1.b). Este convenio ha sido ratificado por España el 23 de febrero de 1967 (BOE de 7 de junio de 1967). Como curiosidad debe señalarse que por un error de los servicios administrativos de la OIT las versiones francesa y española no mencionan en el artículo 6.1.b) a la contingencia de invalidez, mientras que la versión inglesa sí lo hace; la Comisión de Expertos ha señalado, sin embargo que ello

a las disposiciones que establezca cada país de inmigración respecto de las prestaciones pagadas exclusivamente con fondos públicos y sobre las asignaciones pagadas a quienes no reúnen las condiciones de cotización exigidas para la atribución de una pensión normal; es decir, que del convenio de la OIT nº 97 no puede derivarse una obligación de igualdad de trato en lo que respecta a las pensiones no contributivas^[133].

Tras la ratificación por España del Convenio nº 97 de la OIT, se dictó en 1968 una resolución^[134] en la que se resumía la situación creada por la ratificación de tal Convenio que obligaba a modificar lo dispuesto en el artículo 1º de la Orden de 28 de diciembre de 1966. Se ha señalado^[135] que esta resolución tiene una contradicción interna: en la letra *a)* del artículo 1 se afirma que los trabajadores inmigrantes serán equiparados a los españoles «sin distinción de nacionalidad»; pero seguidamente, en la letra *b)* del mismo artículo, se otorga un trato distinto a los nacionales de países hispanoamericanos, andorranos, filipinos, portugueses y brasileños. Tal aparente^[136] contradicción deriva de que la finalidad de la resolución comentada era establecer la equiparación únicamente para los trabajadores migrantes comprendidos en el campo de aplicación del Convenio nº 97 de la OIT que en su artículo 11.2 excluye a unos determinados grupos del concepto de emigrante, pero tales exclusiones realizadas en el Convenio de la OIT y transcritas en la resolución de 1968 no tenían por qué aplicarse a quienes ya disponían de un estatus mejor. Más que de contradicción puede hablarse de cicatería, al buscarse en la resolución comentada que la igualdad de trato no se aplicase ni un ápice más de lo exigido por los instrumentos internacionales que se habían ratificado.

Aplicación en España del Convenio 97 OIT.

Una lectura actual de dicha resolución de 15 de abril de 1968 podría fundamentar en ella la igualdad de trato a efectos de las prestaciones no contributivas para los trabajadores

No es posible aplicar la resolución de 1968 a las PNC.

no es un problema grave dada la existencia de una referencia a «cualquier otro riesgo [...] comprendido en un régimen de seguridad social»: OIT, 1999, párrafo 431 del capítulo 5.

[133] En TARABINI, 1998, encontramos idéntica opinión. Consideramos aquí como equivalente a prestaciones no contributivas las «pagadas a quienes no reúnen las condiciones de cotización exigidas para la atribución de una pensión normal», y -dado que, como analizaremos posteriormente, éste no es el caso en nuestro sistema de Seguridad Social- no las consideraremos, por ahora, como no contributivas por el mero hecho de que sean pagadas exclusivamente con cargo a los fondos públicos, aunque ello sea en algunos textos jurídicos internacionales, y en la doctrina que los glosa, sinónimo algunas veces de prestación no contributiva; por ejemplo, en ÁLVAREZ, 2001, págs. 56 y 127.

[134] Resolución de la Dirección General de Previsión de 15 de abril de 1968 (BOE de 6 de mayo de 1968), sobre equiparación de trabajadores extranjeros a los nacionales, a efectos de su inclusión en el campo de aplicación de la Seguridad Social.

[135] GARCÍA, 1991, pág. 75.

[136] Decimos aparente, aunque debe reconocerse que es de lectura confusa, ya que en la resolución comentada se formula primeramente una regla general de equiparación [1.a).¶1º], luego una excepción a la regla general [1.a).¶2º], y por último dos contraexcepciones *in meius* a la anterior excepción [1.b) ; 1.c).*in fine*]. No hay pues contradicción.

por cuenta ajena inmigrantes de cualquier nacionalidad que se hallasen legalmente en territorio español, con las salvedades comentadas para ciertos grupos de trabajadores (fronterizos, marítimos, autónomos y artistas), en la medida en que en dicha resolución se reconoce la equiparación a los españoles de todos los emigrantes sin distinción de nacionalidad y a los efectos -en general- del artículo 7 de la Ley General de la Seguridad Social. Sin embargo, no es seguro que esta lectura extensiva fuese la más correcta, pues si bien podría argumentarse que sobradas ocasiones ha tenido el legislador reglamentario de modificar dicho texto para excluir claramente su aplicabilidad a las prestaciones no contributivas, que no se mencionan en el texto como excluidas, una interpretación correcta de dicha resolución debe tener en cuenta los antecedentes de la norma: el citado convenio 97 de la OIT que acababa de ratificarse por España, que no obliga a la igualdad de trato en las prestaciones no contributivas; estos antecedentes se mencionan explícitamente en la exposición de motivos de la resolución, y pueden constatarse en el propio articulado de la resolución por la reproducción literal de preceptos contenidos en el convenio de la OIT, así como por la referencia explícita a dicho convenio al fijar la fecha de entrada en vigor de la resolución que comentamos. En consecuencia la resolución de 15 de abril de 1968 parece que debe entenderse aplicable únicamente a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social, siendo -además- ésta la interpretación que permite salvar la vigencia de dicha resolución ya que de otro modo debería inaplicarse por oponerse a lo que dispone actualmente el artículo 7 de la Ley General de la Seguridad Social.

Posteriormente, en el convenio de la OIT nº 102, de 1952, relativo a la norma mínima en materia de Seguridad Social^[137], tras enunciar en su artículo 68.1 el principio general de que los residentes no nacionales deberán tener los mismos derechos que los residentes nacionales^[138], se prevé la posibilidad de que puedan dictarse normas específicas para los no nacionales o los nacionales nacidos fuera del territorio nacional cuando se trate de otorgar prestaciones no contributivas.

[El convenio 102 de la OIT.](#)

[137] Este Convenio ha sido ratificado por España el 17 de mayo de 1988 (BOE del 6 de octubre de 1988 con corrección de errores en el de 8 de abril de 1989).

[138] Declaración que es reiterativa en la medida que en los artículos anteriores el Convenio 102 se refiere a los residentes en el territorio del Estado, y tal mención a los residentes ha sido interpretada por la OIT en el sentido de que no debe distinguirse entre nacionales o no nacionales, de tal forma que «el hecho de que el Convenio núm. 128, a diferencia del Convenio nº 102, no contenga ninguna disposición relativa a la igualdad de trato de los residentes no nacionales carece de consecuencias» CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 1989, párrafo 53.

Más tarde, en el convenio de la OIT nº 118, de 1962, sobre igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de Seguridad Social^[139], lo que se establece respecto de las prestaciones no contributivas -definidas como prestaciones cuya concesión no depende de una participación financiera directa de las personas protegidas o de su empleador, ni de un período de calificación de actividad profesional- ya no es excepcionar la igualdad de trato en general sino admitir que pueda condicionarse la concesión de estas prestaciones a dos factores distintos: el primero es que el otro país -el de origen del inmigrante- acuerde también la igualdad de trato a sus inmigrantes, y el segundo condicionante admitido es que puedan exigirse para la concesión de estas prestaciones unos períodos específicos de residencia, cuyos límites máximos se detallan en el propio convenio y que también figuran reproducidos en el convenio nº 165, de 1987, relativo a la Seguridad Social de la gente del mar^[140] (que examinaremos posteriormente); lamentablemente, el Convenio de la OIT nº 118 no ha sido ratificado por España. Tampoco ha sido ratificado por España el Convenio número 143,^[141] que establece la igualdad de trato en materia de Seguridad Social para toda persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo y a los miembros de su familia.

Los convenios 118 y 143 de la OIT.

En resumen, pues, en los convenios de la OIT se establece respecto a los nacionales de otros estados la no discriminación por razón de nacionalidad, referida normalmente a los emigrantes en situación legal, y con la posibilidad -que no obligación- de condicionar las prestaciones no contributivas a la reciprocidad y al cumplimiento de ciertos períodos de residencia. Sin embargo, ninguno de los convenios de la OIT ratificados por España obliga a establecer con carácter general dicha igualdad de trato referida a las prestaciones no contributivas.

Los convenios OIT ratificados y la igualdad de trato .

Si bien lo antedicho es la norma general, existe una excepción: España ha ratificado el Convenio nº 165 de la OIT que sí otorga la igualdad de trato inclusive para las prestaciones no contributivas a la gente del mar^[142] que esté sujeta a la legislación de un Estado sin ser nacional del mismo, incluídos los apátridas o refugiados residentes en dicho Estado, y hace extensiva también tal igualdad de trato a las personas a cargo de la gente del mar y a sus supervivientes, y sin condición de nacionalidad. Este Convenio

El convenio 165 de la OIT: una excepción.

[139] Artículos 3.3, 4.1 y 4.2. Este Convenio no ha sido ratificado por España.

[140] Artículo 19. Este Convenio ha sido ratificado por España el 11 de junio de 1991 (BOE de 27 de marzo de 1992).

[141] De fecha 4 de junio de 1975, sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias).

[142] El artículo 1.c) del Convenio define «gente del mar» como todo aquel que figura ocupado a bordo de un buque, con exclusión de los ocupados en embarcaciones de poco tonelaje impulsadas principalmente a vela, y de las ocupadas en plataformas petroleras cuando estas no naveguen.

podría plantearnos la duda de si podría suponer que tal igualdad de trato debiera extenderse a todos las demás categorías de trabajadores distintas a la gente del mar para no incurrir en discriminación. Si examinamos las circunstancias en que fue adoptado tal Convenio, veremos que uno de los elementos determinantes de su adopción fue el de asegurar la protección social del gran número de trabajadores que presta sus servicios en buques con pabellón distinto al de sus propios países. Recordemos que es habitual que sean distintos el país de residencia del armador, de la tripulación y de amarre del buque (banderas de conveniencia), y de ello se derivaba la necesidad de establecer normas específicas distintas a las aplicables a otros grupos de trabajadores, incluyendo la determinación de la legislación nacional aplicable a la gente del mar, que incluso puede ser establecida convencionalmente por los Estados (lo que sucede, por ejemplo, en el caso de las empresas mixtas hispano-marroquíes); tales especificidades permitirían fundamentar la razonable necesidad de un instrumento jurídico particular que otorgara un trato distinto y eliminar, por consiguiente, la sospecha de discriminación por no haberse extendido la igualdad de trato a todos los trabajadores extranjeros distintos a la gente del mar.

Al igual que en el ya mencionado convenio nº 165, en otros textos de la OIT se extiende asimismo la igualdad de trato con los propios nacionales a los refugiados y apátridas^[143], con la precisión de que no debe exigirse la condición de reciprocidad, lo cual es lógico ya que en el caso de los apátridas esta condición resultaría de imposible cumplimiento al no existir el Estado con el que cotejar dicha reciprocidad. Y en el caso de los refugiados, el hecho de que un ciudadano de un país pida refugio en otro implica, por una parte, que el régimen jurídico de ambos países ha de ser forzosamente algo dispar; y, por otra parte, que poca colaboración administrativa podría esperarse del Estado del cual huye el refugiado, por lo que la prudencia hace aconsejable no exigir la condición de reciprocidad. Respecto de los refugiados, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951^[144] dispone en su artículo 24 que se les dispensará en materia de Seguridad Social el mismo trato que a los nacionales, con la salvedad de que puede otorgárseles un trato distinto respecto a las prestaciones no contributivas, definidas como las pagadas totalmente con cargo a fondos públicos o las otorgadas a personas que no reúnan las condiciones prescritas para la concesión de una pensión normal. En

[Instrumentos relativos a refugiados y apátridas.](#)

[143] El convenio nº 97 de la OIT no menciona a los apátridas, como se recuerda en BLASCO, 1995, página 93; sin embargo esta afirmación debe completarse teniendo en cuenta que sí se mencionan en el artículo 24 del Convenio 165, sobre Seguridad Social de la gente del mar, ratificado por España en 1991. Lamentablemente España no ha ratificado el Convenio nº 118, relativo a la igualdad de trato en materia de Seguridad Social, que prevé el caso de los apátridas en su artículo 10.

[144] La Convención es de fecha 28 de julio de 1951, y se halla publicada en los BOE de 21-oct-1978, con corrección de errores en el de 14 de noviembre del mismo año.

España, la ley de extranjería de 1985^[145] preveía en su artículo 22 que los extranjeros carentes de nacionalidad podían instar la concesión de permisos de trabajo (y residencia) en las mismas condiciones que los demás extranjeros, añadiendo que los derechos de los extranjeros residentes que carezcan de nacionalidad no sufrirán restricciones por aplicación del principio de reciprocidad; y en el artículo 52.2.g) del Reglamento de Extranjería de 1996 se establece que los apátridas y refugiados tendrán derecho a obtener el permiso de residencia permanente; en la actual Ley 4/2000, se reconoce a los refugiados o desplazados acogidos en España el derecho a obtener una autorización de residencia, mientras que para los apátridas, la ley se remite a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas^[146], en cuyo artículo 24 se prevé para los apátridas que residan legalmente en un Estado la equiparación en materia de Seguridad Social en los mismos términos que el Estatuto de los Refugiados antes citado. En consecuencia, parece en una primera lectura que -independientemente de los trámites a seguir- los apátridas y los refugiados, una vez conseguidos los oportunos permisos, obtienen el estatus de extranjero residente legal en España, por lo que su derecho a percibir prestaciones de la Seguridad Social será idéntico al de cualquier otro extranjero, con la salvedad de que al apátrida no se le aplicará nunca una exigencia de reciprocidad. Esta regulación legal resulta conforme a lo dispuesto por los tratados internacionales suscritos por España^[147], como también lo era bajo las normas de extranjería de 1985.

Se ha mantenido que, bajo la Ley de extranjería de 1985, a los refugiados residentes legales en España debía aplicárseles la total equiparación con los españoles tanto en materia de prestaciones contributivas como en materia de prestaciones no contributivas en base a que, si bien el artículo 24.1.b).ii) de la Convención sobre el Estatuto de los

El silencio de la LGSS acerca de los refugiados.

[145] Artículo 22.4 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio (BOE de 3 de julio de 1985), modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (BOE de 23 de mayo de 1994). El reglamento para la aplicación de esta Ley era el Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo (BOE de 12-jun-1986); el cual fue derogado por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero (BOE de 23-feb-1996). El derecho al asilo regulado mediante la Ley 5/1984, de 26 de marzo (BOE de 27-mar-1984), y fue desarrollada por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero (BOE de 2-mar-1995) que sustituye al que fue aprobado por el Real Decreto 511/1985, de 20 de febrero (BOE de 19-abr- 1985).

[146] Firmado en Nueva York el 28 de septiembre de 1954. Ratificado por España el 24 de abril de 1997 (BOE de 4-julio-1997).

[147] Felizmente el problema de los refugiados y apátridas actualmente ha remitido en Europa, aunque no en el resto del mundo. En 1951, año en que se creó la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), su mandato abarcaba aproximadamente un millón de refugiados, en 1998 ese número era de veinte millones, más veinticinco millones de desplazados internos ACNUR, 1997. En los años 60 una cuarta parte de la población de la República Federal Alemana estaba integrada por refugiados y expulsados (EICHER, 1969, pág. 3) lo que suponía ingentes problemas económicos y jurídicos en el ámbito de la Seguridad Social aplicable a millones de personas. El supuesto geográficamente próximo más reciente y de una cierta importancia en cuanto al número de refugiados y apátridas es el de los ciudadanos ex yugoslavos, que durante años de incierta situación bélica han sido obligados a residir en otros países, y privados de la tutela jurídica internacional de la que habían gozado en virtud de una ciudadanía que ya no existía.

Refugiados hecha en Ginebra en 1951 permite que los Estados que la hayan ratificado -España entre ellos- limiten el derecho de los refugiados a acceder a una prestación no contributiva, tal limitación no existe de forma explícita ni en la ley 26/1990 que instauró las pensiones no contributivas, ni en el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social^[148]. Tal aseveración es discutible, pues si bien es cierto que no existía un precepto que dijera expresamente que a los refugiados no se les tratará como españoles al solicitar una pensión no contributiva, para todos los extranjeros en general -y entre estos extranjeros hay unos cuya causa de residencia en España es el obtener refugio- sí existía un precepto que limitaba su acceso a las prestaciones no contributivas: el artículo 7.5 de la ley General de Seguridad Social que delimitaba el ámbito subjetivo de esta modalidad de prestaciones. A partir de la entrada en vigor de la Ley 4/2000 que concede a los refugiados el derecho a la autorización de residencia (artículo 31.2), a efectos de Seguridad Social se equipara a los españoles todos los extranjeros residentes sin distinción para los refugiados, por lo que desaparece para los refugiados la posible limitación derivada del artículo 7.5 LGSS.

Planteaba el mismo autor la duda de cual debe ser el estatus del apátrida respecto a la Seguridad Social, puesto que si bien por un lado el apátrida es un extranjero más, ya que en el artículo 1 -tanto de la Ley de Extranjería de 1985, como en la actual Ley 4/2000- se define al extranjero como quien carezca de la nacionalidad española; sin embargo en la Ley General de Seguridad Social únicamente se contempla la situación -a efectos de las prestaciones no contributivas- de los españoles en el artículo 7 apartados 3 y 4, y de los nacionales de otros países; como por definición los apátridas no son nacionales de ningún país, surge la duda de si entran en el campo de aplicación de la Seguridad Social, o elevando nuestro análisis, cabe preguntarse si cuando el artículo 41 de la Constitución garantiza la existencia de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, tal garantía comprende a quienes no ostentan ciudadanía alguna. La solución que proponía el autor citado es considerar incluidos a los apátridas en el campo de aplicación de la Seguridad Social, en base que en el artículo 22.5 de la Ley Orgánica 7/1985 de extranjería se equiparaba a los apátridas a los extranjeros en todo aquello para lo que no exista un régimen jurídico especialmente previsto en la misma ley.

¿Los apátridas son extranjeros?

A lo antedicho, añadía dicho autor que el artículo 7.5 LGSS debe entenderse como que en el mismo se realizan unas restricciones al principio general de que todos aquellos (nacionales o no) que residan legalmente en España tienen derecho a la protección de la Seguridad Social; y, si no existe ninguna excepción para los apátridas en dicho artículo 7.5, debe de entenderse que están incluidos en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social sin ninguna restricción. En apoyo de esta interpretación del artículo 7.5

El artículo 7.5 LGSS y los apátridas.

^[148] CUBAS, 1995, página 44.

de la Ley General de Seguridad Social como una lista tasada de restricciones cabe argüir el redactado del artículo 22.4 de la Ley Orgánica de Extranjería de 1985 que decía que el régimen jurídico de los apátridas no sufrirá restricciones por el principio de reciprocidad; es decir, que la reciprocidad de la que se habla en el artículo 7.5 LGSS no era un elemento pensado para incluir a extranjeros en el campo de aplicación sino una restricción que podía oponerse a una inclusión que se sobreentiende existe como principio general. En contra, podría oponerse que difícilmente puede interpretarse el silencio del legislador respecto de los apátridas como voluntad de incluirlos en la tutela de la Seguridad Social, pues si bien los apátridas eran en el pasado una figura marginal y por tanto debemos comprender que el legislador se ocupase únicamente de ellos bajo el aspecto policial -como largamente relata el autor citado- sobradas ocasiones ha tenido el legislador actual tras las Leyes orgánicas 5/1984 reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado y la 7/1985 de derechos y libertades de los extranjeros en España que tenían presente el creciente fenómeno de la apatridia, para incorporar a los mismos en el campo de aplicación de la Seguridad Social, máxime cuando la última modificación de tal campo de aplicación data de finales de 1996.

Dos argumentos creo que pueden añadirse a lo dicho hasta ahora: en primer lugar que el Convenio de la OIT nº 102, en su parte XII, que es de las ratificadas por España en 1988, trata de la igualdad de trato a los residentes no nacionales (obsérvese: la igualdad se predica no simplemente para los nacionales de otros países, el apátrida es un no-nacional español que no tiene otra nacionalidad extranjera) y prescribe que «los residentes no nacionales deberán tener los mismos derechos que los residentes nacionales»; así pues, la inclusión general de residentes nacionales o no nacionales no es únicamente un principio general a aplicar «siguiendo la interpretación más benigna»^[149] sino un precepto aplicable directamente ex artículo 96.1 de la Constitución. Sigue diciendo el mencionado artículo del Convenio 102 de la OIT que «podrán prescribirse disposiciones especiales para los no nacionales y para los nacionales nacidos fuera del territorio del Miembro», de lo que puede concluirse que si tales disposiciones especiales no se han dictado para determinada categoría de no nacionales (los apátridas) rige el primer precepto de que tienen los mismos derechos que los nacionales españoles; y no se han dictado puesto que únicamente se prevé (artículo 7.5 LGSS) el caso de quien tenga otra nacionalidad extranjera y pueda quedar afectado por un tratado bilateral o multilateral o aplicársele el principio de reciprocidad.

El convenio 102 de la OIT y los apátridas.

El segundo argumento es que en la Ley General de la Seguridad Social, el artículo 7 debía leerse en relación con el artículo 2, cuyo redactado actual tiene su origen en la modificación operada en el mismo por el artículo 1º de la ley 26/1990, más algunos

El artículo 2 LGSS y los apátridas.

[149] CUBAS, 1995, página 46, citando la regla atribuida al jurista romano Marcelo: «*In re dubia benignore interpretationem sequi non minus iustus est quam tutius*».

meros retoques sintácticos efectuados por el legislador delegado en la refundición de 1994; en este artículo 2 se explica que las personas protegidas por la Seguridad Social se hallan en el campo de aplicación de ésta o por realizar una actividad o por cumplir con los requisitos exigidos en la modalidad no contributiva; de este redactado puede inferirse que todas las personas sin distinción son susceptibles de cumplir con los requisitos que se exigen para obtener una prestación no contributiva, salvo que otra norma de igual o superior rango lo limite, es decir, que el artículo 7.5 tiene carácter restrictivo porque actúa limitando la universalidad predicada en el artículo 2 LGSS, y como tal norma obstativa de un derecho debe interpretarse restrictivamente, considerando, en consecuencia, que el artículo 7.5 LGSS contiene limitaciones tasadas, y que, si no incluyen a los apátridas expresamente, ninguna restricción por analogía con otros extranjeros puede serles aplicada.

La Ley Orgánica 4/2000 remite (artículo 31.1) el trato de los apátridas a lo que disponga la Convención internacional citada y el reglamento de la ley, sin mención alguna explícita ni a su residencia (a pesar de que según su título el artículo trata de la residencia de los apátridas) ni a su relación con los sistemas de protección social, por lo que serán tratados como cualquier otro extranjero de acuerdo con el artículo 14 de la citada ley 4/2000. En conclusión: los apátridas residentes en España^[150] deben ser tratados a los efectos de prestaciones no contributivas igual que los españoles residentes en España; lo que concuerda con lo que señala el artículo 9.10 del Código Civil ^[151]: «se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual»^[152]. Los refugiados, que bajo la ley de extranjería de 1985 debían ser considerados como extranjeros con residencia legal en España a los que eventualmente podían serles aplicables las restricciones previstas en el artículo 7.5 de la Ley General de la Seguridad Social (los tratados internacionales ratificados por España o el principio de reciprocidad), bajo la Ley 4/2000 quedan asimismo equiparados a los españoles a los efectos de poder percibir una pensión no contributiva o cualquier otra prestación de la Seguridad Social.

Conclusión:
apátridas y
refugiados
como los
españoles.

[150] El Real Decreto 865/2001, de 20 de julio (BOE de 21-jul-2001) reglamenta el procedimiento para reconocer el estatuto de apátrida. Este reconocimiento lo es especialmente a los efectos de residencia y trabajo, ya que cesa (art. 16) cuando se le reconozca la estancia y permanencia en otro estado que le reconozca tal estatuto de apátrida, o un trato lo asimile a sus nacionales.

[151] Como apunta CORTÁZAR, 2000, página 62; aunque le atribuye a tal texto legal un valor decisivo que -a nuestro entender- podría haber sido contradicho por los textos aquí analizados, que son de superior aplicabilidad por su carácter de norma internacional, o por su especialidad y posterioridad.

[152] Nótese que el Código Civil utiliza el criterio del «lugar de residencia habitual» y no la condición administrativa de residente para determinar la aplicabilidad de la ley española.

Para terminar este recorrido por los instrumentos internacionales multilaterales, debemos analizar los instrumentos elaborados en el ámbito del Consejo de Europa^[153]. El principio de igualdad de trato entre personas de distinta nacionalidad se recoge en la Carta Social Europea^[154] que en su artículo 12.4 se refiere a esta igualdad de trato «en lo relativo a los derechos de Seguridad Social», sin embargo, tal igualdad de trato no se reconoce como un derecho claro e indiscutido^[155], sino que los Estados parte se comprometen «a adoptar medidas, mediante la conclusión de acuerdos bilaterales o multilaterales o por otros medios...encaminadas a conseguir» tal equiparación, que podrá incluir -se precisa en el anexo- la exigencia de un período de residencia en el caso de las prestaciones no contributivas. En la nueva versión (revisada) de la Carta Social Europea de fecha 3 de mayo de 1996 -que no ha sido ratificada por España- no se realizan cambios ni en el artículo 12.4 ni en las precisiones a dicho artículo contenidas en el anexo. En el Protocolo adicional de 1998, ratificado recientemente por España^[156], contiene en el artículo 1 del anexo una precisión significativa: las personas a las que en los artículos 1 a 4 del protocolo los Estados se comprometen a reconocerles ciertos derechos «serán únicamente los extranjeros que, siendo nacionales de otras Partes, residan legalmente o trabajen regularmente dentro del territorio de la Parte interesada»; a tal restricción debe añadirse las derivadas de las reservas y declaraciones realizadas por cada Estado, como la de Francia que hace reserva expresa de que las prestaciones no contributivas francesas sujetas a la condición de nacionalidad se otorgarán, además de a los ciudadanos comunitarios, sólo a nacionales de Estados miembros que hayan suscrito un convenio bilateral de reciprocidad sobre prestaciones equivalentes para nacionales franceses.

La Carta Social Europea y la igualdad de trato.

[153] Los cuarenta y tres países miembros del Consejo de Europa son: Albania; Andorra; Armenia; Austria; Azerbaidjan; Bélgica; Bulgaria; Croacia; Chipre; República Checa; Dinamarca; Estonia; Finlandia; Francia; Georgia; Alemania; Grecia; Hungría, Islandia; Irlanda; Italia; Letonia; Liechtenstein; Lituania; Luxemburgo; Malta; Moldavia; Holanda; Noruega; Polonia; Portugal; Rumania; Federación Rusa; San Marino; Eslovaquia; Eslovenia; España; Suecia; Suiza; ex-república yugoslava de Macedonia; Turquía; Ucrania; y Reino Unido. COE-MEMBRES, 2001

[154] De 18 de octubre de 1961. Número 35 del Consejo de Europa (BOE del 26-jun-1980).

[155] A ello debe unirse «el carácter recomendatorio, y no vinculante, del sistema de garantía diseñado en la carta social, algo que será a todas luces insuficiente para hacer efectivo el disfrute de los derechos sociales en Europa» DíAZ, 1996, páginas 254-255.

[156] Instrumento de ratificación de 7 de enero del 2000 (BOE del 25 de abril del 2000).

El Código Europeo de Seguridad Social de 1964^[157] encomienda a los Estados parte que regulen en un instrumento especial la Seguridad Social de los extranjeros y emigrantes, en especial en lo que se refiere a la igualdad de trato y la conservación de derechos; en consecuencia, la ratificación de tal Código obliga a los Estados, además de a otorgar a sus respectivos nacionales una protección mínima, a regular de una forma, que queda indeterminada, la protección que recibirán los extranjeros residentes en cada Estado. Precisamente, y tal como se expresa en su preámbulo, para dar cumplimiento al anterior encargo del artículo 73 del Código Europeo de Seguridad Social, se adoptó por el Consejo de Europa en 1972 el Convenio Europeo de Seguridad Social^[158], aplicable -entre otras- a las prestaciones por vejez, invalidez y prestaciones familiares, sean todas ellas de carácter contributivo o no contributivo; su artículo 8 establece con carácter general el principio de igualdad de trato de los nacionales de cualquiera de los Estados contratantes (o apátridas o refugiados residentes en los mismos^[159]) que residan en otro Estado parte; tras ello, se realizan dos importantes previsiones respecto de las prestaciones de carácter no contributivo: la primera de ellas, se refiere a aquellas prestaciones cuyo importe sea independiente de la duración de los períodos de residencia cumplidos, para las cuales se prevé que puedan exigirse unos períodos de residencia en el Estado que conceda la prestación; la segunda especificación respecto a las prestaciones no contributivas, se refiere a las prestaciones reducidas a pagar a aquellas personas que no cumplan con los requisitos de residencia anteriormente mencionados.

El Código Europeo de Seguridad Social, y la protección social de los extranjeros.

España al ratificar este Convenio Europeo de 1972 incluyó en el Anejo II (legislaciones y regímenes a las que se aplica el Convenio) «a las disposiciones del Régimen General de la Seguridad Social relativas a vejez, invalidez...protección a la familia», y no incluyó en aquel momento -lógicamente, porque no conocía que se instaurarían prestaciones no contributivas en el régimen general- ni durante los años posteriores a las prestaciones no contributivas de nuestro sistema en el Anejo IV (prestaciones no contributivas a las

El Convenio Europeo de Seguridad Social fue ratificado antes de instaurar las PNC.

[157] De fecha 16 de abril de 1964. Número 48 del Consejo de Europa (BOE de 17-mar-1995).

[158] De fecha 14 de diciembre de 1972. Número 78 del Consejo de Europa, que entró en vigor el 1 de marzo de 1977 después de que lo hubieran ratificado los tres primeros países. España suscribió este Convenio el 12 de noviembre de 1984 y procedió a su ratificación el 24 de enero de 1986 por lo que la entrada en vigor para España es el día 24 de marzo de 1986 (BOE de 12-nov-1986). En el instrumento de ratificación español a este texto se le denomina «Acuerdo» y no «Convenio»; en los idiomas francés e inglés -los oficiales del Consejo de Europa- se le denomina «*Convention*» por lo que se ha optado por traducirlo a Convenio por creerlo más acertado, tal como también lo realizó el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social al publicar en 1992 su texto en el número 1 de su colección Textos Legales, serie Relaciones Sociales Internacionales: ARELLANO, 1992.

[159] Los apátridas y los refugiados de cualquier país (no se precisa en el Convenio que deban ser nacionales de un estado parte) quedan en este Convenio equiparados a los extranjeros nacionales de otro estado que haya ratificado en Convenio. Esta mención desaparece en el nuevo redactado del artículo 4 del Convenio que se contiene en el protocolo de 11 de mayo de 1994, que no ha sido ratificado por España.

que se les aplican condiciones específicas para gozar de la igualdad de trato); es decir, se ratificó el principio general y no se manifestó ninguna excepción y, por consiguiente, todos los ciudadanos de un Estado que hubiese ratificado dicho Convenio Europeo y que residiera en España, debía gozar de un trato igual al dispensado a los españoles. El hecho de que en el momento de ratificar el citado Convenio las prestaciones no contributivas no estuvieran implantadas aún en nuestro sistema no es óbice para la aplicabilidad del mismo puesto que en él se entiende por legislación «las leyes, los reglamentos y las disposiciones estatutarias que estén en vigor en la fecha de la firma del presente Convenio o entren en vigor ulteriormente». El que en aquel momento era Subdirector General de Ordenación Jurídica de la Seguridad Social decía^[160], refiriéndose al Convenio Europeo de la Seguridad Social, que resultaba poco comprometedor ratificar sus disposiciones sobre prestaciones no contributivas por parte de países en cuya legislación interna no figuraban tales prestaciones, aunque podía suceder luego -y éste era el caso de España- que, creada tal modalidad de prestaciones, el país en cuestión debía decidir «si mantenía los compromisos adquiridos pese a su coste o su inconveniencia política o si procedía apresuradamente a denunciar el texto internacional en actitud autoacusatoria de la alegre decisión precedente». De ello puede deducirse que el advenimiento de la aplicabilidad del citado Convenio Europeo a las prestaciones no contributivas no había pasado desapercibida para el Estado Español.

La situación anteriormente descrita cambió posteriormente: en el Boletín Oficial del Estado del día 15 de mayo de 1997 el Ministerio de Asuntos Exteriores comunicó la propuesta de enmiendas a los anexos al Convenio Europeo de Seguridad Social de 1972 y al Acuerdo Complementario de Aplicación. Las enmiendas se expresaron como propuesta debido a que el Convenio prevé en su artículo 73 que las enmiendas a los anexos del Convenio no entran en vigor automáticamente sino tras haber transcurrido tres meses de haberse notificado las enmiendas (propuestas) al Secretario General del Consejo de Europa sin que algún Estado signatario manifieste su oposición a las mismas. En el Anexo II (legislaciones y regímenes a las que se aplica el Convenio) se incluye expresamente a las prestaciones no contributivas del sistema de Seguridad Social, y en el Anexo IV (prestaciones no contributivas a las que se les aplican condiciones específicas para gozar de la igualdad de trato) se manifiesta que a las prestaciones no contributivas les será aplicable la exigencia de un período mínimo de residencia en territorio español, que no podrá ser superior a los períodos que se señalan en el artículo 8.2 del Convenio Europeo.

Enmiendas españolas de 1997 al Convenio Europeo de SS.

Tras la publicación de estas enmiendas al Convenio se planteó un problema de derecho intertemporal derivado de dos hechos. El primero es que España no formuló las citadas

Un problema de derecho intertemporal.

^[160] GONZALO, 1991, pág. 111.

enmiendas hasta 1995, a pesar de que el artículo 3.2 del Convenio ordena a los Estados contratantes que notifiquen la adopción de nuevas legislaciones aplicables dentro de un período de tres meses a contar desde su publicación; la comunicación de estas enmiendas relativas a la legislación de prestaciones no contributivas fue registrada por la Secretaría General del Consejo de Europa el 9 de junio de 1995, por lo que entraron en vigor -para el Consejo de Europa- el día 9 de septiembre de 1995, tras los tres meses previstos en el artículo 73.2 del Convenio. El segundo hecho es que la publicación en el Boletín Oficial del Estado no se realizó, como se dijo anteriormente, hasta casi dos años después, el día 15 de mayo de 1997, por lo que su entrada en vigor para los ciudadanos no pudo ser anterior a los veinte días de tal publicación, es decir, hasta el día 4 de junio de 1997 en que pasaron tales enmiendas a ser derecho interno *ex* artículo 96.1 de la Constitución. Sin embargo, la resolución del Ministerio de Asuntos Exteriores afirma en 1997 que las enmiendas que comentamos entraron en vigor el día 9 de septiembre de 1995; se plantea, pues, la posibilidad de considerar si tal afirmación supone que aunque la entrada en vigor sea propiamente en 1997 la fecha de efectos deba retrotraerse a la mencionada fecha de 1995. Tal retroactividad no afectaría al principio general de igualdad de trato para todos los ciudadanos de los Estados parte en cuanto a las prestaciones no contributivas -puesto que según la interpretación que anteriormente hemos sostenido tal principio ha estado siempre vigente- pero sí que podrían plantearse dudas a la aplicación retroactiva de otros aspectos que se incorporan a los Anexos al Convenio y al Acuerdo de Aplicación. Tal posible retroactividad de los Anexos al Convenio Europeo de Seguridad Social no se plantea en el plano de las relaciones entre Estados parte del Convenio -aunque doctrinalmente sea posible la retroactividad en un Tratado si así se prevé expresamente^[161]- puesto que según las disposiciones del propio Convenio es claro que la fecha de entrada en vigor a todos los efectos es la de 1995, y una norma de derecho interno (en este caso la publicidad de las normas en el Boletín Oficial del Estado) no puede oponerse al cumplimiento de lo convenido internacionalmente^[162]. La duda puede plantearse en el plano de las relaciones entre un ciudadano y el Estado español, por ejemplo, la cuestión de si en relación al período entre 1995 y 1997 cualquier ciudadano de un Estado signatario del Convenio podía reclamar la concesión o el mantenimiento de una prestación no contributiva aunque no residiera en España, y ello en virtud del artículo 11 que garantiza que las pensiones por invalidez o vejez no podrán experimentar ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario resida en el territorio de una Parte contratante que no sea aquel en que se encuentre la Institución deudora. Asimismo, el

[161] Artículo 28 del Convenio de Viena sobre el derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 (BOE de 13-jun-1980).

[162] Artículo 27 del Convenio de Viena sobre el derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 (BOE de 13-jun-1980).

citado artículo prevé también la posibilidad de que las pensiones sean pagadas a prorrata de los períodos de residencia, todo ello salvo que tales prestaciones sean de carácter no contributivo y figuren incluidas en el Anexo VI del Convenio, inclusión que como sabemos no se lleva a cabo en España hasta años después de su entrada en vigor.

No existe unanimidad en la doctrina acerca de como debe resolverse estas cuestiones ya que se han perfilados dos posiciones acerca de como debe interpretarse a la luz del artículo 96 de la Constitución la recepción del derecho internacional convencional: monista^[163] y dualista^[164]; aunque ambas posiciones están de acuerdo en solicitar que una futura ley de tratados^[165] solucionase los problemas intertemporales entre entrada en vigor y publicación por medio de la retroactividad a la fecha de entrada en vigor, y asimismo se muestran de acuerdo en que los eventuales perjuicios que pudiese sufrir una persona por la demora en la publicación de un tratado deben ser indemnizados como anormal funcionamiento de un servicio público. Una posible solución para resolver la duda entre fechas puede ser diferenciar entre la validez del texto del Convenio enmendado y su plena eficacia: de acuerdo con los procedimientos internacionales, el texto enmendado del Convenio es válido desde 1995 y en consecuencia obliga al Estado español y su incumplimiento puede generar responsabilidad internacional frente a otros Estados o ante el Consejo de Europa; pero la plena eficacia de un convenio internacional sólo se alcanza tras su publicación, como claramente se señala en el artículo 96.1 de la Constitución (publicación que debe realizarse en el Boletín Oficial del Estado, como se señala en el artículo primero Código Civil). Esta diferencia temporal entre la validez y la eficacia ha sido aceptada por la doctrina monista española^[166] señalando que «ni las administraciones públicas ni otros particulares pueden prevalerse de las disposiciones de un tratado en vigor y no publicado para exigir su cumplimiento a otro particular, pues la falta de publicación hace inoponible un tratado en vigor debido a una sólida razón basada en la seguridad jurídica»^[167]; según Mariño, el texto jurídico internacional es

Diferenciar las fechas de validez y eficacia.

[163] DÍEZ DE VELASCO, 1999, página 199: «El art. 96 de la CE mantiene así la solución tradicional de la posición monista en las relaciones entre el derecho Internacional y el Derecho interno, aunque es un monismo 'moderado' pues se exige la publicación oficial del tratado». Defiende también la posición monista REMIRO, 1987, página 265 y ss.

[164] PASTOR, 1999, páginas 180. «El sistema actual de aplicación interna de los tratados puede ser calificado de dualista moderado y razonable. Dualista porque exige un acto de recepción. Y moderado y razonable porque tal recepción se hace por la simple publicación, no por la orden de ejecución del tratado mediante una ley».

[165] Una crónica mordaz de los intentos frustrados de ordenar la actividad del Estado en materia de tratados desde 1972, en: REMIRO, 1987, página 44.

[166] DÍEZ DE VELASCO, 1985, página 175.

[167] DÍEZ DE VELASCO, 1999, página 200. Sin embargo, si en lugar de poder perjudicarle, al particular le interesara la aplicación del tratado en vigor no publicado, el mismo autor recuerda seguidamente que «la Administración del Estado no puede oponer como excusa para aplicar un tratado en vigor su propio incumplimiento (la falta de publicación) o su ignorancia». En estos casos, el acceso informático a las

obligatorio para el Estado y para sus órganos sin necesidad de publicación en el Boletín Oficial del Estado, pero dicha publicación es una condición de aplicabilidad por los órganos internos, por lo que los particulares no pueden verse afectados por el texto no publicado a menos que sea beneficioso para todos ellos^[168]. Este criterio ha sido adoptado en otros ordenamientos, y se ha señalado que cuando la materia de un tratado internacional no afecta únicamente a los sujetos contratantes (los Estados parte) sino que tiene como destinatarios indirectos a los particulares, es regla usual en muchos países que debiendo ser el juez nacional quien deba aplicar tal tratado internacional, éste no será aplicable en el orden jurídico interno hasta su publicación en el boletín oficial correspondiente^[169].

Cuando en la disposición publicada en el BOE se dice «las presentes enmiendas entraron en vigor el 9 de septiembre de 1995, de conformidad con el artículo 73.2 del Acuerdo» se anuncia la fecha de validez del nuevo texto pero no se ordena la aplicación retroactiva. Aunque tal aplicación retroactiva sería posible teóricamente, en este caso sería nula por *ultra vires*. La interpretación del artículo 9.3 de la Constitución realizada por el Tribunal Constitucional, en la medida en que admite que en materias reservadas a la ley pueda existir algún efecto retroactivo, ha significado la desestimación de la interpretación que del citado precepto constitucional hacían algunos autores, en especial GARCÍA DE ENTERRÍA, en el sentido de que la prohibición de retroactividad de las «disposiciones restrictivas» a las que alude el precepto constitucional se refería a las normas que no tuvieran carácter de ley, esto es, a los reglamentos. Tal interpretación ya había sido rechazada por la doctrina civilista por considerarla inoperante y, a la postre, poco garantista al tener que excepcionarla constantemente^[170]; sin embargo, los reglamentos pueden ser retroactivos, pero únicamente dentro de los límites que –por

No es posible la aplicación retroactiva.

organizaciones internacionales debería facilitar la prueba de la existencia y contenido de estos tratados aún no publicados; por ejemplo, al registro de tratados depositados ante el Secretario General de las Naciones Unidas (UN-TREATY, 2001) , o ante el Secretario General del Consejo de Europa (COE-TREATY, 2001) . En el mismo sentido, REMIRO, 1987, página 269, dice que «podría sostenerse que la consecuencia de la no publicación será forzar al interesado en su aplicación a una aportación fehaciente del texto y vigencia del tratado. En definitiva, la práctica alimenta una interpretación en la que la publicación acaba siendo una mera condición para la oponibilidad de un tratado a las personas». El mismo autor detalla en las paginas 257, 268 y ss. que centenares de tratados concluidos por España no han sido publicados en el BOE o lo han sido décadas después de su adopción. El mismo autor al referirse a los tratados secretos en: REMIRO, 1984, página 204, comenta que sólo cuarenta y siete de los trescientos ochenta y cuatro acuerdos bilaterales concertados por España entre 1945 y 1965, fueron registrados en la Secretaría de la ONU.

[168] MARIÑO, 1995, página 561. Entendemos que con ello quiere indicarse que la publicación en el Boletín Oficial del Estado es una garantía para el ciudadano, a la que puede renunciar si le conviene; con dicho carácter de garantía renunciante se evita que -mediante el control de su publicación- quede enteramente en manos del Estado la eficacia de estos instrumentos jurídicos.

[169] BOYE, 1991, página 306.

[170] LACRUZ (1988), páginas 246 y 250.

imperativo del principio de jerarquía normativa— la ley le haya permitido, puesto que sin habilitación específica el derecho o efectos de tal derecho que la ley haya respetado no pueden ser restringidos reglamentariamente. La disposición que venimos comentando, publicada en el BOE de 15-may-1997, es una comunicación del Ministerio de Asuntos Exteriores que viene firmada por su Secretario general técnico que no tiene autoridad suficiente para ordenar que el nuevo texto se aplique con un efecto retroactivo de dos años antes a su publicación en el Boletín Oficial del Estado, ya que dicha autoridad no es legislativa [reglamentaria] sino sólo aplicativa. En conclusión, sin necesidad de entrar en la notoria dificultad que existe en cualquier sistema jurídico de determinar cuándo y en qué grado se da un efecto retroactivo en relación a actos, hechos o situaciones pasadas^[171], debemos concluir que el texto enmendado del Convenio Europeo de Seguridad Social, es aplicable a los ciudadanos a partir de los 20 días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado del día 15-may-1997.

Coincido pues con el criterio sostenido en la sentencia 141/1998 del Tribunal Constitucional, referida a la aplicación de una reserva al Protocolo de 17 de marzo de 1985 del Consejo de Europa cuya retirada no había sido publicada en el BOE. El Tribunal acepta en el FJ.3 que la modificación allí analizada (retirada de una reserva) surtía efectos el día de su recepción por el Secretario General del Consejo de Europa; sin embargo, «el incumplimiento de las autoridades españolas de sus obligaciones respecto a la publicación de las incidencias de un Tratado no puede repercutir perjudicialmente en la esfera de intereses de un individuo», ya que «la reserva, en cuanto modifica o excluye una disposición, forma parte del Tratado» y «una cláusula de un Tratado -y ya se ha indicado que una reserva lo es- no entra a formar parte del ordenamiento jurídico español si no ha sido previamente publicada de forma oficial. Los Tribunales españoles no pueden aplicar un precepto convencional que no se ha integrado en nuestro Derecho», porque «aunque el principio de publicidad de las normas no tiene la naturaleza de derecho fundamental, no cabe duda que viene exigido constitucionalmente en art. 9.3 CE». En resumen: es compatible la validez internacional de la reserva, y su inaplicación en España mientras no haya sido publicada en el Boletín Oficial del Estado.

La doctrina de la STC 141/1998.

Sucede, empero, que los Estados que han ratificado tal Convenio del Consejo de Europa son casi todos ellos pertenecientes a la Comunidad Europea por lo que sus ciudadanos ya disfrutaban de tal trato igual, y, en consecuencia, la conclusión antedicha sólo resulta útil en el momento actual para los ciudadanos de Turquía, y aún ello en la medida en que, con respecto a España, no se les reconozca tal trato en virtud del acuerdo CEE/Turquía al que posteriormente nos referiremos. Los instrumentos jurídicos multilaterales del Consejo de Europa pueden ver su importancia revalorizada en el futuro si los restantes

Países a los que puede afectar el problema.

^[171] Jennings, 1991, página 154.

Estados miembros del Consejo de Europa (básicamente, micro-estados europeos, como Andorra; y países del este europeo, incluida Rusia) ratifican dichos instrumentos.

El Convenio Europeo de Seguridad Social de 1972 sustituye (según reza el artículo 76), entre los países que lo hayan ratificado, a los Acuerdos Provisionales Europeos de 1953^[172] que resultan aplicables tanto a las legislaciones existentes en el momento de la firma de los mismos como a las que pudiesen entrar en vigor ulteriormente. Pero, siendo las ratificaciones al citado Convenio Europeo menos numerosas que las recibidas por los Acuerdos Provisionales, podría darse el caso de ciudadanos de países cuyo trato en materia de Seguridad Social se regirá por los citados Acuerdos Provisionales (por ejemplo, los ciudadanos de Chipre). Sin embargo, los artículos 2 y 3 del Acuerdo provisional relativo a la vejez, invalidez y sobrevivientes prevén la igualdad de trato entre los nacionales de los Estados parte tanto en los regímenes contributivos como no contributivos, bajo la condición de que la invalidez haya sido constatada médicamente por primera vez en el territorio de residencia del extranjero, y que para todo tipo de pensiones no contributivas se haya cumplido con un largo período de residencia en dicho Estado del que se reclama la igualdad de trato con sus propios nacionales: quince años como mínimo desde que el beneficiario cumplió la edad de veinte años, y al menos durante los cinco años inmediatamente anteriores a la petición de prestaciones no contributivas. Similares disposiciones de igualdad de trato y condicionamiento de las prestaciones no contributivas a un período previo de residencia se prevén en el otro Acuerdo Provisional Europeo, que resulta relevante en el ámbito de las prestaciones familiares de carácter no contributivo.

Los Acuerdos Provisionales Europeos.

En el tratado que acabamos de examinar, podemos ver que se afirma que los extranjeros deben ser tratados por un Estado de forma igual que sus nacionales, para seguidamente precisar que dichos extranjeros deben cumplir con unas condiciones que se establecen en el propio tratado y que no son ni las que rigen en dicho Estado para los propios nacionales ni las que se aplicarían a los extranjeros si residiesen en el Estado del que son nacionales. Podemos afirmar, por ello, que existe un concepto especial de recíproco trato igual al que podríamos denominar reciprocidad condicionada, para diferenciarlo de los conceptos de reciprocidad abstracta y concreta a los que nos hemos referido anteriormente (página 43). Es reciprocidad porque todos los Estados parte se comprometen a aplicar a todos los ciudadanos de los demás Estados parte el mismo trato, y los extranjeros amparados por el Acuerdo no pueden ver eliminado o restringido

La reciprocidad condicionada.

[172] Acuerdo Provisional Europeo sobre los regímenes de Seguridad Social relativos a la vejez, invalidez y los sobrevivientes; que es el número 12 del Consejo de Europa y Acuerdo Provisional Europeo sobre Seguridad Social con exclusión de los regímenes de vejez, invalidez y supervivencia, número 13 del Consejo de Europa; adoptados ambos en París el 11 de diciembre de 1953, han sido ratificados por España el primero de ellos, en 1984 (BOE de 21-mar-1984), y el segundo en 1987 (BOE de 8-abr-1987).

su acceso a las prestaciones por disposiciones de los Estados parte distintas a las que apliquen a sus propios nacionales; sin embargo, es condicionada en la medida en que el propio Acuerdo establece unas condiciones que deben cumplirse, condiciones que no enervan el concepto de reciprocidad en la medida en que se establecen por igual para todos los Estados y para todos sus respectivos extranjeros.

España ratificó también en 1980 el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante adoptado por el Consejo de Europa en 1977,^[173] que en su artículo 18 prevé que los Estados deben otorgar a los trabajadores migrantes que se hallen en su territorio y a los miembros de sus familias un tratamiento igual que a sus propios nacionales, con la salvedad de que ello será «sin perjuicio de las condiciones que requiera su legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales concluídos». La mención a las condiciones que requiera su legislación nacional no debe entenderse como una autorización para establecer en la legislación nacional unas disposiciones relativas a los extranjeros que reduzcan a la nada la igualdad de trato que se prescribe en el mismo párrafo, puesto que ello significaría que dicho precepto es inútil; la interpretación que parece más correcta es la de entender que se trata de un recordatorio de que la igualdad de trato no implica el acceso directo a todas las prestaciones de un sistema de Seguridad Social, y que para acceder a las mismas deberán cumplirse los requisitos que en cada caso se exijan. El concepto de trabajador migrante a los efectos de este Convenio es el de una persona autorizada a permanecer en el territorio de otro Estado para desempeñar un empleo remunerado; pero no significa esto que la igualdad de trato que se prevé en el mismo se refiera únicamente a prestaciones contributivas, puesto que nada impide que el trabajador -especialmente si se halla intentando volver a emplearse tras perder su primitiva ocupación- o los familiares que con él se reagruparon puedan ser beneficiarios de prestaciones no contributivas. Este convenio es, de los adoptados por el Consejo de Europa, el que ha recibido menos ratificaciones.

El 'Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante' del Consejo de Europa.

Una diferencia importante entre los Convenios de la OIT y los instrumentos del Consejo de Europa, es que el Estado que ratifica un Convenio de la OIT asume determinadas obligaciones respecto a los trabajadores o los ciudadanos que se hallen sujetos a su legislación; mientras que en los instrumentos del Consejo de Europa, tales obligaciones asumidas por dicho Estado se refieren a trabajadores o ciudadanos que se hallen sometidos a su legislación por razón de trabajo, residencia o ciudadanía, y que además sean nacionales de alguno de los Estados que sean parte en dicho acuerdo por haberlo ratificado también. Tal diferencia deriva del distinto ámbito de ambas organizaciones: mientras la OIT es una organización de carácter universal, que intenta elaborar reglas para el mundo entero, el Consejo de Europa es una organización internacional cerrada,

Instrumentos del Consejo de Europa que han sido ratificados.

^[173] Convenio de 24 de noviembre de 1977 (BOE del 17-jun-1983).

a la cual sólo pueden acceder los Estados de una determinada región^[174]. Como consecuencia de ello, y en relación a las referencias que hemos realizado a instrumentos adoptados por el Consejo de Europa, es importante no tan sólo tener constancia de cuales son los que han sido ratificados por España, sino también cuales son los otros Estados que los han ratificado. Por ello, dejamos constancia del estado de las firmas (F) y ratificaciones (R) de algunos de estos convenios al día 1 de mayo del 2001^[175].

Nº del Consejo

de Europa	Título
12	Acuerdo provisional europeo sobre a los regímenes de seguridad social relativos a la vejez, a la invalidez y a los sobrevivientes (1953).
13	Acuerdo provisional europeo sobre la seguridad social, excepto los regímenes relativos a la vejez, la invalidez y los sobrevivientes (1953).
35	Carta social europea (1961).
48	Código europeo de seguridad social (1964).
78	Convenio europeo de seguridad social (1972)
93	Convenio europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante (1977).
139	Código europeo de seguridad social (revisado) (1990).
154	Protocolo al Convenio europeo de seguridad social (1994).
163	Carta social europea (revisada) (1996).

Estados	Convenios	12	13	35	48	78	93	139	154	163
Albania										F
Andorra										F
Armenia										
Austria				R	F	R		F	F	F
Azerbaijan										
Bélgica		R	R	R	R	R	F	F		F
Bulgaria										R
Croacia				F						
Chipre		R	R	R	R			F		R
República Checa		R	R	R	R					F
Dinamarca		R	R	R	R					F
Estonia			F		F					R
Finlandia				R				F		F
Francia		R	R	R	R	F	R	F		R
Georgia										F
Alemania		R	R	R	R		F	F		
Grecia		R	R	R	R	F	F	F	F	F
Hungría				R						

[174] SCHERMERS, 1991, página 72.

[175] Puede consultarse el texto íntegro, el estado de ratificaciones de cada uno de estos instrumentos, las reservas y declaraciones, y otros aspectos relevantes, a partir de la dirección de Internet señalada en COE-TREATY, 2001. Existe también una versión inglesa de dichas páginas.

Estados	Convenios	12	13	35	48	78	93	139	154	163
Islandia		R	R	R						F
Irlanda		R	R	R	R	F				R
Italia		R	R	R	R	R	R	F		R
Letonia		F	F	F						
Liechtenstein				F						
Lituania		R	R							F
Luxemburgo		R	R	R	R	R	F	F	F	F
Malta				R						
Moldavia										F
Países Bajos		R	R	R	R	R	R	F		
Noruega		R	R	R	R		R	F		
Polonia				R						
Portugal		R	R	R	R	R	R	F	F	F
Rumanía				F						R
Fed. Rusa										F
San Marino										
Eslovaquia				R						F
Eslovenia				F						R
España		R	R	R	R	R	R			F
Suecia		R	R	R	R		R	F		R
Suiza				F	R					
ex-rep. y. Macedonia				F						
Turquía		R	R	R	R	R	R	F		
Ucrania				F						F
Reino Unido		R	R	R	R					F

2.B- TRATADOS BILATERALES ENTRE ESPAÑA Y OTROS PAÍSES

Además de los convenios multilaterales, deberemos examinar distintos convenios bilaterales en materia de Seguridad Social celebrados entre España y diferentes países^[176], aunque en lo que respecta al campo de aplicación de las pensiones no contributivas algunos de ellos no nos resultarán de mucha utilidad, ya que o bien reservan expresamente su aplicabilidad a la modalidad contributiva de prestaciones, **Convenios bilaterales de SS no aplicables a las pensiones no contributivas.**

[176] España tiene suscritos convenios bilaterales de Seguridad Social con los países que se detallan a continuación junto con la fecha de entrada en vigor del respectivo convenio: Alemania 1-12-67; Andorra 1-5-78; Argentina 1-9-67; Australia 3-6-91; Austria 1-7-83; Bélgica 1-7-58; Brasil 1-12-95; Canadá 1-1-88; Chile 13-3-98; Ecuador 1-11-62; Estados Unidos 1-4-88; Filipinas 1-11-89; Finlandia 1-8-87; Francia 1-4-76; Italia 1-12-83; Luxemburgo 1-1-72; Marruecos 1-10-82; Méjico 1-1-95; Países Bajos 1-12-74; Panamá 28-3-80; Paraguay 1-4-60; Perú 9-6-69; Portugal 1-7-70; Reino Unido 1-4-75; Rusia 22-2-96; Suecia 1-7-84; Suiza 1-9-70; Ucrania 27-3-98; Uruguay 1-4-00; Venezuela 1-7-90.

como es el caso del Convenio con Méjico de 1994^[177]; o bien tal aplicabilidad exclusiva a la modalidad contributiva resulta del hecho que el convenio es aplicable a las categorías de trabajadores tuteladas por el sistema español de Seguridad Social en la fecha de suscripción del acuerdo -anterior a la existencia de una protección social no contributiva dirigida a todos los ciudadanos- y se explicita que su aplicación a nuevas categorías de beneficiarios requerirá un acuerdo expreso de los Estados parte mediante un nuevo protocolo, como sería el caso del Convenio con Australia de 1990^[178].

Debe destacarse, empero, que los últimos convenios bilaterales adoptados, además de establecer el principio de igualdad de trato de forma que los extranjeros se beneficiarán de la legislación de protección social "en las mismas condiciones que los nacionales", incluyen alguna disposición que precisa su aplicación a las prestaciones no contributivas. Así, por ejemplo, el convenio con Ucrania de 1996^[179] se refiere a las prestaciones no contributivas en los artículos 5.2 (exportación de prestaciones), 10.6 (invalidez, jubilación y supervivencia) y 15.3 (prestaciones familiares). En el convenio con Suiza de 1969^[180] podemos hallar un precepto que establece la igualdad de trato [artículo 2] aplicable -entre otras- a las contingencias de vejez, invalidez y protección familiar en el Régimen General y en todos los especiales, incluyendo específicamente [artículo 1.2] «todos los actos legislativos o reglamentarios que codifiquen, modifiquen o completen las legislaciones enumeradas» y «las disposiciones legales que extiendan los regímenes existentes a nuevas categorías de beneficiarios». En el Convenio sobre Seguridad Social entre España y Estados Unidos de 1986^[181] el ámbito material de aplicación incluye la invalidez por motivos no laborales y la vejez del Régimen General de la Seguridad Social y todos los regímenes especiales, especificándose con claridad en el artículo 2.2 que «se aplicará igualmente a las legislaciones que en el futuro completen o modifiquen las legislaciones a que se refiere el número precedente»; y en el citado convenio se establece el principio de igualdad de trato con los nacionales del otro Estado contratante en el que residan [artículo 3.2]. De forma similar, en el Convenio con Canadá de 1986^[182], que afecta a las contingencias de vejez e invalidez no profesional, incluyendo la

Convenios bilaterales de SS relevantes para las pensiones no contributivas.

[177] Artículo 2.1.A del Convenio celebrado el 25 de abril de 1994 (BOE de 17- mar-1995), aunque en este caso los ciudadanos mejicanos tienen reconocida la igualdad de trato en virtud del inciso primero del artículo 7.5 LGSS.

[178] Artículo 2.3 del Convenio celebrado el 10 de febrero de 1990 (BOE de 11-jun-1991).

[179] De fecha 7 de octubre de 1996, ratificado el 4 de febrero de 1998 (BOE de 4-abr-1998).

[180] Convenio de 13 de octubre de 1969 (BOE de 1-sep-1970), complementado por un Convenio adicional de 11 de junio de 1982 (BOE de 28- oct-1983). El acuerdo administrativo para la aplicación de ambos textos es de 19 de abril de 1990 (BOE de 29-ene-1991)

[181] Celebrado el día 30 de septiembre de 1986 (BOE de 29-mar-1988).

[182] Artículo 9.3 del Convenio celebrado el 10 de noviembre de 1986 (BOE de 1-dic-1987).

posibilidad de que nuevas normas de un Estado extiendan la protección a otras categorías de beneficiarios, se preceptúa la igualdad de trato para causar derecho a las prestaciones previstas por la legislación de cada uno de los Estados parte [artículo 4]. Esta interpretación se ve ampliada por el protocolo adicional convenido con Canadá en 1995^[183] que en su artículo segundo prevé con carácter general la concesión de las citadas prestaciones no contributivas a los ciudadanos canadienses en igualdad de condiciones que a los ciudadanos españoles sin las limitaciones que se formulaban en el Convenio inicial respecto a las contingencias de invalidez y protección familiar.

En estos dos convenios, los celebrados con Canadá y con Estados Unidos, la igualdad de trato con los propios nacionales se establece no tan sólo respecto de los nacionales del otro Estado contratante, sino que abarca a toda persona que esté o haya estado sometida a las legislaciones de ambos Estados; en consecuencia, al no existir una restricción por razón de nacionalidad, el nacional de cualquier país que haya residido o trabajado -residir o trabajar son motivos de sujeción a la legislación de un Estado- en Canadá o en Estados Unidos, y después traslade su residencia a España, quedará comprendido en el campo de aplicación de nuestra Seguridad Social a efectos de la modalidad no contributiva de prestaciones, en virtud de la cláusula de igualdad de trato que se formula «independientemente de su nacionalidad»^[184]. La ausencia de cláusula de nacionalidad figura también en otros convenios bilaterales suscritos por España, pero que no son aplicables a las prestaciones no contributivas, o por referirse a contingencias distintas de las de vejez, invalidez o protección familiar, como es el caso del acuerdo con Panamá de 1978^[185]; o por excluir la legislación promulgada con posterioridad a la firma del convenio, como el ya mencionado convenio con Australia de 1990^[186].

Algunos convenios bilaterales en materia de Seguridad Social pueden ser aplicables a las prestaciones no contributivas, a pesar de que la fecha en que se celebraron los mismos es muy anterior a la instauración de las mismas en nuestro sistema. Ello es debido a que, por una parte, dichos convenios prevén con amplitud la legislación a la

La ausencia de la cláusula de nacionalidad.

Los convenios ratificados antes de instaurarse las pensiones no contributivas.

[183] De fecha 19 de octubre de 1995 (BOE 8-feb-1997).

[184] *Vid.* PALMERO, 1995, página 85. Para entender esta norma debe saberse que Canadá sigue una política muy restrictiva en la aceptación de inmigrantes pero muy generosa con la integración de los que admite, que -una vez obtenida la residencia- gozan de igualdad de derechos que los ciudadanos canadienses, pudiéndose solicitar la ciudadanía canadiense una vez transcurridos tres años de residencia permanente en dicho país. CANADÁ-MIGRACIÓN, 1999.

[185] Acuerdo de 8 de marzo de 1978 (BOE de 3-may-1980). El BOE del día 26-may-2000 publica la denuncia de dicho acuerdo realizada por el Gobierno de Panamá con efectos a partir del día 25 de mayo del 2000.

[186] Los países del entorno europeo concibieron, en sus orígenes, sus sistemas de Seguridad Social como fortalezas nacionalistas (en la nación, de los nacionales, para los nacionales), mientras que el modelo social americano o el australiano apenas privilegiaron la nacionalidad. CORTÁZAR, 2000, página 59.

que resultará aplicable la igualdad de trato; y, por otra parte, esta aplicabilidad es posible al haberse integrado las prestaciones no contributivas en nuestro Régimen General sin formar una rama separada en nuestro sistema, y ello hace posible una nueva lectura del contenido de dichos acuerdos bilaterales que incluya la aplicación de tales prestaciones no contributivas, aplicación que no fuerza la voluntad de las partes que convinieron tales instrumentos internacionales, en la medida en que en todos estos convenios internacionales existen mecanismos para evitar la aplicabilidad de los mismos a las prestaciones no contributivas que no han sido utilizados por los Estados parte, lo que debe llevarnos a concluir que se deseaba dicha aplicabilidad o que se ha accedido a ella aunque inicialmente no fuese ésta la intención de las partes firmantes, ya que si en dichos convenios se prevé que cualquier parte puede oponerse a la extensión del convenio a nuevas situaciones nacidas de un cambio normativo realizado por el otro contratante, el Estado que guardó silencio no puede prevalerse de su propia inacción para evitar posteriormente la aplicación del convenio, en virtud del principio del *estoppel* (doctrina de los actos propios)^[187] de general aceptación en el Derecho internacional.

El Tribunal Supremo, al examinar la posible aplicabilidad del tratado bilateral con Marruecos^[188], se planteó si la incorporación a nuestro sistema de Seguridad Social de las pensiones no contributivas, constituía la creación de una nueva rama de la Seguridad Social o la ampliación de las ramas ya existentes a nuevos grupos de personas. La distinción es relevante en la medida en que en el tratado que se examinaba (con el reino de Marruecos) se establece que el mismo resulta aplicable a “las disposiciones legales sobre una nueva rama de la Seguridad Social si las dos Partes Contratantes convienen en ello”, es decir, únicamente si existe un acuerdo explícito de ambos Estados para su aplicabilidad a dicha nueva rama; por el contrario, la aplicabilidad de dicho tratado a las “disposiciones legales que amplíen el derecho vigente a nuevos grupos de personas” era automática a menos que alguno de los Estados firmantes hubiera realizado una objeción expresa (objeción que no se había realizado). Antes de analizar la sentencia del Tribunal Supremo, es interesante que nos detengamos a analizar ambos conceptos, es decir, el concepto de rama de la Seguridad Social en contraposición a la ampliación de las

El tratado
bilateral con
Marruecos.

[187] ZUPPI, 1998. Define el *estoppel* o doctrina de los actos propios así: no permitir invocar la propia torpeza para eximirse de responsabilidad. *Non venire contra factum proprium* o *estoppel* es un principio reconocido en la generalidad de los órdenes jurídicos, se dice en la sentencia 1539 (Deakin) del Tribunal Administrativo de la OIT; otras sentencias que contemplan el citado principio son la 1105 (Najman), 580 (Tevoedjre), 592 (Byrne-Sutton), 185 (Ozorio), 671 (Bonneau), y 1249 (Reznikov). Las sentencias del Tribunal Administrativo de la OIT pueden examinarse en versión electrónica reseñada en: OIT-TRIBUNAL, 2001. El Tribunal Internacional de Justicia considera el *estoppel* como sinónimo de «aquiescencia», *vid.*: Sentencia de 12 de octubre de 1984 (Delimitación de la frontera marítima en la región del Golfo de Maine); las sentencias del TJJ pueden consultarse en versión electrónica en TJJ, 2001.

[188] De fecha 8 de Noviembre de 1979 (BOE de 13-oct-1982). Existe un Protocolo Adicional y un Acuerdo Administrativo, ambos de fecha 8 de febrero de 1984 (BOE de 10-jun-1985).

existentes a nuevos grupos de personas, y ello en la medida en que esta distinción no es exclusiva del tratado que resultaba potencialmente aplicable en aquel caso juzgado, sino que también podemos hallar esta dualidad en otros instrumentos internacionales como, por ejemplo, el Convenio con Andorra de 1978^[189] en el que se formula en su artículo 2.3 la misma distinción con igual redactado que el anteriormente reseñado.

El problema nace porque el concepto "rama de la Seguridad Social" no está definido en el tratado, y si examinamos el conjunto del artículo 2, que determina el ámbito de aplicación del convenio bilateral, nos encontramos que consta de tres apartados: en el tercero se realiza esta distinción entre ampliación a nuevos grupos de personas y nuevas ramas; en el apartado inmediatamente anterior (el segundo) se prevé que la legislación de Seguridad Social es dinámica, por lo que declara que el convenio resulta aplicable "a las disposiciones legales que refundan, modifiquen o completen las disposiciones a que se refiere el apartado primero" salvo lo dispuesto en el último apartado, o sea, siempre que tales modificaciones no alcancen la categoría de creación de una nueva rama (en cuyo caso se precisa un acuerdo) o de una ampliación a nuevos grupos (supuesto en el que se permite una objeción durante un breve plazo); y en el apartado primero de este artículo se listan las disposiciones legales entonces vigentes a las que se podía aplicar el convenio de la siguiente forma: 1.- las disposiciones del Régimen General relativas a (sigue una lista de contingencias, entre las que se hallan vejez e invalidez) y 2.- las disposiciones legales sobre Regímenes Especiales por lo que respecta a las contingencias anteriormente listadas (y sigue una lista de Regímenes Especiales). O sea, que no nos aclara si el concepto de rama y el de grupo de personas corresponden respectivamente a contingencias y a regímenes, o al revés.

El problema:
No se define el
concepto de
rama de la SS.

Parece que lo que sí puede deducirse es que por rama de la Seguridad Social debe entenderse o bien una contingencia o bien un régimen, ya que se habla de ampliar a "nuevas ramas" por lo que las anteriormente existentes han de haber sido ya incluidas en el ámbito de aplicación del convenio bilateral, y la lista de inclusión contiene contingencias y regímenes, por lo que "rama" debe corresponder a uno u otro de estos conceptos; igual puede decirse respecto de la ampliación a los "nuevos" grupos de personas, los anteriores grupos deben de haber sido incluidos expresamente, y por lo tanto los grupos de personas son o bien las personas afectadas por las contingencias listadas, o bien las personas incluidas en los regímenes detallados en el apartado primero de este artículo segundo. Si esto es así, parece que las disposiciones relativas a un Régimen Especial (Minería, Ferroviarios, Mar, Agrario, etc.) definen más a un grupo de personas que las disposiciones relativas a una contingencia (Invalidez, vejez, maternidad, etc.), y decimos más bien porque nos parece la mejor opción, aunque no es irracional

Rama de la
SS: es una
contingencia o
un régimen.

^[189] De fecha 14 de abril de 1978 (BOE de 20-jul-1978).

decir que los aquejados de una enfermedad invalidante sean un grupo de personas, y por tanto las disposiciones relativas a la invalidez definen también a un grupo.

Dado que la interpretación textual del tratado no nos soluciona la duda interpretativa, puede defenderse que el concepto de "rama" es un concepto tomado del uso común y que precisamente por serlo no viene definido en el propio tratado, del mismo modo que no se define el concepto de Estado o de Seguridad Social, mientras que sí se definen expresamente conceptos como los de familiares, trabajador o legislación; justamente porque en dicho tratado no se utilizan según el uso habitual que de los mismos se hace en otros textos jurídicos. Ello nos lleva a examinar en dichos textos jurídicos el uso que se ha hecho del concepto "rama" de la Seguridad Social, ya que el uso mayoritario que se haya dado a dicho término será el que debemos adoptar para interpretar el convenio bilateral que analizamos^[190].

Rama puede ser un concepto de uso común.

Examinemos, en primer lugar, otros convenios bilaterales ratificados por España. En el artículo 1 del Convenio de Seguridad Social entre España y Argentina de 1966^[191], se indica en el apartado primero que el Convenio se aplicará a las legislaciones relativas a determinadas contingencias (entre ellas, vejez e invalidez) correspondientes al Régimen General y a "Regímenes Especiales para determinadas clases de trabajadores"; en el apartado segundo se expresa que se aplicará también a las legislaciones que modifiquen o complementen a las anteriores; y sigue diciendo en el apartado tercero que, sin embargo, no se aplicará a las disposiciones que "extiendan los regímenes existentes a nuevas categorías profesionales" o "a las que establezcan una rama de la Seguridad Social no prevista en el Convenio". La dualidad que nos venimos planteando, las dos excepciones a la ampliación del ámbito de aplicación de este Convenio, se expresa ahora entre la rama que puede crearse y un Régimen que puede ampliarse, o sea, que la rama no es un Régimen, por lo que no puede ser más que una contingencia, porque ya hemos visto que el ámbito de aplicación se define también en este Convenio por una conjunción de contingencias y regímenes. A la misma conclusión de que las ramas son las contingencias, puede llegarse en el análisis del Convenio de 1994 con los Estados Unidos Mexicanos^[192] que en su artículo 2.4 se prevé el mecanismo por que el podrá

El concepto de rama en otros convenios bilaterales.

[190] En la búsqueda del «sentido ordinario» de los términos que preceptúa el artículo 31 de la Convención de Viena, la comparación con otros tratados coetáneos ha sido el método empleado por el Tribunal Internacional de Justicia en el *Asunto relativo a los derechos de los nacionales de Estados Unidos en Marruecos, 1952*; *Composición del Comité de Seguridad Marítima de la IMCO, 1960*; *Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre ñla OMS y Egipto, 1980*. REMIRO, 1987, página 310.

[191] De fecha 28 de mayo de 1966 (BOE de 16-sep-1967). Existe un acuerdo complementario de fecha 21 de abril de 1969 (BOE de 5-jul-1969).

[192] De fecha 25 de abril de 1994 (BOE de 17-mar-1995). En el mismo BOE se publica el acuerdo administrativo para su aplicación.

extenderse el ámbito de aplicabilidad del convenio a “otras ramas o prestaciones de la Seguridad Social”, diferenciándose claramente de los supuestos previstos en el apartado anterior donde se regula la ampliación a un nuevo régimen de la Seguridad Social y el caso de que en los regímenes vigentes se incluyan a nuevas categorías de personas.

Sin embargo no puede llegarse a la misma conclusión en todos los convenios bilaterales firmados por España, ya que en el Convenio con la República de Chile de 1977^[193] el ámbito de aplicación se define exclusivamente en el apartado primero del artículo segundo en relación a regímenes (Régimen General y una lista de Regímenes Especiales); seguidamente se indica que se aplicará a las disposiciones que codifiquen, modifiquen o complementen a las anteriores, para finalmente formular las dos excepciones habituales, pero en términos distintos a los hasta ahora vistos: será necesario el acuerdo de ambas partes Contratantes para la aplicación “a una Rama o Régimen de Seguridad Social distintas de las especificadas”, y se aplicará automáticamente -salvo que se hubiera formulado oposición en su momento- a las disposiciones “que extiendan las Ramas o Regímenes enumerados en el párrafo 1 a nuevas categorías de beneficiarios”. Así pues, en este convenio, las Ramas o Regímenes de Seguridad Social son lo mismo, tanto por la sinonimia en el apartado tercero como porque la mención a las ramas sólo puede referirse a los regímenes que configuran la definición del ámbito de aplicación. Esta confusión se ve aclarada actualmente toda vez que ha sido adoptado un nuevo Convenio con la República de Chile en 1997^[194] en el que, además de mantenerse el principio de igualdad de trato, se especifica claramente en sus artículos 5.3; 22, y 31.3 su aplicabilidad a las prestaciones no contributivas.

Un caso especial: el convenio con Chile.

Especial atención merece el Convenio con la república Federativa de Brasil^[195] porque el mismo se adoptó en 1991, una vez ya vigentes en nuestro sistema las prestaciones no contributivas. Se establece en el artículo 4 el principio de la igualdad de trato con los propios nacionales; en el artículo segundo se define la legislación española aplicable, con las excepciones de precisar un previo acuerdo si se establece un nuevo régimen especial, y la posibilidad de que una parte objete la ampliación a nuevos grupos de personas; y se declara la aplicabilidad del convenio a una lista de contingencias tanto si corresponden al Régimen General como a un Régimen Especial. Las prestaciones no contributivas (que han sido consideradas por los redactores del tratado, ya que se mencionan en el artículo 5 para exceptuar su exportación), en ningún momento se disocian de la común contingencia de invalidez o de vejez, de forma que de la

El convenio con Brasil es posterior a 1990.

[193] De fecha 9 de marzo de 1977 (BOE de 31-jul-1980).

[194] De fecha 28 de enero de 1997 (BOE de 25-mar-1998).

[195] De fecha 16 de mayo de 1991 (BOE del 15-ene-1996).

interpretación de los apartados 1.A, 3, y 4 del artículo segundo, puede deducirse que si se instauraran prestaciones no contributivas referidas a otra contingencia, sería considerado una ampliación a un nuevo grupo de personas (de aplicación automática, salvo objeción formulada en el breve plazo que se indica) y no un nuevo régimen que precisara un acuerdo expreso de las partes.

También el reciente Convenio bilateral con Uruguay^[196], al ser de fecha posterior a la implantación de las pensiones no contributivas, merece ser examinado. En dicho Convenio además de establecerse la igualdad de trato para los trabajadores de ambos países en el artículo 4, en el apartado 3 del artículo 2 (relativo al ámbito material) se acuerda que el Convenio se aplicará a un «nuevo régimen especial» cuando las partes así lo acuerden, siendo los regímenes previstos en el Convenio (es decir, los que por estar ya previstos ya no son «nuevos») una lista de prestaciones ordenada por contingencias (prestaciones por maternidad; prestaciones por invalidez, vejez, muerte y supervivencia; prestaciones de protección familiar; etc.) con una estructura similar a la expresada para Uruguay (los regímenes de jubilaciones y pensiones basados en el sistema de reparto o de capitalización; el régimen en materia de prestaciones por maternidad; etc.), es decir que en este Convenio nuevamente por «régimen» se entiende una contingencia, que por lo que respecta a las de vejez e invalidez no establece ninguna diferenciación entre las contributivas y las no contributivas, de forma que la sola mención a la contingencia/régimen se entiende comprende ambas modalidades; y como dicho Convenio es aplicable expresamente a las prestaciones no contributivas según puede verse en los artículos 5.3 y 16.3 que realizan precisiones expresas para esta modalidad de prestaciones, debemos concluir que en este caso las pensiones no contributivas no son un «régimen», sino que lo que el artículo 2.3 contempla como suceso que requiere un nuevo acuerdo de los Estados es la incorporación de una nueva contingencia (sin diferenciación de contributivas o no) al ámbito material de protección, completándose el precepto con la previsión (artículo 2.2) de que en caso de que se trate de una legislación nueva que «complete o modifique» las contingencias y regímenes ya previstos, no se precisará ningún nuevo acuerdo expreso.

El convenio con Uruguay, también posterior a 1990.

Si examinamos los convenios multilaterales elaborados en el seno del Consejo de Europa, veremos que mientras el concepto de Régimen se utiliza de forma ambivalente, unas veces para referirse al conjunto de la Seguridad Social (artículo 12 de la Carta Social Europea de 1961) y otras para una parte de la misma (artículos 1.g.ii, y 2.2 del Convenio Europeo de 1972), el concepto de rama se utiliza de forma inequívoca en el Código Europeo de Seguridad Social de 1964 como equivalente a contingencia (artículo 2.2.b.i

El concepto de rama en el Consejo de Europa.

[196] Instrumento de ratificación del 2 de julio de 1999 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, hecho en Montevideo el 1 de diciembre de 1997 (BOE de 24-feb-2000).

a iii). Concretamente se califican de ramas cada una de las partes III a X del Convenio de la OIT número 102 relativo a la norma mínima de Seguridad Social, que se han considerado siempre como el listado de contingencias estándar de un sistema de protección social.

Si bien en el Convenio 102 de la OIT, elaborado en 1952, no se utiliza el concepto de rama, posteriormente la OIT califica en otros convenios como ramas a las contingencias enumeradas en el convenio 102. Podemos encontrar esta equivalencia entre rama y contingencia en el Convenio 118 relativo a la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros (artículo 2.2 y 2.4), en el Convenio 157, relativo a la conservación de derechos (artículos 2.1; 2.3; 3.1; 4.1; 5.1), y en el Convenio 165 sobre Seguridad Social de la gente del mar (artículos 3 y 5). Las ramas en la OIT son las contingencias de vejez, invalidez, enfermedad, desempleo, etc. diferenciándose claramente de las categorías de personas a las que cada una de estas ramas puede proteger; así, se señalan como grupos de personas los trabajadores asalariados, los miembros de sus familias y sus supervivientes, los trabajadores fronterizos, los refugiados, los apátridas, etc.^[197]

El concepto de rama en los convenios de la OIT.

En los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social, se utilizan también los conceptos de rama y de régimen. Al concepto de rama se alude en el artículo 1 del Reglamento (CEE) del Consejo 1408/71^[198] (definiciones) que se refiere a «que esté asegurada en virtud de un seguro obligatorio o facultativo continuado contra una o varias contingencias correspondientes a las ramas de un régimen de seguridad social...», y el artículo 4 del mismo Reglamento que describe el ámbito material como el que comprende «a todas las legislaciones referidas a las ramas de seguridad social relacionadas con:» y sigue una enumeración de contingencias idéntica a la utilizada en los convenios de la OIT; ordenación de contingencias que después será utilizada en el Reglamento para clasificar los preceptos de su Título III^[199]. El concepto de rama no se hace sinónimo enteramente ni de régimen ni de contingencia, sino que se menciona relacionado con ambos, como si de un concepto más amplio se

El concepto de rama en los reglamentos comunitarios.

[197] Artículo 4.3.b) del Convenio 157 de la OIT, sobre conservación de derechos en materia de Seguridad Social (1982).

[198] Reglamento(CEE) 1408/71, del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. Esta norma, en lo sucesivo citada como 'Reglamento 1408/71', ha sufrido numerosas modificaciones; en 1997 se adoptó un texto refundido de las mismas (DOCE L-028, de 30-ene-1997), y una versión consolidada con las modificaciones posteriores puede obtenerse en versión electrónica en la base de datos EUR-LEX.

[199] MARÍN, 1994, página 279, analiza algunas contradicciones de tal clasificación en un Título cuyo enunciado dice referirse a las «categorías de prestaciones», para seguidamente encabezar cada uno de sus capítulos no con las prestaciones sino con las contingencias; este criterio lo abandona parcialmente cuando se trata de la muerte, que comparte capítulo con otra contingencia, salvo los subsidios de defunción que ocupan un capítulo diferente.

tratase; parece seguir con ello la tendencia del derecho francés^[200], en el que el concepto de régimen ha oscilado entre un sentido estatutario o de régimen jurídico, y un sentido orgánico o de organización administrativa, para situarse más bien en el primero al establecerse que una organización podía gestionar diversos 'regímenes'; finalmente, el concepto de régimen aparece con un sentido más complejo de mecanismo de redistribución que asocia unos recursos económicos con ciertas prestaciones. La noción de 'rama' por su parte ha sido utilizada como una parte del régimen general (y en este sentido se hallaría próxima a cada una de las contingencias), para después erigirse en una noción más amplia, por encima de los distintos regímenes, al ser utilizada en la descripción de objetivos más bien financieros más allá de categorías socioprofesionales y de distintos esfuerzos contributivos o de protección; si antaño la estructuración de la protección social descansaba en una cierta autonomía de los riesgos, actualmente son las ramas 'inter-regímenes' las que tienden a una autonomía contable. En este sentido la mención a las ramas se hallaría más próxima a los conceptos de brazo o de modalidad de protección, y su mención en los artículos 1 y 4 del Reglamento comunitario 1408/71 tendría más bien una función indicativa de su amplitud, al indicar que las contingencias que enumeran como constitutivas del ámbito material de aplicación de la norma comunitaria pueden referirse a cualquiera de tales brazos o ramas de las legislaciones de cada Estado, como efectivamente así sucede.

Por lo anteriormente dicho, podemos concluir que, en los textos jurídicos internacionales, el concepto de rama de la Seguridad Social equivale en la mayoría de los casos a las disposiciones relativas a una determinada contingencia tutelada. Luego, en una interpretación contextual, el convenio bilateral con Marruecos tutela las prestaciones no contributivas, al no haberse objetado su aplicación cuando se realizó la ampliación de la tutela de la rama invalidez y de la rama vejez a un nuevo grupo de personas: los que residan en España que cumplan ciertas condiciones de edad y duración de su residencia.

Criterio contextual: rama es contingencia.

También parece ser la voluntad del legislador español que las prestaciones no contributivas no fueran consideradas un régimen distinto y separado de las contributivas, según puede verse en el siguiente párrafo de la exposición de motivos de la ley 26/1990 que las presenta como la extensión de unas prestaciones ya existentes: "La trascendencia de la reforma, que la Ley introduce, se centra en la extensión del derecho a las pensiones de jubilación e invalidez y a las prestaciones económicas por hijos a cargo, del Sistema de la seguridad Social, a todos los ciudadanos, aun cuando no hayan cotizado nunca o el tiempo suficiente... Se trata, en definitiva, de la universalización de tales prestaciones".

Las PNC son una ampliación de una tutela ya existente.

[200] Analizada extensamente por DUPEYROUX, 1998, páginas 93-93, 98-100, 312, 326 y 695 y ss. Lógicamente, por razón de nuestra tardía incorporación a la CEE, la terminología española poco ha podido influir en los principales textos legales comunitarios.

El tratamiento unitario de la protección de la invalidez se refrenda al mantenerse en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social un capítulo V que trata de la invalidez en conjunto, estructurado en secciones, siendo la primera de carácter general, y la tercera y la cuarta dedicadas a las modalidades contributiva y no contributiva de invalidez. En la memoria del proyecto de ley que el Gobierno envió a las Cortes, se expresa de forma aún más rotunda la concepción unitaria de las pensiones en su apartado A.3, titulado precisamente «Sobre la naturaleza y concepción unitaria de las pensiones de Seguridad Social», al decir: «Las pensiones no contributivas se configuran no tanto como unas pensiones distintas de las de naturaleza contributiva, ya existentes en el ámbito de la Seguridad Social, cuanto como una modalidad -la no contributiva- de una única pensión; del mismo modo a como ahora se conciben en la ley como únicas las pensiones contributivas de jubilación (por ejemplo en el artículo 20^[201] del actual texto refundido) pero después se diversifican (en sus cuantías, requisitos, caracteres,...)» señalándose en el apartado siguiente que la técnica legislativa empleada (inclusión de nuevos artículos en la Ley General) se realizó precisamente «como medio para reforzar esta noción unitaria de las pensiones de Seguridad Social»^[202].

El Tribunal Supremo emprendió otra línea argumental en su sentencia de 1 de abril de 1998^[203]. Dice el Tribunal que la calificación de las prestaciones no contributivas como nueva rama “debe deducirse con claridad, no tanto de la naturaleza de las propias prestaciones y contingencias protegidas, como de su fuente de financiación y, sobre todo, de su desvinculación como relación protectora, de la relación de servicios por cuenta ajena, en abierta diferenciación con el ámbito protector contributivo” y refuerza su argumentación diciendo que “la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social de 1997 confirma también este criterio, puesto que se viene a diferenciar en plenitud la rama contributiva y la rama asistencial”.

Interpretación del concepto de rama según el T.S.

La referencia a la Ley de 1997^[204] debe relativizarse, en primer lugar, porque siendo la ley muy posterior a la petición de la súbdita marroquí demandante, la mención a la misma puede resultar más bien un argumento en contra de lo pretendido: si la citada ley es la que realiza el cambio de financiación de las prestaciones no contributivas que pasarían a nutrirse exclusivamente de las aportaciones del Estado, y esta financiación separada es la que el Tribunal Supremo considera relevante para calificarlas como una nueva rama,

No existe aún financiación separada de las PNC.

[201] Artículo 38 del actual texto refundido de 1994., relativo a la acción protectora del sistema de la Seguridad Social.

[202] CONGRESO, 1990, página 809.

[203] STS 1 de abril de 1998 (Ar. 2689), dictada en Sala General, con votos particulares. El tribunal reitera -como *obiter dicta*- su doctrina en la STS 30-mar-1999 (Ar.3773).

[204] Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización de la Seguridad Social, (BOE 16- jul-1997).

las citadas prestaciones no se constituyeron como tal rama separada hasta más de tres años después de los hechos enjuiciados, y por consiguiente, fallaría la argumentación del tribunal. En segundo lugar, porque no es del todo exacta la afirmación realizada en la sentencia de que la citada ley “viene a diferenciar con plenitud la rama contributiva y la asistencial”, ya que si observamos cómo la citada ley trata de la separación de fuentes de financiación de la Seguridad Social, podemos ver que, en primer lugar, se afirma tal separación con rotundidad mediante la modificación del artículo 86.2 del vigente Texto Refundido de la LGSS, y seguidamente establece una nueva disposición transitoria decimocuarta en la LGSS en la que se explica que tal separación de fuentes “se llevará a cabo de modo paulatino”, o sea que tal nueva rama aún no estaría del todo configurada como se puede comprobar en el presupuesto de la Seguridad Social para 1999 -que el Gobierno remitió a las Cortes poco tiempo después de dictarse la sentencia comentada- en el que se establecía que se seguirían pagando con las cotizaciones de empresarios y trabajadores 180.000 millones de pesetas para las prestaciones no contributivas, además de financiarse con dichas cotizaciones otros conceptos que el artículo 86 LGSS considera no contributivos, como los 690.000 millones dedicados a los complementos de mínimos^[205]. Absolutamente claro sobre el hecho de que en estos años se ha mantenido el sistema tradicional de financiación mixta de las pensiones no contributivas, es el texto del acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social firmado entre el presidente del Gobierno y los sindicatos CCOO y UGT, dice el último párrafo del apartado A): «Igualmente se estima preciso promover la modificación del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, de forma que se incorpore un mandato para que, de modo gradual, se separen las fuentes de financiación, poniendo como límite la Ley de Presupuestos para el año 2000. Durante este período transitorio se mantendrá la financiación parcial, con cargo a cotizaciones, de las prestaciones y servicios de naturaleza no contributiva, en proporción decreciente y con el ritmo más rápido que sea factible a tenor de la evolución económica, del empleo como factor determinante del nivel de ingresos y de las propias magnitudes del Sistema de Seguridad Social»^[206].

Dejando pues esta referencia a la Ley de 1997 que constituye el segundo argumento del Tribunal Supremo como un *obiter dicta* discutible, vamos a analizar el primer -y principal- argumento en pro de considerar las prestaciones no contributivas como una rama distinta. Recordemos que el Tribunal Supremo dice, en primer lugar, que el hecho de ser una nueva rama “debe deducirse no de la naturaleza de las prestaciones y contingencias

De dos hechos iguales no puede deducirse una diferencia.

[205] LA VANGUARDIA, 30 de septiembre de 1998, página 70, además de estas cifras recoge las declaraciones del Ministro de Economía, Rodrigo Rato, de que “se avanza” en la separación de las fuentes de financiación para garantizar el futuro de las pensiones públicas. El profesor De la Villa recuerda que las cotizaciones representan el 95% de la financiación de estos complementos no contributivos. (DE LA VILLA, 1998, página 17)

[206] Acuerdo firmado en Madrid el día 9 de octubre de 1996. CONSOLIDACIÓN, 1996.

protegidas”; con ello obvia el problema de que las contingencias son comunes a la protección contributiva y a la no contributiva y, como hemos visto, en la mayor parte de los textos internacionales la contingencia es la rama de la Seguridad Social. En segundo lugar -dice el Tribunal- debe deducirse “de su fuente de financiación”, pero resulta -como ya se ha dicho- que tanto las prestaciones contributivas como las no contributivas se financian de forma mixta tanto con cotizaciones como con aportaciones del Estado, y ello tanto en el momento del hecho causante, como en el año en que se dicta la sentencia, e incluso posteriormente, por lo que se hace innecesario entrar aquí a enjuiciar si éste es un criterio válido para definir una rama de la Seguridad Social^[207], porque si en el momento de dictar sentencia y en el momento de causar la prestación discutida ambas prestaciones se financiaban de forma mixta, no le era posible al Tribunal deducir nada con tal criterio; basándose no en la realidad, sino en la promesa de una futura separación de fuentes financieras.

Finalmente, se argumenta en la sentencia del Tribunal Supremo que la deducción debe realizarse “sobre todo, de su desvinculación como relación protectora, de la relación de prestación de servicios por cuenta ajena, en abierta diferenciación con el ámbito protector contributivo”, sorprendente afirmación que olvida que las prestaciones contributivas no se limitan a quienes trabajan por cuenta ajena, ya que las mismas existen también para quienes trabajan por cuenta propia, para los funcionarios y para los estudiantes. Podría interpretarse que lo que quiso decir el Tribunal Supremo no era lo que dijo (y esto ya es ir bastante lejos) sino que quiso decirse que el concepto de rama de la Seguridad Social debe deducirse del tipo de relación jurídica que es causa de inclusión en el ámbito protector de la Seguridad Social; ello equivale a identificar rama con régimen especial (y, una vez más, se rechaza así la identificación de rama con contingencia), pero ello plantea algunos problemas: el primero -y menor- será la multiplicidad de ramas de nuestro sistema, ya que deberemos aplicar tal criterio de nueva rama a todas las contingencias que de forma diversa se tutelan en modalidades no contributivas, como la tutela de la enfermedad, la asistencia social y los servicios sociales que figuran expresamente tutelados en el Convenio bilateral; el segundo problema será la dificultad de casar tal interpretación del concepto rama de la Seguridad Social con todos los textos legales internacionales ratificados por España antes mencionados, en los cuales queda claro que rama equivale a contingencia; el último -y serio problema interpretativo- es que el artículo 1.13 del Convenio con Marruecos, al definir lo que se entiende por pensión, subsidio, renta o indemnización, considera que son todas las que otorga la legislación de cada Estado “comprendidas las aportaciones

La desvinculación de las PNC de la prestación de servicios por cuenta ajena.

^[207] Según la jurisprudencia comunitaria, « el modo de financiación de una prestación carece de importancia a efectos de su posible calificación como prestación de Seguridad Social » STJCE C-78/91 ‘Hughes’, de 16 de julio de 1992; STJCE C-85/99 ‘Offermanns’, de 15 de marzo del 2001; aunque puede admitirse que puede ser un criterio para diferenciar partes de un sistema de Seguridad Social.

a cargo de los fondos públicos”, es decir -y disintiendo del parecer mayoritario del Tribunal Supremo-, el criterio de que una prestación sea financiada exclusivamente con cargo a los fondos públicos, como criterio opuesto a la financiación por cotizaciones de empresarios y trabajadores, no es motivo para diferenciarla ni para considerarla no incluida en el Convenio bilateral con Marruecos.

Las conclusiones parciales que se han defendido, y la final que se propone en este tema descansan, en el fondo, en contemplar principalmente las semejanzas y los vínculos que hay entre las modalidades contributiva y no contributiva de tutela de las contingencias de invalidez, vejez, financiadas ambas de forma mixta aunque no sea idéntica; evidentemente es perfectamente posible, fijándose principalmente en las diferencias, sustentar la tesis contraria^[208]. Se opta aquí por considerar como más acertado defender la tesis de que, situados en la disyuntiva que plantea el Tratado con Marruecos, las pensiones no contributivas en nuestro sistema fueron, no tanto una nueva rama de nuestro sistema (porque entendemos que las ramas de nuestro sistema son las contingencias), sino más bien una ampliación de la tutela prestada en determinadas contingencias (vejez, invalidez, responsabilidades familiares) a nuevos grupos de personas, siendo esta ampliación de notable alcance conceptual aunque de limitada importancia numérica, como ya hemos visto en las primeras páginas de este estudio. Dado que en tiempo oportuno no se objetó que dicha ampliación quedase amparada por el tratado bilateral de España con Marruecos que comentamos, debe entenderse que la igualdad de trato a la que se refiere el mismo debe aplicarse también a las prestaciones no contributivas^[209].

Conclusión: las PNC están incluidas en el Convenio con Marruecos.

Entre los tratados bilaterales existe un conjunto de ellos que contienen una cláusula de notable interés: la cláusula de «nación más favorecida», entendiéndose por tal aquella en virtud de la cual una parte concede a la otra «un trato no menos favorable que el que confiere a un tercero de la misma naturaleza más favorecido, o a las personas o cosas que guardan con él idéntica relación, dentro de los límites y condiciones expresos o implícitos en aquella»; el Tribunal Internacional de Justicia ha señalado que la finalidad de la misma es «establecer una igualdad fundamental ...sin discriminación entre los países interesados»^[210], guardando así esta cláusula un parentesco con las cláusulas de igualdad de trato que se han examinado. Tales cláusulas pueden establecerse tanto de forma unilateral como sinalagmática -aunque la unilateralidad será más bien formal en un proceso negociador-, y de forma condicionada o incondicionada, siendo habitual que se acompañe de una cláusula de trato recíproco, de forma que el tercero beneficiado

Cláusulas de «nación más favorecida» y de «trato nacional»

[208] Como con decisión se realiza en MONTROYA, 1998.

[209] A la misma conclusión llega MÁRQUEZ, 1998.

[210] CIJ, 1952.

debe conceder también el mismo trato al concedente del que reclama dicho mejor trato; estas cláusulas de nación más favorecida se han generalizado en el ámbito comercial impulsadas por el GATT^[211] a partir de 1947. Paralelamente, existe otro tipo de cláusula: la de «trato nacional» que tiene algunos efectos similares; en virtud de tal cláusula el concedente otorga a otro Estado, o a las personas o cosas que con él guardan una determinada relación, el mismo trato que otorga a sus propias personas o cosas. Ambas cláusulas pueden coexistir en un mismo tratado, y entonces se otorga al beneficiario la opción que prefiera: la equiparación al trato nacional o la equiparación al trato dado a otro Estado; y la cláusula de nación más favorecida puede ser el camino para obtener la equiparación al trato nacional si dicho trato ha sido concedido a un tercer Estado más favorecido. Es importante señalar la precisión contenida en las definiciones antedichas de que la aplicación material de las mismas ha de corresponder a una igual situación o relación jurídica: si el trato más favorable se ha concedido a los comerciantes de un Estado, las cláusulas beneficiarán a los comerciantes del otro y sólo a ellos, y lo mismo a los trabajadores, ciudadanos, mercancías, etc. Es la regla *eiusdem generis*, que obliga a contemplar el objeto de la cláusula en cada tratado, objeto que normalmente coincidirá con el del tratado en el que se inserta pero no necesariamente, ya que el envoltorio de la misma es indiferente, de forma que una cláusula de nación más favorecida en materia comercial puede hallarse en un tratado no comercial^[212]; por ello no deberá extrañarnos hallar cláusulas de libre circulación de personas tanto en un tratado comercial, como en un tratado político general o de relaciones consulares, etc.

En el ámbito laboral y de Seguridad Social, las cláusulas de «nación más favorecida» han sido aplicadas en casos en los que ciudadanos extranjeros habían visto negado su derecho a residir en España. Entre las sentencias del Tribunal Supremo que aplican dicha cláusula, las más numerosas se refieren a ciudadanos argentinos^[213], ya que el Convenio suscrito entre España y Argentina en 1863, en vigor hasta 1988^[214] dispone en su artículo

Argentina,
«nación más
favorecida».

[211] Siglas del *General Agreement of Tariffs and Trade*: tratado multilateral firmado en Ginebra el 1947 al que se adhirieron progresivamente hasta más de cien Estados. Uno de sus fines era la generalización de la cláusula de «nación más favorecida» para evitar el proteccionismo aduanero y la discriminación comercial. Ha sido substituido por la Organización Mundial del Comercio (OMC) desde el día 1 de enero de 1995.

[212] REMIRO, 1987, páginas 295 a 304.

[213] Por todas, STS-3ª de 3 de abril de 1998 (Ar.3062) y las en ella citadas.

[214] «Tratado de reconocimiento, paz y amistad», celebrado entre España y la República Argentina el 21 de septiembre de 1863, ratificado el 20 de junio de 1864 (Gaceta del 25-jun-1864); fue substituido por el «Tratado General de Cooperación y Amistad» firmado el 1 de febrero de 1988, ratificado el 3 de junio de 1988 (BOE de 28-ago-1988) que en su artículo 8 establece la igualdad con los propios nacionales «siempre que se hubieran concedido los permisos de residencia o de trabajo necesarios para el ejercicio de dichas actividades». La vigencia del tratado de 1863 hasta 1988 ha sido reconocida por el Tribunal Supremos en diversas ocasiones: por todas, STS-3ª de 13-mar-1998 (Ar. 2620) y STS-3ª de 16-dic-1997 (Ar.9127).

8 que «Los súbditos de S.M. Católica en la República Argentina y los ciudadanos de la República en España, podrán ejercer libremente sus oficios y profesiones, poseer, comprar y vender [...] en los mismos términos y bajo iguales condiciones y adeudos que usan o usaren los de la nación más favorecida»; ésto -unido a la existencia de un tratado con Alemania de 1970^[215] que establece en su artículo 9.1 la posibilidad de ejercer actividades económicas y profesionales de cualquier clase en el territorio del otro Estado «en las mismas condiciones que sus nacionales; si fuese necesario para ello obtener autorización administrativa previa, les será concedida en las mismas condiciones que a los nacionales»-, ha permitido al Tribunal Supremo deducir que ello obliga a reconocer a los ciudadanos de ambos países el derecho a trabajar y el derecho a residir (sin el cual el de trabajar devendría ilusorio) cual si de españoles se tratase.

La fecha de 1863 del tratado con Argentina y su contenido principal: reconocimiento como nación libre y soberana, reconocimiento de deuda, sucesión en los derechos de la Corona de España, finiquito de reclamaciones por secuestro o confiscación de bienes, etc., nos muestra la voluntad de normalizar unas relaciones entre Estados tras el proceso de independencia; por ello es lógico que encontremos también similares cláusulas en otros tratados de la época suscritos con Estados que se independizaron de España en la primera mitad del siglo XIX, y que los mismos hayan sido aplicados en sentencias del Tribunal Supremo siguiendo la misma argumentación citada en el párrafo anterior. Así podemos verlo en el tratado con Uruguay de 1870^[216] que es aplicado en una sentencia de 1998^[217] para conceder a una ciudadana uruguaya casada con un español la Tarjeta de Familiar de Residente Comunitario, decisión discutible, no por la aplicación de la cláusula de nación más favorecida, sino porque parte de la doctrina^[218] entiende que no son alegables como trato acordado a una nación más favorecida las condiciones acordadas en el seno de una comunidad supranacional delimitada como en una unión aduanera o zona de libre cambio; así el Tribunal Supremo en una sentencia de 1999^[219]

Otras nacionalidades «más favorecidas» o equiparadas a la española.

[215] «Tratado de establecimiento» celebrado entre España y la República Federal de Alemania el 23 de abril de 1970, ratificado por Instrumento de 22 de febrero de 1972 (BOE del 29-nov-1972, rectificado el 27 de septiembre de 1973).

[216] Celebrado con la República Oriental del Uruguay en fecha 19 de julio de 1870 (Gaceta del 28 de enero de 1883). El artículo 8 tiene igual redactado que el primer párrafo del artículo 8 del tratado con Argentina de 1863.

[217] STSJCA-T de 27-nov-1998 (Ar.4690).

[218] REMIRO, 1987, página 301, con referencias a los trabajos de la CDI en la que no se ha logrado la unanimidad en este tema.

[219] STS-3ª de 6-may-1999 (Ar.4798).

en la que se aplica el tratado de 1847^[220] con Bolivia (otro país sudamericano con cláusula de nación más favorecida), rechaza que el estatus de los ciudadanos de la Comunidad Europea sea aplicable a los ciudadanos de la nación más favorecida. A los ya mencionados tratados con Alemania, Argentina, Uruguay y Bolivia, debe añadirse una notable lista de países con los que España ha concluido tratados que establecen en materia de residencia o en materia de actividad profesional (que ya hemos visto exige la residencia), el derecho a ser tratados como la nación más favorecida o el derecho a ser tratado como los ciudadanos españoles o ambas cosas alternativamente: el art. 4 del tratado con Irán de 1956^[221]; el artículo 5 del tratado con Liberia de 1953^[222]; el artículo 5 del Convenio con la República Popular de China (léase: Taiwan) de 1953^[223]; el artículo 4 del Tratado de amistad el Reino Hachemita del Jordan (es decir: Jordania) de 1950^[224]; el artículo 3 y el artículo 21 del Tratado con el Reino de Siam (es decir: Tailandia) de 1925^[225]; el artículo 1 del Convenio con Francia de 1862^[226]; el artículo 10 del tratado con Costa Rica de 1850^[227]; el artículo 1 del convenio con Italia de 1867^[228]; y el artículo 1.1

[220] Celebrado con la República de Bolivia el 21 de julio de 1847, y ratificado el 22 de enero de 1861 (Gaceta de 2-jun-1861).

[221] Convenio «de paz y amistad» de 12 de marzo de 1956, ratificado el 26 de julio de 1957 (BOE de 19-dic-1957).

[222] Convenio «de paz y amistad» entre España y Liberia de 2 de abril de 1953, ratificado el 23 de julio de 1953 (BOE de 9-dic-1953).

[223] Convenio de 19 de febrero de 1953, ratificado el 26 de mayo de 1953 (BOE de 10-oct-1953).

[224] Tratado entre España y el Reino Hachemita del Jordan, hecho en Amman el 7 de octubre de 1950, ratificado el 11 de mayo de 1951 (BOE de 17-oct-1951)

[225] Tratado de amistad, comercio y navegación de 3 de agosto de 1925 con el Reino de Siam (que en 1949 cambió el nombre por Tailandia), ratificado el 28 de julio de 1926 (Gaceta del 30-jul-1926). El artículo 21 contiene la precisión de que no podrán entenderse como condiciones dadas a una nación más favorecida las concesiones hechas a las zonas españolas en Marruecos, a Portugal, o a los países hispanoamericanos.

[226] Convenio «para afirmar los derechos civiles de los respectivos súbditos y las atribuciones de los Agentes Consulares» de 7 de enero de 1862, ratificado el 4 de marzo de 1862 (Gaceta del 15-mar-1862).

[227] Tratado «de reconocimiento paz y amistad» de 10 de mayo de 1850, ratificado el 21 de diciembre de 1850. Existen algunas dudas de si este tratado se ve afectado por el celebrado con el mismo país el 9 de enero de 1953, ratificado el 21 de enero de 1954 (BOE de 3-mar-1954), en especial por su artículo 7.

[228] Convenio de 21 de julio de 1867 entre España e Italia, ratificado el 2 de noviembre de 1867 (Gaceta de 23-nov-1867). En la STS de 14-oct-1987 (Ar.8654) se examina la cláusula de nación más favorecida y se niega su aplicación a un súbdito italiano, pero el Tribunal examina otro tratado que fue alegado por el recurrente: el Convenio de 15 de marzo de 1932, ratificado el 28 de marzo de 1933 (Gaceta del 2-abr-1933) que tiene un ámbito material más limitado que el aquí citado, sobre el que el Tribunal nada dice.

del Tratado de 1911 con el Japón^[229] cuyo texto podemos examinar a título de ejemplo: «Los súbditos de cada una de las Altas Partes contratantes tendrán plena libertad para entrar y permanecer en toda la extensión de los territorios de la otra, y conformándose con las leyes del País: 1.-serán tratados, en todo lo concerniente a los viajes y a la residencia, a los estudios y a las investigaciones, al ejercicio de sus oficios y profesiones y a la ejecución de sus empresas industriales y manufactureras, desde todos los puntos de vista, de la misma manera que los súbditos o ciudadanos de la nación más favorecida ...». No podemos dejar de mencionar, y precisamente por ser inaplicable a los efectos que aquí interesan, la cláusula de nación más favorecida que se contiene en el tratado celebrado con Marruecos en 1861, porque en su artículo 4 se establece de forma unilateral y únicamente para los españoles (los súbditos de S.M. Católica) «el derecho a viajar, residir y establecerse en los dominios del Rey de Marruecos», beneficio unilateral que se ve reafirmado en el artículo 15 cuando prevé únicamente para «los súbditos o protegidos españoles, tanto cristianos como mahometanos o hebreos...todos los derechos y privilegios concedidos en este tratado y de los que se concedan en cualquier tiempo a la nación más favorecida».

La interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales mencionados anteriormente no es simple, tanto porque el transcurso de tiempo ha hecho aparecer nuevos textos jurídicos internacionales que tácitamente podrían afectar a tan longevos tratados, como por el hecho de que su contenido es por naturaleza mutable ya que el contenido material exacto de las cláusulas de nación más favorecida dependerá siempre de otras normas jurídicas a las que se remite, y en este sentido la cuidadosa y acertada elección de las condiciones de un tercer país que se pretende sean aplicadas condicionará el éxito de la pretensión. Salvando tales prevenciones, la existencia de estas cláusulas puede tener una clara utilidad para los ciudadanos de los respectivos países: argumentar que su estancia en territorio es o ha sido legal porque tienen tanto derecho a la misma como los de la nación más favorecida que se señale (por ejemplo, Alemania) o porque tienen derecho a tal estancia en las mismas condiciones que los españoles, y ello aún en el caso de que no hubiesen obtenido un permiso de residencia (que no es constitutivo del derecho), o a pesar de las limitaciones que una ley o un reglamento de extranjería pudiera oponerles, ya que tales normas no tienen poder jurídico bastante para alterar los efectos de un tratado internacional como claramente señala el artículo 96.1 de la Constitución, en reiteración de la cual en el artículo 3 de la propia Ley Orgánica 7/1985 se decía que los mandatos de la misma se establecen «sin perjuicio de lo establecido en las leyes especiales y en los Tratados Internacionales», como el

Aplicabilidad de la cláusula de «nación más favorecida»

[229] Tratado «de amistad y relaciones generales» celebrado el 15 de mayo de 1911, ratificado por España el 10 de julio de 1915 (Gaceta del 12-jul-1915, rectificada dos días después).

Tribunal Supremo ha recordado en varias ocasiones^[230]. Para los ciudadanos de las nacionalidades que hemos mencionado, la acreditación de que su estancia presente y -especialmente- la pasada tiene carácter legal (requisito que analizaremos más adelante) debiera ser más fácil con la simple alegación de los tratados comentados.

2.C- TRATADOS ENTRE LA COMUNIDAD EUROPEA Y TERCEROS PAÍSES

En relación con Marruecos, deberemos tener en cuenta la existencia de una norma -que por una parte es de aplicación más relevante que nuestro derecho interno, en virtud de la supremacía del derecho comunitario, pero por otra es una norma mínima, en la medida que preceptúa el respeto a otras normas más favorables que pudieran existir- que obliga a otorgar a los trabajadores marroquíes y a los miembros de su familia, sin limitación de grado^[231], que residan con ellos, un trato igual al otorgado a los ciudadanos españoles: se trata del artículo 41 del Reglamento (CEE) 2211/78 que recoge el acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y Marruecos^[232] que establece el principio de no discriminación entre marroquíes y ciudadanos comunitarios a reserva de las excepciones que se especifican en el propio tratado, que consisten básicamente en excepcionar la posibilidad de totalizar períodos de seguro en ciertas contingencias^[233]; y en idénticos términos se establece tal igualdad de trato para los trabajadores argelinos en el Reglamento (CEE) 2210/78, y para los trabajadores tunecinos en el Reglamento (CEE) 2212/78^[234].

El Reglamento
CEE 2211/78

La mención en los reglamentos comunitarios antedichos de que la igualdad de trato se concede no a los ciudadanos sino a los «trabajadores» no debe hacernos olvidar su repercusión en el ámbito de las prestaciones no contributivas. En primer lugar, y como ya se ha hecho notar anteriormente, tal igualdad de trato alcanza a todos los miembros

El concepto
comunitario de
trabajador.

[230] STS-3ª de 13-mar-1998 (Ar.2621) y STS-3ª de 2-dic-1997 (Ar.9304).

[231] También los familiares por afinidad: STJCE de 11-nov-1999 'Mesbah', C-179/98.

[232] El Reglamento por el que se celebra el Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y el Reino de Marruecos, lleva fecha de 26 de septiembre de 1978 (DOCE L 264/1; recogido en la edición especial de 1985 11/Vol. 09, páginas 3 a 120). Sobre la aplicabilidad directa de estas normas sin precisar las disposiciones reglamentarias -no dictadas- del Consejo de Cooperación previsto en el Convenio, *vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE de 31 de enero de 1991, C-18/90, 'Kziber'. En España, la STC 130/1995, de 11 de septiembre proclama, en un caso de desempleo a un trabajador marroquí, la aplicabilidad de tal reglamento en virtud su efecto directo y primacía sobre las disposiciones internas.

[233] GONZÁLEZ-SANCHO, 1993, página 158.

[234] Ambos también de fecha 27 de septiembre de 1978 (DOCE L-263 y L-265, respectivamente). Este último debe entenderse sustituido a partir del día 1 de marzo de 1998 por el acuerdo Euro-Mediterráneo entre las Comunidades Europeas y Túnez de fecha 17 de julio de 1985 (BOE 26-mar-1998).

de la familia^[235] que convivieran con un trabajador de dichas nacionalidades; en segundo lugar, la igualdad de trato prevista en dichos reglamentos tiene el mismo ámbito material que el del reglamento CEE 1408/71, que incluye a las prestaciones no contributivas^[236] en la medida en que éstas pueden calificarse de prestaciones de Seguridad Social según el criterio comunitario^[237], incluyendo a las prestaciones familiares no contributivas^[238]; en tercer lugar, el concepto de trabajador no se limita a definir un individuo que disponga de un trabajo asalariado, ya que en los reglamentos comunitarios el concepto de trabajador es mucho más amplio para incluir a quien busque un empleo, y a quien esté o haya estado acogido a un seguro obligatorio o facultativo para una contingencia, incluso si esta contingencia es la de enfermedad y la afiliación y las cotizaciones fueron realizadas por un organismo de asistencia social^[239]; si bien en una reciente sentencia comunitaria se acotan de forma más estricta los efectos vinculados a la condición de trabajador una vez ha concluido la relación laboral^[240].

En el ámbito de la legislación española, extinguida una relación laboral puede el extranjero percibir prestaciones por desempleo sin que esta situación suponga la extinción del permiso de trabajo, ya que es título suficiente para la renovación de su [El concepto de trabajador extranjero en la legislación española.](#)

[235] En la STJCE de 11-nov-1999, 'Mesbah', Asunto C-179/98, se plantea el alcance del concepto «familia» constatándose la ausencia de una definición legal de la misma; el Tribunal afirma que no puede limitarse tal concepto al cónyuge e hijos del trabajador, sino que se extiende a quienes tienen con éste una estrecha relación de parentesco, sean consanguíneos o afines, incluyendo en particular a los ascendientes.

[236] STJCE 'Krid', C-103/94, de 5 de abril de 1995; 'Kziber', C-18/90, de 31 de enero de 1991; 'Yousfi', C-58/93, de 20 de abril de 1994; 'Hallouzi-Choho', C-126/95, de 3 de octubre de 1996; 'Babahenini', C-113/97, de 15 de enero de 1998.

[237] El criterio se basa principalmente en dos requisitos: el primero, que se concedan basándose en una situación legalmente definida, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales; el segundo, que se refiera a alguno de los riesgos enumerados en el artículo 4.1 del reglamento 1408/71. STJCE 'Acciardi' C-66/92, de 2 de agosto de 1993. Un análisis de los distintos criterios del Tribunal comunitario en PÉREZT, 1986, páginas 79-81.

[238] STJCE 'Hoever y Zachow' C-245/94 y C-312/94 (acumulados), de 10 de octubre de 1996; STJCE 'Martínez Sala' C-86/96, de 12 de mayo de 1998.

[239] Una descripción del concepto comunitario de trabajador a los efectos del artículo 48 del Tratado y del Reglamento 1612/68, y en el sentido del artículo 51 del tratado CE y del Reglamento 1408/71, puede verse en la STJCE Martínez Sala, C-85/96, de 12 de mayo de 1998, párrafos 32 y ss. con citas de otras sentencias del mismo tribunal.

[240] STJCE 'Leclere' C-43/99, de 31 de mayo del 2001, sobre prestaciones familiares, en la que tras recordar la abundante jurisprudencia en la que se señala que debe considerarse trabajador a quien ha extinguido una relación laboral y a una persona que busque realmente un empleo, considera que ello es a los efectos de la conservación de ventajas relacionadas con su antigua relación laboral, pero no para la adquisición de nuevos derechos.

permiso^[241]; y viceversa, la caducidad del permiso de trabajo no obsta para percibir prestaciones por desempleo, buscar un nuevo trabajo e inscribirse en las oficinas de empleo^[242], y es que el concepto de trabajador extranjero no se define necesariamente por el efectivo disfrute de un contrato de trabajo, sino también por el «móvil» (ALONSO OLEA, 1995) o intención de trabajar; así, en la Ley Orgánica 7/1985 se definía al trabajador extranjero [artículo 15.1] como «el extranjero mayor de dieciséis años que desee fijar su residencia en España *para* ejercer en ella cualquier actividad...», y el Reglamento a la citada ley proclamaba que «se considera trabajador extranjero, a efectos de aplicación del presente Reglamento, a toda persona física que, careciendo de nacionalidad española, ejerza o *trate* de ejercer en España una actividad lucrativa laboral...»^[243]; en la actual Ley 4/2000 ha desaparecido toda definición específica del concepto de trabajador extranjero, sin embargo, en el reglamento de ejecución de la misma se repite el anterior concepto: «se considera trabajador extranjero a toda persona física que, careciendo de nacionalidad española, ejerza o *trate de ejercer* en España una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena»^[244]. En consecuencia, deberán considerarse como a tales tanto los trabajadores en activo -lo que concuerda con el concepto de trabajador que emana del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores-, como también a quienes pudiendo y queriendo trabajar se hallan desempleados -lo que concuerda con el concepto de trabajador de la LGSS, en los artículos 215.1.3; 216.2, etc. cuando concede unas prestaciones que arrojan precisamente esta voluntad de encontrar un trabajo-. La mención en un texto internacional de la categoría «trabajadores» no puede ser asimilada a los efectos de protección social a la de «beneficiarios de prestaciones contributivas» por tres razones: en primer lugar porque una persona puede ser trabajador y a la vez beneficiario de prestaciones no contributivas, si su salario y otros ingresos computables son lo suficientemente bajos; en segundo lugar, porque aunque en una unidad familiar exista un trabajador que perciba ingresos regulares ello no conduce necesariamente a excluir a los miembros de su familia de la posibilidad de percibir prestaciones no contributivas; y por último, porque el trabajador puede pretender las prestaciones no contributivas cuando se halle en período de reempleo, es decir, habiendo perdido su anterior empleo y hallándose a la búsqueda de otro, momento en el que puede producirse la

[241] Artículo 72.5 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (BOE de 21-jul-2001), como anteriormente el art. 59.2 del Real Decreto 155/1966, de 2 de febrero, que reglamentaba la L.O. 7/1985.

[242] Para articular lo cual se dictó la Resolución de 11 de julio de 1996 (BOE del 9 de agosto de 1996), conjunta de la Dirección General del Instituto Nacional de Empleo y la Dirección General de Trabajo y Migraciones.

[243] Artículo 68.2 del Real Decreto 155/1966, de 2 de febrero, que reglamentaba la L.O. 7/1985.

[244] Art. 64.2 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (BOE de 21-jul-2001).

contingencia y no hallarse cubierta por la modalidad contributiva de prestaciones por no reunir los requisitos de carencia.

La aplicación del Reglamento 2210/78 (y por extensión a los de similar redactado 2211/78 y 2212/78) a un concepto amplio de trabajador emigrante o a quienes no reúnan tal condición se hubiese visto esclarecida si el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas hubiese dado respuesta a la cuestión prejudicial 'Djballi'^[245] pero el organismo francés, una vez planteado el litigio, prefirió anular su propia decisión denegatoria inicial y pagar íntegramente la prestación solicitada, impidiendo así al tribunal europeo pronunciarse sobre la cuestión prejudicial, que carecía ya del requisito de utilidad.

Una cuestión prejudicial no resuelta.

El derecho de los trabajadores de nacionalidad marroquí a las prestaciones no contributivas, precisamente basándose en la jurisprudencia comunitaria relativa al Reglamento 2211/78 y en el amplio concepto comunitario de trabajador, ha sido reconocido por el Tribunal Supremo en 1999^[246] que, primeramente, recuerda la doctrina comunitaria de las sentencias 'Kzibir': el artículo 41 del Acuerdo CEE- Marruecos tiene un efecto directo, el concepto de Seguridad Social del núm. 1 del Acuerdo es idéntico que figura en el Reglamento 1408/71, y el concepto de trabajador recogido en el artículo 41.1 del Acuerdo comprende tanto a los trabajadores en activo como a los que han abandonado el mercado de trabajo; la Sentencia 'Yousfi': las pensiones no contributivas están comprendidas en el ámbito del Reglamento 1408/71 y por tanto también en el artículo 41 del Acuerdo; la Sentencia 'Hallouzi-Choho': que asimila a períodos cotizados determinados períodos de residencia; y la Sentencia 'Krid': la misma doctrina en relación al Convenio CEE-Argelia; y en consecuencia el Tribunal, desestima el recurso y otorga la pensión no contributiva a un ciudadano marroquí que por razón de trabajo había permanecido en España hasta la edad prevista para la jubilación y que había solicitado una pensión, por considerar que dicha pensión se encuentra incluida en el artículo 41 del Acuerdo CEE-Marruecos, ya que las pensiones no contributivas de jubilación se integran

Jurisprudencia: trabajadores marroquíes y pensiones no contributivas.

^[245] STJCE de 12 de marzo de 1998, C-314/96, 'Djballi', (Ar. 48).

^[246] STS 30-marzo-1999 (Ar.3773). Esta sentencia es la lógica evolución de una doctrina que solo se pudo apuntar en la STS 1-abril-1998 (Ar.2689) porque en aquel caso -amén de no haberse alegado por la parte interesada- no había en los autos ningún dato sobre la causa de la concesión de los permisos de residencia en España. Véase un comentario a la misma en: CHARRO, 1999. Cuando no se disponga de elementos suficientes para determinar la aplicabilidad de la igualdad de trato, la solución que se adopta en la STSJ de Andalucía-Málaga de 2-mar-2001 (ILJ549) -tras las STS comentadas- nos parece la más correcta: en base a que el art. 97.2 LPL exige que los hechos probados contengan los elementos 'suficientes' para decidir, inclusive en vía de recurso por el Tribunal *ad quem*, y dado que constituye un dato esencial determinar si el actor ha trabajado en España o es familiar de algún trabajador que aquí residiera, y ello no consta en la sentencia, anula ésta y devuelve las actuaciones al juzgador de instancia para que subsane las omisiones. PLANAS, 1996, página 87, en sus esquemas acerca de los principales supuestos de acceso de los extranjeros a las pensiones no contributivas ya había incluido a los nacionales marroquíes.

en el ámbito del artículo 4.2 del Reglamento 1408/71, al otorgar una protección legalmente definida por vejez y estar además relacionada en el Anexo II bis d) del Reglamento citado en la redacción del Reglamento 1247/92. Tras esta sentencia, y a requerimiento del defensor del Pueblo, el IMSERSO modificó los criterios administrativos a aplicar a los ciudadanos marroquíes, tunecinos y argelianos^[247].

Otros acuerdos internacionales celebrados entre la Unión Europea y terceros países son más restrictivos en lo que concierne a la Seguridad Social; así, el cuarto Convenio ACP-CEE firmado en Lomé con sesenta y ocho países^[248], incorpora en el Anexo VI una declaración conjunta relativa a los trabajadores nacionales que residan en el territorio de un Estado miembro o de un estado ACP (Africa-Caribe-Pacífico)^[249], que en su punto segundo concede a todo extranjero ciudadano de un país signatario del Convenio la igualdad de trato respecto a los propios ciudadanos del país en el que resida dicho extranjero, con la importante precisión de que ello se refiere a «las prestaciones de Seguridad Social ligadas al empleo», lo que parece dar a entender que se refiere exclusivamente a las prestaciones contributivas, es decir, las que se otorgan de forma condicionada a un período previo de empleo que conlleva una correlativa obligación de cotización, de forma que esta frase representaría la exclusión de la aplicabilidad de la igualdad de trato en las prestaciones no contributivas en la línea que ya hemos visto se expresa en diversos instrumentos internacionales. Se ha señalado^[250] que otra interpretación sería que la mención a las prestaciones ligadas al empleo se utiliza para referirse a las prestaciones a las que tienen derecho los ciudadanos que trabajan en otro Estado distinto al de su nacionalidad (en este caso ciudadanos de países ACP que trabajan en un país CEE), o sea las prestaciones que se otorgan a quienes han circulado

El Convenio de Lomé.

[247] Véase un breve informe acerca de la resistencia del IMSERSO a modificar tal criterio en el informe que el Defensor del Pueblo remite a las Cortes referido al año 1999, DEFENSOR,2001, epígrafe 8.3.6 «pensiones no contributivas».

[248] Angola, Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Benín, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Camerún, Rep. Centroafricana, Chad, Comoras, Congo, Costa de Marfil, Djibuti, Dominica, Rep. Dominicana, Etiopía, Fiji, Gabón, Gambia, Ghana, Granada, Guinea, Guinea-Bissau, Guinea Ecuatorial, Guyana, Haití, Isla Mauricio, Islas Salomón, Jamaica, Kenia, Kiribati, Kitts y Nevis, Lesotho, Liberia, Madagascar, Malawi, Malí, Mauritania, Mozambique, Níger, Nigeria, Nueva Guinea, Ruanda, Samoa Occidental, Santa Lucía, Santo Tomé y Príncipe, San Vicente y Granadinas, Senegal, Seychelles, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Surinam, Swazilandia, Tanzania, Togo, Tonga, Trinidad y Tobago, Tuvalu, Uganda, Vanuatu, Zaire, Zambia, y Zimbabue.

[249] Decisión del Consejo y la Comisión de 25 de febrero de 1991, que aprueba el cuarto Convenio ACP-CEE, firmado en Lomé el 15 de diciembre de 1989 (DOCE L-229, de 17 de agosto de 1991, el Anexo VI se halla en la página 240; *Vid.* También BOE de 10 de diciembre de 1991).

[250] Esta opinión es la mantenida por GONZALO-CÓDIGO, 1995, página 1741, nota 5 (con la advertencia de que la doctrina no es unánime), y por GONZÁLEZ-SANCHO, 1993, página 162, que cita en contra a MICHEL VOIRIN, en «Quelles mesures communautaires pour faire face à l'échéance de 1993», *Revue Internationale de Sécurité Sociale*, vol. 44, 1-2/1991, para quien esta frase significa que se restringe la aplicación de la igualdad de trato a ciertas normas de Seguridad Social.

-por usar una expresión tradicional europea- entre distintos Estados por razón de empleo; esta interpretación desplaza el elemento diferenciador de una realidad (un período previo de empleo-cotización), a una intención (la motivación de la emigración), siempre y cuando consideremos válido lo anteriormente dicho de que la definición de trabajador comprende a toda persona que trabaja o *quiere* trabajar por cuenta ajena, lo que estaría en sintonía con la tendencia actual de la coordinación comunitaria en materia de Seguridad Social -a partir de la jurisprudencia comunitaria- de 'deslaborizar' el concepto de trabajador beneficiario en tanto en cuanto no necesariamente ha de estar prestando servicios o abonando cotizaciones^[251]. Sin embargo, tal interpretación nos colocaría ante una contradicción argumental: existe una mantenida interpretación jurisprudencial comunitaria de que la protección social prevista en los Reglamentos comunitarios se aplica con independencia de cual sea el motivo del viaje al extranjero, comprendiendo los casos en que el motivo del desplazamiento no tenga relación alguna con la actividad laboral^[252], y justamente los mismos autores defienden que la interpretación correcta a dar al párrafo primero del Anexo VI del Convenio de Lomé es la de que la normativa aplicable incluye la legislación comunitaria de coordinación; la contradicción se produce cuando, según lo antedicho, por un lado identificamos la expresión "prestaciones ligadas al empleo" con prestaciones a quien emigró por razón de empleo y, por otra parte, identificamos tales prestaciones con protección social comunitaria que justamente comprende a quien emigró por razón distinta a la de su empleo. Por ello parece plausible considerar que el Anexo VI del IV Convenio de Lomé otorga a los ciudadanos de los países ACP la igualdad de trato con los nacionales del país europeo en el que residan, incluyendo la eventual aplicación de la normativa comunitaria de coordinación, pero restringiendo su ámbito material a las prestaciones contributivas.

Los acuerdos entre la CEE y terceros países de fecha más reciente también son reacios a establecer la igualdad de trato con los nacionales de dichos países que se hallen en territorio comunitario^[253]. El acuerdo con Turquía^[254] proclama la igualdad de trato tanto

Otros acuerdos CEE con terceros países.

[251] GARRIDO, 1996, página 82.

[252] MONTOYA, 1994, página 209.

[253] En parte como reacción a la sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE de 31 de enero de 1991, C-18/90, 'Kziber', que realizó la interpretación más favorable a la igualdad de trato mediante la aplicación directa del Acuerdo CEE-Marruecos. *Vid.* GONZÁLEZ-SANCHO, 1993, página 160.

[254] *Vid.* Decisión 3/80 del Consejo de asociación CEE-Turquía, de 19 de septiembre de 1980 (DOCE C-110, páginas 60 y ss.), que desarrolla el Reglamento del Consejo 2760/72 de 19 de diciembre de 1972 (DOCE L-293) que contiene un protocolo adicional al acuerdo de asociación aprobado por decisión del Consejo 64/732 de 23 de diciembre de 1963 [DOCE 1962, 217, p. 3685]. Nótese que en virtud de la sentencia 'Sevince' de 20 de septiembre de 1990, C-192/89 (Rec. I-3461) la igualdad de trato prevista en la decisión 1/80 del Consejo de Asociación CEE-Turquía, de 19 de septiembre de 1980, tiene efectos directos en los estados miembros. Esta jurisprudencia ha sido reiterada en las sentencias 'Günaydin', C-

en los regímenes contributivos como en los no contributivos [artículos 3 y 4.2], y aún cuando, según la jurisprudencia comunitaria, tal acuerdo con Turquía se halla en vigor, el mismo se halla bloqueado en su puesta al día, en especial en lo referente a las modificaciones derivadas de la incorporación de Grecia, Portugal y España a la CEE^[255]. Los acuerdos celebrados con diversos países del este europeo (Bulgaria, República Checa, República Eslovaca, Hungría, Polonia, y Rumanía) no contienen ninguna manifestación expresa de igualdad de trato en materia de Seguridad Social, y si bien puede intentarse deducir la misma de la igualdad de trato en materia laboral -esta sí prevista expresamente-, se halla en todos ellos una idéntica cláusula de reserva «sin perjuicio de las condiciones y modalidades aplicables en cada Estado miembro»^[256] que ha sido interpretada en el sentido de que parece reducir a la nada tal intento de proporcionar un trato igual, al menos hasta que se produzca una decisión jurisprudencial que limite los efectos de tal cláusula, por ejemplo, haciéndola equivaler a una llamada a las particulares condiciones que en cada Estado se establecen -inclusive para los propios nacionales- en la regulación de las prestaciones de Seguridad Social^[257]. La situación de los nacionales de uno de los países anteriormente citados -Bulgaria- no ha cambiado a partir del acuerdo de asociación entre las Comunidades Europeas y este país^[258] que reproduce en sus artículos 38 y 39 la cláusula «sin perjuicio de las condiciones y modalidades aplicables en cada Estado miembro» anteriormente comentada^[259].

2.D- LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN EUROPEA Y ASIMILADOS

La coordinación de los sistemas de Seguridad Social en el ámbito europeo ha desbordado el marco de la Unión Europea al incluirse en dicha coordinación a los países del Espacio Económico Europeo (EEE) que no son miembros de la Unión; así, tras la ratificación por España con efectos del 1 de enero de 1994 del Acuerdo EEE de 2 de

Inclusión de los países EEE y asimilados.

36/96 (Rec I-5143); 'Ertanir', C-98/96 (Rec I-5179); 'Birden', C-1/97; 'Sürül', C-262/96; y 'Ergat', C-329/97 (np).

[255] GONZÁLEZ-SANCHO, 1993, página 159; GONZALO-CÓDIGO, 1995, nota 1 en la página 1745.

[256] Por todos, *vid.* el artículo 38 del acuerdo con la República de Polonia (DOCE L-348, página 9).

[257] GONZÁLEZ-SANCHO, 1995, pág. 160.

[258] De fecha 8 de marzo de 1993, publicado en el BOE de 15 de enero de 1997.

[259] CORTÁZAR, 2000, página 65, en base a los criterios de aplicación del Ministerio de Trabajo resume la aplicabilidad de las prestaciones no contributivas a los extranjeros antes de la ley 4/2000 así: *a)* Iberoamericanos, andorranos, filipinos y ecuatorianos?; *b)* Ciudadanos comunitarios y del Espacio Económico Europeo; *c)* 'Trabajadores' de Marruecos, Argelia, Túnez y Turquía; *d)* Trabajadores refugiados o apátridas -con dudas, esperando una decisión del TJCE-; *e)* Nacionales de Canadá, Federación Rusa y Ucrania; *f)* algunos nacionales de otros estados, como Estados Unidos o Australia.

mayo de 1992 y el Protocolo de 17 de marzo de 1993, los ciudadanos de Austria, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia (y con efectos de 1 de enero de 1995 los ciudadanos de Liechtenstein) quedaron sujetos, en esta materia, a la misma normativa que los ciudadanos comunitarios, por lo que la posterior incorporación de tres de estos países (Austria, Finlandia y Suecia) a la Comunidad Europea, no hizo sino refrendar, en este tema, una preexistente situación jurídica^[260]. Además de los casos ya vistos en los que los ciudadanos comunitarios tenían derecho a ser tratados en cualquier Estado miembro en igualdad de condiciones que a sus propios nacionales -esto es con abstracción de su nacionalidad, sea en relación a prestaciones que se califican de Seguridad Social, sea en relación a prestaciones que constituyen una ventaja social-, debemos recordar que tal igualdad de trato resulta aplicable no sólo propiamente a los ciudadanos comunitarios sino también a los de países terceros que en virtud de variados instrumentos tienen derecho a ser tratados en igualdad de condiciones que los ciudadanos de la Unión Europea.

^[260] Vid. Resolución de la TGSS, de 13 de abril de 1994, relativa a los efectos de la entrada en vigor del acuerdo EEE, en *Tribuna Social*, nº 42, junio de 1994, página 108.

III- REQUISITOS QUE SE EXIGEN PARA CAUSAR UNA PENSIÓN NO CONTRIBUTIVA

En la Exposición de motivos de la Ley 26/1990 se inicia su apartado III afirmándose que «los únicos requisitos exigidos para el derecho a las pensiones en su modalidad no contributiva son: con carácter general, la residencia en territorio nacional y la insuficiencia de recursos; y con carácter específico, la edad de sesenta y cinco años, para la pensión de jubilación, y la edad de dieciocho años y el grado de minusvalía establecido, para la de invalidez». Seguiremos esta clasificación sugerida por la Ley entre requisitos comunes y requisitos específicos, si bien esta clasificación no puede ser suscrita sin matizaciones.

Clasificación de los requisitos.

1. EL REQUISITO COMÚN DE LA RESIDENCIA EN TERRITORIO NACIONAL

Para causar una pensión no contributiva, los artículos 144.1.b), y 167.1 del actual Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social exigen del beneficiario la residencia en territorio español. El requisito de residencia en territorio español venía siendo exigido ya como regla general en nuestro sistema de Seguridad Social que ha operado siempre bajo el criterio de territorialidad en la prestación de su tutela.

Requisito de residencia en España.

Si nos remontamos a los precedentes remotos de nuestro sistema, veremos que la residencia ha sido un elemento relevante en la concesión de prestaciones. Así, en el primer Reglamento del Instituto Nacional de Previsión (aprobado por el RD de 24 de diciembre de 1908) se decía en su artículo 103: «Podrá contratarse una pensión de retiro a favor de una persona de cualquier edad residente en España, siempre que se dejen a salvo, si es de nacionalidad extranjera, las restantes condiciones del art. 26»; regulándose en el artículo 102 la pérdida de la condición de residente: «si un asociado trasladase su residencia al extranjero, podrá optar entre rescindir el contrato... o continuarlo bajo la condición de considerarlo domiciliado en la oficina central del Instituto»; podemos hallar el mismo elemento en el artículo 5º del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 31 de enero de 1933, que tutelaba a los operarios y sus derechohabientes que residieran en territorio español, supeditando la adquisición de derechos y su conservación para los residentes en otro estado al principio de reciprocidad. Sin embargo es en la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963^[261] donde hallaremos el precedente de nuestra configuración actual de territorialidad en la tutela de la Seguridad Social, al establecerse en el artículo quinto (Base segunda) “Tendrán derecho a los beneficios de la Seguridad Social todos los españoles [...] que residan en territorio nacional”.

Precedentes del requisito de residencia en la normativa española de Seguridad Social.

^[261] Ley 193/63, de 28 de diciembre de 1963 (BOE de 30-diciembre-1963).

Que la residencia sea un elemento esencial para la obtención de una prestación social pública es razonable, ya que tiene su contrapartida en que la residencia es también un hecho esencial en la configuración de la obligación de pagar impuestos: tanto los indirectos que puedan recaudarse en los sucesivos actos con contenido económico que realice el sujeto interesado, como también el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. El Impuesto sobre el Valor Añadido opera desde la territorialidad, de forma que en su regulación se prevén varios supuestos en los que quienes residan en el extranjero están exentos de pago de dicho impuesto, por lo que no vendrán gravadas sus compras por dicho impuesto o podrán solicitar la devolución de los importes pagados^[262], salvo que su consumo o reventa se realice en territorio español, sea cual sea el carácter de la residencia o estancia en territorio español del consumidor final, en cuyo caso deberá pagarse el impuesto. También operan en base a la territorialidad los impuestos especiales^[263] que gravan el tabaco, los hidrocarburos, las bebidas alcohólicas y la electricidad consumida^[264], y evidentemente, en razón de su ámbito competencial, los impuestos o contribuciones o tasas que puedan establecer las Comunidades Autónomas o los entes locales. Asimismo, en el Impuesto sobre Sucesiones y donaciones se establece la obligación personal de tributar a quienes tengan su residencia habitual en España^[265]. En la regulación de la imposición sobre la renta de las personas físicas se considera contribuyentes tanto a quienes sin ser residentes obtengan rentas en territorio español^[266], como a las personas físicas que tengan su residencia habitual en territorio español^[267], definiéndose en este caso el concepto de residencia a efectos tributarios a través de tres posibles caminos: por la mera permanencia temporal de la persona en territorio español -siempre de difícil comprobación-; el criterio del centro de interés

Si se tributa en función de la residencia, es razonable pedirla también para las prestaciones.

[262] Artículos 9 y 51 de la Ley 30/1985, de 2 de agosto (BOE de 9-agosto-1985). Caso especial, por razones históricas y derivadas de su particular situación geográfica, lo constituyen los ciudadanos que residan en Canarias, Ceuta y Melilla que tributan a su peculiar sistema de imposición indirecta como el Impuesto General Indirecto Canario en vigor desde el día 1 de enero de 1993: Ley 14/1992, de 5 de junio (BOE de 11-junio-1992). Una somera explicación en CÁMARAS, 1999.

[263] Regulados por la Ley 38/1992, de 28 de diciembre (BOE de 20-diciembre-1992 y corrección de errores en el de 19-enero 1993).

[264] La Ley 66/1997 de 30 de diciembre (BOE de 31-diciembre-1997) introdujo el Impuesto sobre la Electricidad (4,864%) en la Ley de Impuestos Especiales 38/1992, de 28 de diciembre.

[265] Artículo 6 de la ley 29/1987, de 18 de diciembre (BOE de 19-diciembre-1987).

[266] Ley 41/1998, de 9 de diciembre (BOE de 10-diciembre-1998) que regula la obligación real de contribuir separadamente de la obligación personal que se regula ahora en la ley 40/1998.

[267] Artículo 8.a) de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre (BOE de 10 de diciembre de 1998). Téngase en cuenta que se computan como residencia en España las ausencias temporales, Véase la resolución de la Dirección General de Tributos de 10 de julio de 1997 en AEAT-RESOL, 2001, en que una persona física de nacionalidad británica que trabaja para una línea aérea británica, con residencia habitual en España pero que debido a su trabajo está fuera de España la mayoría de días del año: se considera que tiene su residencia habitual -aunque escasa- en España y debe tributar aquí por todos sus ingresos.

económico; y, el concepto de centro de intereses vitales; y se ha propuesto la incorporación de los criterios usados por la OCDE para dirimir conflictos respecto a la residencia^[268] (disponer permanentemente y por cualquier título de una vivienda, centro de intereses vitales -económicos y familiares-, lugar donde se vive de forma habitual y, por último, nacionalidad) ya que el convenio modelo propuesto por la OCDE es el criterio usado en prácticamente todos los convenios bilaterales suscritos por España para evitar la doble imposición^[269], convenios que resultan necesarios dada la amplitud con que se considera a una persona como residente en España a los efectos de pagar sus impuestos; similares criterios son usados también para establecer el lugar donde se reside por parte de los sistemas de Seguridad Social financiados básicamente mediante impuestos^[270]. En resumen, la estancia en territorio español cuando se realizan actos con contenido económico, y la residencia en territorio español son causa determinante para el nacimiento de la obligación de tributar en impuestos indirectos y directos, y tal residencia se determina en primer lugar por la mera presencia en territorio español.

Si el hecho de pagar impuestos en España por hallarse en territorio español legitima la posibilidad de percibir una prestación de Seguridad Social como las pensiones no contributivas (que, precisamente, se financian mayoritariamente a partir de los impuestos), debemos propugnar la recíproca consecuencia: si se tiene derecho a percibir una prestación de Seguridad Social en España, deberían pagarse los impuestos en España. En general, a pesar de que desde hace muchos años buena parte de nuestro sistema de Seguridad Social se financia en una importante medida a base de las aportaciones del Estado^[271], es decir a través de impuestos, no se ha establecido sistemáticamente una correlación entre obligaciones fiscales y derechos de Seguridad Social.

Las obligaciones tributarias y el derecho a una prestación.

[268] Comisión IRPF, 1998, parte III.

[269] Los Estados con los que España ha suscrito Convenios para evitar la Doble Imposición son: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Canadá, Checoslovaquia, China, Corea, Dinamarca, Ecuador, Estados Unidos, Filipinas, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Italia, Japón, Luxemburgo, Marruecos, México, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumanía, Suecia, Suiza, Túnez, URSS, e India. AEAT-RESIDENTES, 1999.

[270] La Seguridad Social finlandesa utiliza los criterios de las relaciones familiares, el empleo, el hecho de haberse inscrito en los registros de población, el pago de impuestos y otras circunstancias de la actividad vital: KELA-RESIDENCE, 1999; Y KELA-GUIDE, 2000, página 4.

[271] Más de una tercera parte (34,99%) del presupuesto de la Tesorería General de la Seguridad Social en el año 2000 proviene de aportaciones del Estado, según se indicaba en su página http://www.seg-social.es/dgoss/presupuesto/docs/clasificación2000_recursos_organica.html. Esta cifra debería corregirse considerando los presupuestos de la docena de organismos que gestionan diversos aspectos de Seguridad Social. Pero tal agrupación de conceptos no se realiza en los Presupuestos Generales del Estado; una aproximación puede hallarse en la comparación internacional siguiendo la metodología SEEPROS en DGOSS-INTERNACIONAL, 2000. La aportación del Estado a los presupuestos de la Seguridad Social es creciente: la aportación para el año 2001 se incrementa en un 6 por 100 respecto a la del año 2000, de este incremento sólo una tercera parte debe atribuirse a la inflación. MINHAC, 2000, página 213-214.

Social; mientras se ha construido un sistema de reglas jurídicas que relacionan las cotizaciones con las prestaciones, estableciendo cuando el importe de la prestación depende en alguna medida del importe cotizado, o qué consecuencias comporta la ausencia de cotización, es perfectamente posible que una persona que haya incumplido sus obligaciones fiscales (pocas o muchas, la cuantía es ahora indiferente) pueda solicitar cualquiera de las prestaciones del sistema de Seguridad Social sin tener que dar explicación alguna, ya que el cumplimiento de las obligaciones fiscales no figura entre los requisitos del artículo 124 LGSS para el derecho a las prestaciones. Este 'divorcio' entre obligaciones ficales y Seguridad Social puede producirse no sólo en quienes viven y trabajan en España, sino también en quienes han trabajado en el extranjero y percibirán una pensión en España: es conocido el caso de quienes tras residir y trabajar en un país extranjero calificado de 'paraíso fiscal' no han pagado impuestos ni en dicho país ni en España^[272], pero podrán percibir las prestaciones de desempleo previstas para emigrantes retornados o las prestaciones sanitarias. Asimismo puede darse el caso inverso: ciudadanos extranjeros que tras residir años en España pueden percibir una prestación de la Seguridad Social española, pueden no haber pagado nunca buena parte de sus impuestos directos en nuestro país; se ha publicado^[273] que miles de norteamericanos que trabajan en España no pagan sus impuestos aquí, ya que el Convenio para evitar la doble imposición firmado en febrero de 1990^[274] permite a los ciudadanos estadounidenses no pagar aquí sus impuestos si se hallan desplazados a España temporalmente por sus empresas, temporalidad que puede durar más de cinco años. Ciertamente, en todos estos casos citados como ejemplo se habrá aportado alguna contribución al erario público a través o de impuestos indirectos o de cotizaciones anteriores a la situación descrita; pero la reflexión de fondo que realizamos es que en estos casos la función redistributiva que deben tener los impuestos no se realiza mayoritariamente entre quienes tienen distintos niveles de renta y necesidades, sino entre quienes tributan regularmente y quienes eluden sus obligaciones; si la financiación del sistema de Seguridad Social es mixta, en todas sus fuentes (cotizaciones e impuestos) debería jurídicamente instituirse un tratamiento similar acerca del cumplimiento de la obligación de contribuir.

[272] Aunque el artículo 9.3 de la ley 40/1998, de 9 de diciembre (BOE de 10 de diciembre de 1998) les obliga a pagar el IRPF en España, la falta de retenciones a cuenta y de obligaciones de información fiscal convierte este precepto en un pío deseo.

[273] *El Triangle*, mayo de 1998.

[274] Ratificado el 25 de octubre de 1990 (BOE de 22 de diciembre de 1990); el texto en inglés del convenio bilateral puede consultarse en <http://ftp.fedworld.gov/pub/irs-trty/spain.pdf> La guía publicada por el *Internal Revenue service* puede hallarse en IRS, 2000.

Debe resaltarse que para disfrutar de una pensión no contributiva el requisito que exige la ley^[275] es el de "residir" en territorio español, no el de ostentar la condición de residente, que es un concepto distinto como puede apreciarse comparando los artículos de la ley 7/1985 de Bases del Régimen Local (15.1) en la redacción que tenían cuando se instauraron las pensiones no contributivas: "Todo español o extranjero que viva en territorio español deberá estar empadronado en el Municipio en el que resida habitualmente"; y (16.1): "La condición de residente se adquiere en el momento de realizar la inscripción en el Padrón". Es decir, primero se reside en un cierto sitio, esto generaba la obligación de empadronarse (artículo 15.1) y en el momento en que se cumplía con esta obligación, se adquiría la condición de residente (artículo 16.1)^[276]. La residencia es un hecho que debía darse con anterioridad a adquirir la condición de residente, que es un estado legal que podía adquirirse mediante la inscripción en el padrón, pero que también podía ser declarada de oficio por el alcalde^[277]. Evidentemente, el residir como hecho, también podía producirse simultáneamente o constatarse con independencia de que se no se adquiriera nunca la condición de residente^[278].

Se exige residir, no ser residente.

La residencia como hecho es también un concepto utilizado en la normativa europea de Seguridad Social; en el Reglamento CEE 1408/71 se utiliza en este sentido cuando en la letra h) del artículo 1 se dice que el término residencia «significa estancia habitual», y la sentencia 'Swaddling' apostilla que tal sentido «por ende, reviste carácter comunitario»; y la residencia en un Estado miembro a los efectos de gozar de prestaciones en metálico de carácter no contributivo -residencia que se exige en el número 1 del artículo 10 *bis* del Reglamento 1408/71- debe apreciarse valorando todas las circunstancias que puedan acreditar que en dicho Estado se halla el «centro habitual de intereses» de la persona interesada, señalándose en particular por la

El concepto comunitario de residencia

[275] Artículos de la LGSS 144.1.b) para la invalidez, y 167.1 para la jubilación no contributivas. Este redactado proviene de los artículos 137.bis 1.b) y 138 bis del anterior texto refundido que fueron introducidos por el artículo 2 de la ley 27/1990.

[276] Esta diferenciación entre la residencia como hecho y la condición de residente podía hallarse también en otros textos legales. Así el artículo 54 del Real Decreto 1690/1986 de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales decía "Serán residentes en el municipio: los españoles y extranjeros que, residiendo habitualmente...". El Real Decreto 2612/1996, de 20 de diciembre (BOE de 16-enero-1997) conserva únicamente el concepto fáctico de residencia «El municipio en el que resida habitualmente» (artículo 54.1); «personas que residiendo en el municipio carezcan de domicilio en el mismo» (artículo 54.3); «personas que residiendo habitualmente en el mismo» (artículo 55.1), etc.

[277] Artículo 15.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986. Texto Refundido de Régimen Local.

[278] Esta diferenciación entre la condición de residente y el hecho de residir puede verse también en otros ordenamientos jurídicos de Seguridad Social. Por ejemplo, en la *Social Security Act* australiana de 1991, sección 7.(2) se dice «Un australiano residente es una persona que: (a) reside en Australia, y (b) es uno de los siguientes: (i) un ciudadano Australiano; (ii) el titular de un visado permanente; (iii) el titular de...»

jurisprudencia^[279] como elementos a tener en cuenta: la situación familiar, los motivos que le han llevado a desplazarse, la duración y continuidad de su residencia, el disponer de un empleo estable y la intención del trabajador. En resumen, el concepto comunitario de residencia es un hecho que debe deducirse de un conjunto de circunstancias subjetivas y objetivas.

Como todos los requisitos que se exigen, el interesado en obtener una prestación deberá acreditar su cumplimiento. En el artículo 10.1 del Reglamento de estas pensiones no contributivas^[280] se establece una peculiar regla: «quedará acreditado siempre que teniendo el interesado domicilio en territorio español, resida en el mismo, ostentando la condición de residente». Decir que se puede probar la residencia en España si se demuestra que se reside en un domicilio español con la condición de residente, no es facilitar mucho las cosas, si bien este texto reglamentario abunda en la interpretación anteriormente realizada del hecho de la residencia, ya que también se establece una neta diferencia entre la residencia (en un domicilio situado en territorio español) y la condición de residente, que -en el paroxismo del retruécano- no es en este caso sino un medio de probar la residencia. [Acreditar la residencia según el RD 357/1991.](#)

Debe entenderse que la regla anterior no es sino una de las posibles vías de prueba del requisito de residencia^[281], porque ni se dice que únicamente quedará acreditado el requisito en estos casos, ni puede aplicarse el supuesto a todos los interesados, ya que éstos pueden ser residentes en España que carezcan de un domicilio^[282], lo que no puede extrañarnos al tratarse de prestaciones que se dirigen precisamente a personas con escasos recursos económicos^[283] que pueden haber permanecido en tal situación durante [La residencia puede probarse por otros medios.](#)

[279] Párrafos 28 y 29 de la Sentencia de 25-febrero.1999, Asunto C-90/97 'Robin Swaddling'.

[280] Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo (BOE de 21-marzo-1991). En lo sucesivo, se citará como RPNC.

[281] Manifiesta que en su opinión cabe acreditar este requisito mediante varios medios de prueba SÁNCHEZ-RODAS, 1997, página 276.

[282] Obsérvese también la distinción que se realiza en los artículos 181 y 183 del Código Civil relativos a la declaración de ausencia legal «desaparecida una persona de su domicilio o del lugar de su última residencia...» «Se considerará en situación de ausencia legal al desaparecido de su domicilio o de su última residencia...»: el domicilio no es igual a residencia, y la residencia puede ser en un lugar, en el que no se tenga domicilio.

[283] Una ojeada a los periódicos nos muestra que la residencia en España sin un domicilio no es un caso aislado: En un congreso sobre la pobreza en las grandes ciudades (1995) se cifraba en 50.000 los que vivían en España sin techo (cuatro mil en Barcelona): LA VANGUARDIA, 8 de diciembre de 1998. "Casi 6000 personas sin techo viven en Madrid" titulaba la noticia de un estudio elaborado por la EU de Trabajo Social de la Universidad Pontificia de Comillas, entre los ejemplos se relata el de Pedro, que lleva viviendo en un cajero automático de la Plaza de Callao desde hace catorce años: LA VANGUARDIA, 12 de octubre de 1998. A veces estas situaciones sólo quedan reflejadas en las crónicas policiales, como una reyerta entre mendigos en la que el juez decreta la prisión provisional porque no se conocen domicilio ni medios de vida a los acusados: LA VANGUARDIA, 10 de noviembre de 1998. O cuando la Audiencia de Barcelona mandó en dos ocasiones una citación a una persona situándola en un banco (de madera, no

años^[284]; aunque tales personas, si se cumplieran escrupulosamente las disposiciones actuales referidas a la confección del padrón municipal deberían poder alegar siempre un domicilio ya que por una parte se ha ordenado que «las infraviviendas (chabolas, caravanas, cuevas, etc., e incluso la ausencia total de techo) pueden y deben figurar como domicilios válidos en el Padrón, ya que la realidad es en ocasiones así»; para las situaciones más extremas, y como norma de cierre para incluir a todos en el padrón municipal «puede y debe aceptarse una 'dirección ficticia' en los supuestos en que una persona que carece de techo reside habitualmente en el municipio y sea conocida de los Servicios Sociales correspondientes» siempre que tales Servicios Sociales prevean que «que es razonable esperar que en un plazo prudencial se le podrá hacer llegar» a tal persona las notificaciones que le dirija cualquier Administración pública^[285]; y aunque tal práctica es seguida habitualmente por parte de los Servicios Sociales de muchos municipios declarando como domicilio los centros a los que acuden algunas personas para recibir ayudas, es dudoso que cubran a la totalidad de la población que se halla en tales circunstancias^[286].

La prueba de la residencia, se efectuará preferentemente mediante certificación de los respectivos padrones municipales, dice el artículo 23.1.b) del reglamento de las pensiones no contributivas. Aquí ya se especifica claramente que esta es una vía preferente, no la única, ya que únicamente podrá ser utilizada por quienes posean un domicilio y hayan cumplido con sus deberes de empadronamiento, en consecuencia, la omisión del empadronamiento dificulta pero no impide la obtención de la prestación no contributiva. Que la comprobación del este requisito deba efectuarse preferentemente mediante dicha certificación del padrón municipal debe ser interpretado en el sentido fuerte del término preferencia, es decir, no únicamente en el sentido de que este documento será el que se solicite normalmente, sino también que, en caso de duda o de contradicción entre documentos, el certificado del padrón municipal tendrá más

Probar la
residencia por
medio del
padrón
municipal.

una entidad financiera) de la Avenida Diagonal de esta ciudad, por considerar que éste era el único lugar de estancia conocido: EFE, 18 de mayo de 1998 15:33; y EL MUNDO, 19 de mayo de 1998.

[284] Según un informe del Ayuntamiento de Barcelona de 2.143 personas que vivían en el 2000 en la vía pública, la mitad encuentran techo en menos de un año, un 17 por ciento tarda entre uno y tres años, y más de un 7 por ciento está en esta situación desde hace más de cinco años. LA VANGUARDIA, 03:45 h. 23 de mayo del 2001.

[285] Disposición 4 de la Resolución de 21 de julio de 1997 de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia (BOE de 25-julio-1997).

[286] Sobre tales direcciones véase lo que se describe en un reportaje: «la mayoría, sobretudo los menores y los beneficiarios del PIRMI, están empadronados en un albergue del que no conocen ni tan sólo su dirección. Pero es una condición para recibir asistencia primaria, servicios sociales y para poder asistir a la escuela» LLANAS, 2000.

fuerza que otros medios de prueba^[287], fuerza probatoria -de las certificaciones relativas al padrón- que deriva de su carácter de documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos^[288], lo que no impide la presencia de errores que, de existir, deberán ser atacados por la vía administrativa^[289]. En la reglamentación de las pensiones no contributivas -como en muchos otros casos- no se ha previsto el posible uso de los «volantes de empadronamiento», figura documental relativamente novedosa -introducida en 1996- de «carácter puramente informativo»^[290] y rápida obtención, que debería bastar para la mayoría de expedientes administrativos.

Para los ciudadanos que no ostenten la nacionalidad española, existen otros textos legales importantes en relación a la residencia: la Ley 4/2000 de derechos y libertades de los Extranjeros en España^[291] y su reglamento de ejecución^[292]. En el artículo veintisiete de esta ley se establece que los extranjeros pueden encontrarse en España en situación de estancia, de residencia temporal o de residencia permanente,^[293] aunque ya hemos visto que eran distintos los conceptos de residente, lugar de residencia y el residir como hecho; diferenciación que se produce también en el artículo 29.3 cuando prevé el acceso a la condición de residencia temporal por parte de los extranjeros que acrediten

Residir en España: españoles y extranjeros.

[287] La STSJB 13 de junio de 1994 (Ar.2617) sostiene -acertadamente a nuestro entender- esta interpretación de que en caso de contradicción de documentos el padrón municipal debe prevalecer, interpretación que supone la aceptación de que puede existir tal contradicción y, por tanto, de que son admisibles otros medios de prueba del hecho de la residencia.

[288] Artículo 16.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de Régimen Local, modificada por la Ley 4/1996, de 10 de enero (BOE del 12-enero-1996); artículo 53.1 del Real Decreto 1690/1986. Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, modificado por el Real Decreto 2612/1996, de 20 de diciembre (BOE de 16-enero-1997). Sobre la importancia del padrón para probar la composición de la unidad familiar. STSJCL-B 27 de mayo de 1997 (Ar.1474).

[289] Acerca de los errores en el censo y padrones municipales, por voluntad de los ciudadanos, o de los intereses económicos de los ayuntamientos, o del método de recogida de datos puede consultarse la polémica suscitada a finales de 1991 que motivó una comparecencia del presidente del Instituto Nacional de Estadística en la Comisión de Economía y Hacienda del Senado. EL PAÍS, 19 de septiembre (pág.36) y 1 de noviembre de 1991(pág. 24). Las diferencias no eran baladíes: se cifraban en muchos centenares de miles de personas.

[290] Artículo 61 del Real Decreto 1690/1986. Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, modificado por el Real Decreto 2612/1996, de 20 de diciembre (BOE de 16-enero-1997).

[291] Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero (BOE de 12 de enero del 2000) que deroga a la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (BOE de 3 de julio de 1985). Aunque por considerar que tenía un matiz peyorativo se intentó erradicar la usual denominación de «Ley de Extranjería» para referirse a la que regula esta materia, esta expresión sigue siendo habitual, por lo que para abreviar la usaremos en algunas ocasiones.

[292] Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (BOE de 21-jul-2001), que sustituye al Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero (BOE de 23 de febrero de 1996).

[293] Si bien a la hora de regular el ejercicio de derechos concretos la ley utiliza hasta siete expresiones distintas acerca de su situación; un comentario sobre las mismas en: LUJÁN, 2000, página 16.

una estancia en España durante un mínimo de dos años, y se hallasen inscritos en el padrón municipal; la estancia a la que se refiere dicho artículo no es la situación jurídica de estancia ya que ésta se limita a noventa días y se exige un mínimo de dos años, por consiguiente se trata de una 'residencia como hecho', anterior a la 'situación de residencia' ya que precisamente se busca acceder a ella. Incluso bajo la anterior ley de extranjería 7/1985 podía argumentarse que lo que decía su artículo 13.4 era que «sólo se considerarán extranjeros residentes las personas amparadas por un permiso de residencia», lo cual era distinto a decir que todos quienes tuviesen su residencia en España eran residentes, pues analizando otros artículos de la ley podíamos ver que en la misma se utilizaba también el término residencia como sinónimo de habitar en un domicilio, diferenciándolo de la condición de residente legal: en el artículo sexto se establecía que "los extranjeros que se hallen legalmente en territorio español tendrán derecho a circular libremente por él y a elegir libremente su residencia" y esta residencia que se puede elegir libremente no puede ser sino sinónimo de domicilio; en cambio, el artículo siguiente -el séptimo de aquella ley 7/1985- se refería a que para ser promotor de reuniones públicas "los extranjeros deberán tener la condición legal de residentes". Es importante la obligación que reitera el artículo 6 de la Ley Orgánica 4/2000^[294] de que «Los Ayuntamientos incorporarán al padrón y mantendrán actualizada la información relativa a los extranjeros que residan en el municipio» ya que algunos derechos como la atención sanitaria integral (art. 12.1) se vinculan al requisito de que el extranjero se halle inscrito en el padrón del municipio en el que residan^[295]; por el contrario, otros derechos como el acceso a las ayudas por vivienda se reservan para los extranjeros 'residentes' (art. 13). En este mismo sentido, el reglamento de esta ley al detallar los derechos de los extranjeros que se hallasen legalmente en España señalaba en su artículo tercero que pueden "fijar libremente su residencia, así como empadronarse en el municipio en el que residan, bien como residentes, o, en su caso, como transeúntes". El actual reglamento de ejecución de la Ley de extranjería^[296], al hablar de la situación de residencia dice en su artículo 40.1 «Los extranjeros que deseen residir en España deberán obtener previamente alguno de los siguientes permisos de residencia» resultando claro que la residencia o el residir como hecho que se desea realizar son cosa distinta a la obtención del permiso que se exige. En conclusión, en ambos textos legales, la residencia es un hecho distinto de la condición jurídica de residente, categoría jurídica que se obtiene condicionada a variados requisitos, entre otros, la de hallarse legalmente

[294] También en su redacción actual, tras la modificación efectuada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE de 23-dic-2000).

[295] La obligación de inscribir en el padrón municipal a todo nacional o extranjero que residiera de hecho en el término municipal, con independencia -en este último caso- de que hubiesen o no regularizado su situación, se recordó a todos los ayuntamientos mediante la Resolución de 21 de julio de 1997 (BOE de 25-jul-1997).

[296] Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (BOE de 21-jul-2001).

en España, y una de la posibilidades de hallarse legalmente en territorio español es haber obtenido un permiso de residencia.

El hecho de que se prevea (art. 23.1.b RPNC) que tanto los españoles como los extranjeros^[297] que soliciten una pensión no contributiva deberán acreditar el requisito de residir en España preferentemente mediante el padrón municipal, es una prueba más de que el requisito exigido es el hecho de residir y no la condición de residente, ya que según la Ley de Bases de Régimen Local (artículo 18.2) la inscripción en el padrón y la legalidad de la residencia en España son dos cosas distintas; por ello en su desarrollo se ha dispuesto que «la misión del Padrón es constatar el hecho de la residencia, y no controlar los derechos de los residentes»; y asimismo: «En el Padrón municipal deben estar dadas de alta todas las personas que habitan en el municipio, sean nacionales o extranjeras, y, en este último caso, tengan o no regularizada su situación en el Ministerio del Interior»^[298]. Por consiguiente, si el padrón municipal sólo acredita la residencia como hecho, la residencia que el RPNC solicita que se pruebe mediante certificación de tal padrón únicamente puede ser la residencia entendida como hecho y no la condición de residente.

Los extranjeros y el padrón municipal.

Negada la sinonimia entre el requisito de residir y la condición de residente, deberemos concluir también que, cuando en materia de prestaciones no contributivas se exige también a los extranjeros el requisito de residencia legal, no nos encontramos ante una expresión redundante (residente legal, legal) sino que tanto extranjeros como españoles -de hecho la Ley General de Seguridad Social no realiza ninguna diferencia- se hallan ante un doble requisito: el primero, el hecho de residir en territorio español; y el segundo, que tal residencia sea legal, por lo que deben ser examinados separadamente.

Dos requisitos: residir y hacerlo legalmente.

El hecho de la residencia en territorio español que se exige a quienes deseen disfrutar de una pensión no contributiva debe cumplirse dentro de la legalidad de acuerdo con la clara expresión inicial del artículo 144.1.b) LGSS «residir legalmente en territorio español», reiterándose similar expresión en el artículo 167.1 de la misma ley. Para los españoles este es un requisito que normalmente les será de fácil cumplimiento ya que el artículo 19 de la Constitución les garantiza la libertad de elección de residencia y de circulación en territorio nacional, y el derecho a entrar (y salir) libremente del España, sin limitaciones por causas políticas o ideológicas, con la salvedad de que tal entrada deberá

La residencia debe ser legal.

[297] Limitar en este tema los medios de prueba que los extranjeros pueden aportar podría representar una violación de la normativa comunitaria relativa al derecho de residencia en el marco de la libre circulación. Véase la STJCE C-424/98 'Comisión/República Italiana' de 25 de mayo del 2000, que condenó a Italia como incumplidora de las directivas del Consejo 90/364/CEE, 90/365/CEE, ambas de 28 de junio de 1990; y la Directiva del Consejo 93/96/CEE, de 29 de octubre de 1993.

[298] Disposición 5 de la Resolución de 21 de julio de 1997 de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia (BOE de 25-julio-1997).

realizarse en los términos que la ley establezca, y si bien podríamos encontrar un supuesto teórico de entrada ilegal, ello no supondría que posteriormente la residencia de un español en España pudiese calificarse de ilegal. Para los extranjeros, la legalidad de su residencia en España dependerá en muchos casos de la obtención de un permiso de residencia, pero obsérvese que de acuerdo con la Ley 4/2000, al igual que con su antecesora, es posible trabajar legalmente en España (y consiguientemente cotizar a la Seguridad Social y pagar impuestos) sin haber obtenido el permiso de residencia (artículo 42), y también es posible para un extranjero trabajar en España sin un permiso de trabajo (artículo 39). Y, además, es posible fijar la residencia habitual en España, amparándose legalmente en otros supuestos que los regulados en la Ley de Extranjería, como pueden ser los que excepciona dicha ley en su artículo 2 (vinculación a organismos internacionales), o su artículo 1.2 : los numerosos ciudadanos de países miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo^[299], u otras situaciones derivadas de tratados internacionales que obliguen a España a admitir en su territorio a ciudadanos extranjeros, como los que provengan del «territorio Schengen»^[300], o los que no pueda expulsar a otro país, o procedan de la expulsión de otro país^[301], o esté obligada a renovar su autorización de residencia al margen de lo previsto en la ley de extranjería como los derivados, respectivamente, de los acuerdos con Marruecos de 1992 y 1996^[302]; respecto de este último acuerdo, que prevé la renovación de permisos de residencia permanente sin subordinación a la situación de empleo, por su similitud con el acuerdo de asociación CEE-Turquía de 1980 que prevé también la renovación de permisos de trabajo y residencia, parece acertado el criterio de la jurisprudencia europea^[303] -que el propio Tribunal recuerda que es reiterada- de que los derechos a la residencia legal «se reconocen a sus beneficiarios independientemente de que las autoridades del país de

[299] Reales Decretos 766/1992, de 26 de junio (BOE de 30-junio 1992) y 1710/1997, de 14 de noviembre (BOE de 15-noviembre-1997).

[300] En agosto de 1999: Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Grecia, Holanda, Italia, Luxemburgo, Portugal, Dinamarca, Suecia y Finlandia (MIR-SCHENGEN, 1999). El principal texto regulador de este espacio de libre circulación sin controles interiores es el Instrumento de ratificación del acuerdo de adhesión del Reino de España al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de fecha 23 de julio de 1993 (BOE de 5-abril-1994)

[301] Véase un supuesto de readmisión forzada en el Acuerdo entre el reino de España y la República del Ecuador acerca de los flujos migratorios de 29 de mayo del 2001 (BOE de 10-jul-2001) que en los artículos 14.2 y 15.1 regulan dos supuestos de readmisión forzosa.

[302] Acuerdo entre el reino de España y el reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, de fecha 13 de febrero de 1992 (BOE de 25-abril-1992 y 30-mayo-1992); y Aplicación provisional del acuerdo en materia de permisos de residencia y trabajo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, de fecha 6 de febrero de 1996 (BOE de 29-mayo-1996) que entró en vigor el día 7 de marzo de 1997 (BOE de 3-septiembre-1997). Otro ejemplo puede verse en el acuerdo sobre readmisión de personas en situación irregular con la República de Lituania, de 18 de noviembre de 1998 (BOE del 19 de abril del 2000).

[303] Párrafo 66 del Asunto C-98/96, caso 'Kasim Ertanir', STJCE 30-sep-1997.

acogida expidan los documentos específicos, como un permiso de trabajo o un permiso de residencia».

Si bien la ley exige tanto a españoles como a los extranjeros hallarse legalmente en España, el cumplimiento de este requisito no presenta las mismas dificultades para unos que para otros como puede apreciarse con un somero repaso a la normativa aplicable a los extranjeros, y podemos plantearnos si los condicionantes que esta normativa establece son compatibles con la igualdad de trato que España debe otorgar a los ciudadanos de diversos países que tienen reconocido este derecho a ser tratados como a los ciudadanos españoles en virtud de una norma española, de la Unión Europea, o un tratado internacional. A este respecto deberemos tener en cuenta que cuando dichas normas establecen la igualdad de trato respecto a la materia de Seguridad Social, ello no supone que establezcan una igualdad en el derecho a residir legalmente en España; es decir, que el igual derecho a obtener una prestación de Seguridad Social independientemente de la nacionalidad que se posea, no enerva el derecho de los Estados a restringir las posibilidades de estancia en su territorio a quienes no sean ciudadanos de dicho Estado. Además debe observarse que muchos de los tratados que establecen la igualdad de trato en materia de Seguridad Social, reservan la aplicación de la misma a aquellos que residan legalmente en el territorio del Estado anfitrión^[304] o, más taxativamente, se excluye su aplicación a quienes «residan o trabajen ilegalmente»^[305].

La igualdad de trato no impide exigir la residencia en España.

A pesar de que el derecho a residir en España pueda para un ciudadano extranjero ser más limitado, la acreditación de este requisito en el trámite de la solicitud de una prestación de Seguridad Social no puede ser más difícil para un extranjero que para un español, ya que de lo contrario se estaría vulnerando el derecho a un trato igual. Por ejemplo: un ciudadano español acredita su derecho a residir en España mediante la exhibición de su Documento Nacional de Identidad (DNI), y un extranjero mediante un permiso de residencia; pues bien, si la caducidad del DNI no ocasiona automáticamente la pérdida de una prestación de Seguridad Social, la caducidad de un permiso de residencia tampoco debe ser causa suficiente para extinguir el percibo de una prestación, que sólo podría producirse en caso de pérdida del derecho a residir legalmente en España, debiéndose distinguir entre la ausencia del derecho y la mera ausencia del

Igualdad de trato en la acreditación del derecho a residir.

[304] Por ejemplo, en los artículos 38 y 39 del Acuerdo de asociación entre las Comunidades Europeas y la República de Bulgaria, de 8 de marzo de 1993 (BOE del 15 de enero de 1997); artículos 38 y 39 del Acuerdo de asociación entre las Comunidades Europeas y Rumanía, de 1 de febrero de 1993 (BOE del 14 de enero de 1997); artículos 38 y 39 del Acuerdo de Asociación entre las Comunidades Europeas y la República Eslovaca, de 4 de octubre de 1993 (BOE del 2 de agosto de 1995); artículos 23 y 24 del Acuerdo de colaboración de las Comunidades Europeas y la Federación de Rusia, de 24 de junio de 1994 (BOE del 30 de enero de 1998).

[305] Artículo 66 del Acuerdo Euro-Mediterráneo de Asociación entre las Comunidades Europeas y la República de Túnez, de 17 de julio de 1995 (BOE del 26 de marzo de 1998).

documento que acredita el derecho. Éste es el criterio que sigue en Convenio europeo de asistencia social y médica^[306] cuando dice en su artículo 11 que el hecho de que no se haya renovado la autorización de residencia, si se debe únicamente al descuido del interesado, no originará la pérdida del beneficio a la asistencia, y que la residencia se reputará irregular sólo a partir de la orden de expulsión que se dé contra el interesado si no se halla suspendida. En este sentido es interesante la jurisprudencia fijada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que condenó a la República Federal Alemana por establecer una sanción distinta -pese a que no podía discriminarlos por razón de la nacionalidad- a los extranjeros que no estuvieran en posesión de un pasaporte o una autorización de estancia, en comparación con la prevista para sus propios nacionales que no presentasen una tarjeta de identidad^[307]; y la jurisprudencia del mismo tribunal que establece que el permiso de residencia sólo puede tener un valor declaratorio y probatorio, no constitutivo, rechazando que para obtener una prestación pueda exigirse la posesión de un título de residencia cuya expedición incumbe a la administración^[308].

Residir en un lugar no es un mero estar circunstancial, supone en primer lugar una cierta estabilidad, entendida en su acepción de firmeza o no provisionalidad^[309], no en el sentido de duración, puesto que una persona puede cambiar de residencia en cualquier momento y ni el derecho a cambiar de residencia ni el hecho de residir en un lugar se hallan sometidos a un período de espera o de carencia. Pero sí que significa que no pueden calificarse de residencia las situaciones de mero tránsito o visita; supone también la residencia un arraigo, y el elemento determinante de tal arraigo es la voluntad: la decisión de vincularse más estrechamente a dicho lugar que a cualquier otro. Ello implica, como ya hemos visto, que deberá probarse que se da tal arraigo, sea acreditando una duración o sea por la existencia de actos o declaraciones de voluntad no contradichas por los propios actos; e implica también que las ausencias que no supongan que se adquiere tal arraigo en otro lugar distinto no ocasionan cambio de lugar de residencia. Si el interesado ha cumplido con prontitud sus obligaciones censales inscribiéndose en el padrón municipal, se verá beneficiado por el carácter probatorio y preferente del certificado del padrón que acredite su residencia en territorio español,

Residencia
supone
estabilidad.

[306] Número 14 de los del Consejo de Europa. Ratificado por España el 29 de noviembre de 1982 (BOE de 17 de febrero de 1984).

[307] STJCE de 30 de abril de 1998, 'Comisión contra RFA', C-24/97.

[308] STJCE de 12 de mayo de 1998, 'Martínez Sala', C-85/96, con cita de la de 8 de abril de 1976, 'Royer', C-48/75. De acuerdo con ello: CORTÁZAR, 2000 página 72.

[309] Éste es el significado acogido en las STJCE de 20 de septiembre de 1990, 'Sevince', C.192/89; 16 de diciembre de 1992, 'Kus', C-237/91; 5 de junio de 1997, 'Kol', C-285/95; 20 de septiembre de 1997, 'Günaydin', C-36/96; y 16 de marzo del 2000, 'Ergat', C-329/97.

ante el cual, las ausencias de poca importancia -suponiendo que hubiese constancia de ellas- no constituirían un obstáculo al cumplimiento del requisito, que debe cumplirse no tan sólo en el momento de solicitarse una prestación no contributiva sino también durante todo el tiempo de disfrute de la misma, por lo que es importante fijar claramente cuando se reside en un determinado lugar en el caso de que el interesado se haya desplazado en algún momento al extranjero.

El reglamento ha previsto^[310] una regla respecto de las ausencias del lugar de residencia que debe ser examinada con atención: "no se considerará interrumpida por las ausencias del territorio español inferiores a noventa días a lo largo de cada año natural, así como cuando la ausencia esté motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas". Debemos considerar primeramente si los dos supuestos de ausencia contemplados son los únicos que no impiden cumplir con el requisito de residencia, es decir, si la regla puede ser leída al revés como sigue: "toda ausencia de más de noventa días a lo largo de un año natural o que no sea debida a razones de enfermedad, interrumpirá la residencia". No parece que esta interpretación sea posible por varias razones: la primera es que sería forzar bastante la interpretación de la norma el considerar que se ha producido la elipsis de un término tan importante como "únicamente" (*únicamente* no se considerará interrumpida por las ausencias inferiores a noventa días...); la segunda razón es de tipo lógico: si una cosa no es blanca, no podemos decir que sea negra, sólo que puede ser negra, es decir, las ausencias de más de noventa días pueden interrumpir la residencia, pero no necesariamente esto debe ser así; y finalmente, la tercera razón es de tipo jurídico: no existe la 'aresidencia' (por utilizar el símil con los apátridas) se reside en un lugar o en otro, porque, por definición, la residencia es el lugar en el que se está más vinculado que a cualquier otro, o en el que se vive más tiempo que en cualquier otro u otra regla similar, es decir, la residencia se define siempre de forma disyuntiva (o en un lugar o en otro), y como la ausencia durante más de noventa días de un domicilio no es causa suficiente para adquirir la condición de residente en otro domicilio, no podemos dar por sentado que es causa suficiente para perder la antigua residencia. Por ejemplo, y olvidándonos de que de las ausencias temporales raramente queda constancia, pensemos en el supuesto de una persona que por razones de salud (invalidez) o de edad no trabaja y que se desplaza a menudo unos kilómetros hacia el norte hasta donde residen unos familiares suyos en Francia, ausentándose así del territorio español un total de más de noventa días al año, sea porque de esta forma alivia sus problemas de subsistencia, o de soledad, o -también sería posible- porque esperaba hallar con esta relación alguna actividad lucrativa que le proporcionase algún ingreso por modesto que fuese (en este caso podría quedar constancia de su presencia en el país

Las ausencias superiores a 90 días no suponen inexistencia de la residencia.

[310] Artículo 10.2 RPNC. Esta regla se refiere tanto a la residencia anterior a la solicitud de la prestación como a la que debe mantenerse una vez concedida ésta.

vecino); la mera presencia en territorio francés durante más de noventa días al año no lo convierte en residente en Francia, y por ende, no puede ser causa de la pérdida de su residencia en España. En conclusión: las ausencias anuales inferiores a noventa días serán irrelevantes a efectos del cumplir con el requisito de residencia en territorio español, y las superiores a noventa días podrán ser examinadas por si fueran un indicio de que se ha establecido la residencia en otro Estado.

La regla que venimos examinando contempla también el supuesto de las ausencias por causa de enfermedad, para establecer que, si ésta es la causa, no interrumpirán la residencia en territorio español. En primer lugar, debemos observar que no se establece ningún límite temporal a dicha ausencia, por lo que un tratamiento médico de larga duración en el extranjero no ocasionará la pérdida de una pensión no contributiva; sin embargo, debe precisarse que esta inmunidad a la ausencia debe predicarse exclusivamente del hecho de que el interesado se halle ausente por tiempo superior a noventa días (por tiempo inferior ya se hallaría en el anterior supuesto), ya que si dicha ausencia va acompañada de otros actos que muestren que el interesado ha adquirido la residencia en otro Estado puede incumplir la condición de residir en territorio español. Debemos considerar también que se nos dice que la ausencia debe estar motivada por causas de enfermedad, pero no se nos dice que dicha enfermedad deba ser del propio beneficiario o peticionario de la prestación, de forma que si el enfermo es otro miembro de su familia al que él acompaña al extranjero para proporcionarle apoyo (puede ocurrir perfectamente que el beneficiario sea el único disponible o el que tenga mayor disponibilidad horaria), tal ausencia deberá entenderse comprendida en el supuesto previsto en dicha norma reglamentaria. Finaliza el precepto diciendo «debidamente justificadas», observése que el plural justificadas obliga a entender que se refiere a las causas, no a la enfermedad, por lo que -y parece lógico- deberá poder acreditarse que la enfermedad propia o ajena y sus circunstancias concurrentes son la causa de la ausencia, aunque sin que deba extenderse más allá, es decir: no es preciso argumentar sobre la necesidad de tal desplazamiento por ser este un tema -amén de una cierta subjetividad- que no viene exigido por el precepto reglamentario, que sólo exige una relación causal entre la enfermedad y el motivo del desplazamiento para hacer inmune la residencia a las ausencias por dicha causa de enfermedad.

Esta valoración causal de las ausencias a los efectos de su repercusión en la residencia habitual se da también en otras normas: en la ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que se hallaba vigente^[311] en el momento de promulgarse la Ley 26/90 de pensiones no contributivas, tras establecer que la residencia habitual era la permanencia por más de ciento ochenta y tres días en territorio español, decía en su

[311] Ley 44/1978, de 8 de septiembre (BOE de 11 de septiembre de 1978).

artículo 6.2: «Para computar el período de residencia [los 183 días] no se tendrán en cuenta las ausencias, cuando por las circunstancias en las que se realicen puedan inducirse que aquéllas no tendrán una duración superior a tres años». La regulación actual de dicha residencia a los efectos de tal impuesto^[312] (artículo 9.1.a) acentúa aún más la valoración causal de dichas ausencias suprimiendo toda referencia temporal a la duración de las mismas: «Para determinar este período de permanencia en territorio español se computarán las ausencias esporádicas, salvo que el contribuyente acredite su residencia fiscal en otro país». En el Reglamento General de Conductores^[313] se establece en su Disposición Adicional Segunda que debe entenderse por residencia normal el lugar en el que permanezca una persona habitualmente, o al menos al que vuelva de forma regular, o si se halla desempeñando una misión en otro Estado, el lugar al que esté unido por vínculos personales; y finaliza diciendo taxativamente: «La asistencia a una universidad o escuela no implicará el traslado de la residencia normal». En el Tratado de establecimiento de 1970^[314] de España con Alemania, que debemos recordar ha sido aplicado a ciudadanos de diversas nacionalidades y no sólo a alemanes a través de las cláusulas de nación más favorecida, se define la residencia en el artículo 6.5 así: «se considerará residencia habitual la establecida en el territorio en que la persona afectada haya permanecido de hecho durante el mayor espacio de tiempo, dentro de los últimos doce meses...», y en el artículo 10.6 se formulan las excepciones para el cómputo de los períodos de residencia que se exigen en apartados anteriores de esta manera: «La residencia, conforme a las disposiciones que anteceden, no se considerará interrumpida, cuando las personas designadas en los párrafos 3 y 5 abandonen el país de residencia por enfermedad, vacaciones, u otras razones de carácter temporal. El tiempo de ausencia por cumplimiento del Servicio Militar obligatorio no se computará a los efectos de los plazos de residencia señalados en...»; en este texto encontramos un ejemplo más de la residencia como hecho que se convierte en «habitual» en el lugar donde se «permanece el mayor espacio de tiempo» y para el que resultan irrelevantes las ausencias que tengan «carácter temporal».

Obsérvese que la regulación de las ausencias del territorio español es un argumento más en relación a la interpretación que antes sosteníamos de que el requisito que se exige en la ley es la de residir en el territorio español y no la de ser residente. Un ciudadano -español o extranjero- residente en España no pierde automáticamente tal condición

Se regulan las ausencias porque se exige la residencia.

[312] Ley 40/1998, de 9 de diciembre (BOE de 10 de diciembre de 1998). Consideramos importante la armonización de criterios entre la normativa fiscal y la de protección social; ya que no sería muy lógico que, para un mismo sujeto, un determinado período o causa de ausencia del territorio fuese irrelevante a efectos del pago de impuestos, pero que tal período o causa ocasionase su exclusión del derecho a percibir prestaciones financiadas con tales impuestos.

[313] Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo (BOE de 6 de junio de 1997).

[314] Tratado de 23 de abril de 1970, ratificado el 22 de febrero de 1972 (BOE de 29 de noviembre de 1972).

porque se ausente unos días, semanas o unos meses del país^[315], si hay necesidad de reglamentar los efectos de ausencias de corta duración (se mencionan las inferiores a noventa días) y las derivadas de enfermedad, es precisamente porque lo que se exige es el hecho de la residencia y no la condición legal de residente.

2. EL REQUISITO COMÚN DE HABER RESIDIDO DURANTE UN CIERTO TIEMPO EN ESPAÑA

Además de residir en territorio español los solicitantes y beneficiarios de una pensión no contributiva deben haberlo hecho anteriormente durante un cierto tiempo, que en el caso de las pensiones de invalidez se expresa así: «durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la pensión»; y para las pensiones de jubilación se le exige al interesado haber residido durante «diez años entre la edad de dieciséis años y la edad de devengo de la pensión, de los cuales dos deberán ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud de la prestación»^[316].

La duración de la residencia que se exige.

Aparte la distinta duración de la residencia que se exige entre quienes pretendan una pensión de invalidez o quienes soliciten una pensión de jubilación, se observa una pequeña diferencia en el redactado correspondiente a las dos prestaciones: en un caso los años deben ser inmediatamente anteriores a la solicitud, y en el otro deben ser consecutivos e inmediatamente anteriores. Tal diferencia en el redactado parece ser irrelevante, ya que unos años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud serán normalmente consecutivos, puesto que puede considerarse que toda ruptura en la continuidad de los años computados ocasionaría que los anteriores a la pausa no fuesen inmediatamente anteriores. De hecho, parece ser una omisión involuntaria del legislador, ya que si observamos el texto en el que parece se inspiró: el artículo 8.2 del Convenio Europeo de Seguridad Social de 1972^[317], veremos que en ambos casos se indica que dichos años deben ser «consecutivos, inmediatamente antes de la petición» de prestaciones. Ello no obstante, podemos considerar esta diferencia en el redactado bajo otro punto de vista, partiendo del principio de que dos requisitos formulados de forma distinta no debe suponerse inicialmente que apunten a la misma conducta; si el

Si la residencia es inmediatamente anterior es consecutiva.

[315] Hasta transcurrido un año de la inscripción como transeúntes en el Registro de Matrícula de una Oficina Consular de Carrera o Sección Consular de una Embajada española en el extranjero, los españoles no podrán ser dados de alta como residentes, tras acreditar además su domicilio en el territorio de circunscripción de dicha legación: CANADÁ-REGISTRO, 1999

[316] Artículo 144.1.b) , y artículo 167.1, respectivamente, de la LGSS. En el proyecto de ley se había previsto para las pensiones de invalidez el requisito de haber residido durante los cinco años inmediatamente anteriores a la solicitud -sin distinción, pues, en dos períodos-, y para las pensiones de jubilación la exigencia era también de cinco años -y no dos como finalmente se aprobó- inmediatamente anteriores a la solicitud de pensión. BOCG-Congreso, serie A, número 1-I, de 22-dic-1989.

[317] En cuanto a la denominación de este instrumento internacional, véase lo dicho en la nota [158](#)

legislador ha previsto que puede existir un período inmediato y consecutivo, y otro período únicamente inmediato, parece posible que puedan existir períodos de tiempo inmediatos a un hecho pero que admitan una interrupción, que no sean consecutivos. El diccionario de la Real Academia Española nos define la calidad de consecutivo de forma tajante «se siguen o suceden sin interrupción»; en cambio, la inmediación parece ser un concepto algo más flexible, ya que se refiere a algo «contiguo o muy cercano a otra cosa»; en consecuencia, puede interpretarse que un período de tiempo muy cercano a otro pero cuyos días no sean estrictamente contiguos puede considerarse que aún cumple con la condición de ser inmediato a la fecha del hecho causante. Nos hallaríamos, según esta interpretación que entendemos posible, ante un concepto jurídico indeterminado que permitiría introducir la teoría del 'paréntesis' en el cómputo de los períodos de carencia residencial necesarios para causar una pensión no contributiva de invalidez -no en la de jubilación-, concepto indeterminado que podría ser acotado por el poder reglamentario, sin perjuicio de su control jurisdiccional.

Paralelamente a la distinta duración de la residencia que se exige, podemos observar que el período durante el que debe de haberse cumplido este requisito de la residencia previa es distinto para las pensiones de vejez que para las de invalidez; para las pensiones de jubilación el período de referencia durante el cual debe cumplirse el requisito de la residencia es de cuarenta y nueve años (de los 16 a los 65), mientras que para las de invalidez es de sesenta y cinco años (desde los 0 a los 65 años^[318]). Aunque difícilmente son comparables ambos períodos de referencia para acreditar el requisito dada la diferencia entre ambas contingencias, puede verse claramente que no existe una proporcionalidad entre la duración de residencia a acreditar y el período de referencia. La posible utilidad de este requisito para evitar migraciones interesadas («turismo social» se ha dicho^[319]) tampoco parece explicar la diferencia, porque es dudoso que disuada más un período que otro tratándose de personas que carecen de ingresos suficientes para sobrevivir al límite de la pobreza; y porque es dudoso que sea disuasorio en general, ya que no hallándose los posibles beneficiarios obligados a solicitar la pensión inmediatamente de ocurrir la contingencia, tal requisito no impide sino que sólo puede obligar a aplazar tal petición hasta culminar el período exigido, durante el cual los requisitos de edad o de invalidez no sufrirán cambios relevantes, y los de carencia de rentas pueden cambiar a mejor o a peor, pero en todo caso son más fácilmente planificables. La tipología de este requisito no es el de una condición obstativa que

Período de referencia para cumplir el requisito de residencia.

[318] No desde los 18 años, como por error se ha afirmado (RODRÍGUEZ, 1999, página 447), ni la ley ni el reglamento limitan el período de cómputo de la residencia exigida para causar una pensión de invalidez; obsérvese que si sólo se computase el periodo de residencia posterior a los dieciocho años, hasta cinco años más tarde (hasta los 23 años de edad) nadie podría causar una pensión no contributiva de invalidez, lo que sería contrario claramente con la dicción del artículo 144.1.a) LGSS

[319] SÁNCHEZ-RODAS, 1995, página 1393.

tienda a eliminar un segmento de los posibles beneficiarios, como el de la carencia de rentas, sino que -como la edad mínima- se trata de un requisito que puede cumplir el beneficiario con su conducta, se pide a quienes pretendan una pensión que hagan algo: esperar un cierto número de años mientras viven en territorio español, y es en el contenido de esta acción -aparentemente pasiva, avancémoslo- donde hallaremos el significado de este requisito y de sus diferencias de intensidad.

La exigencia de que anteriormente a la petición de una prestación se haya residido durante un cierto tiempo en territorio español se formula en unos términos muy parecidos a la exigencia en la modalidad contributiva de prestaciones de un período de cotizaciones previas a causar la prestación: se exige un determinado período (carencia genérica) y una fracción de dicho período debe situarse de forma inmediatamente anterior a la fecha del hecho causante (carencia específica), la única diferencia es que durante «X» años en la modalidad contributiva se dice que deben haberse pagado cotizaciones, y en la modalidad no contributiva debe haberse residido en territorio español. La similitud entre ambas modalidades no es tan sólo en la estructura del período que se exige sino también en sus efectos, ya que en ambos casos se trata de un período durante el cual se carece del derecho a obtener la prestación hasta que no se ha ultimado dicho período, aunque se halle el sujeto en la situación de necesidad que la ley busca proteger; podemos designar consiguientemente este período de residencia como período de carencia de las pensiones no contributivas. **Residencia como carencia genérica y específica.**

Más aún, la similitud entre los períodos de carencia de las modalidades contributiva y no contributiva de pensiones se halla también en su función, ya que en ambos casos se trata de un período en el que el sujeto interesado que carece aún de la posibilidad de acceder al derecho contribuye al sostenimiento del sistema que en el futuro deberá satisfacerle la prestación: en la modalidad contributiva -financiada básicamente por las cotizaciones- el período de carencia es un período de pago de cotizaciones, en la modalidad no contributiva -financiada principalmente por aportaciones estatales- el período de carencia es un período de pago de tributos, directos como el IRPF, pero sobre todo indirectos como el IVA. En una sociedad en la que deben pagarse impuestos salvo para respirar y pocos actos vitales exentos más, el establecimiento de un período de residencia-carencia no es un simple período de espera para desanimar la migración por interés prestacional, sino que tiene un contenido económico innegable que nos permite cualificar este período de residencia como el "elemento contributivo de las pensiones no contributivas"^[320]. **Es el elemento contributivo de las pensiones no contributivas.**

[320] Para valorar la importancia del esfuerzo contributivo basado en los impuestos sobre el consumo, debemos tener en cuenta que en España los pagos que pesan sobre el trabajo asalariado (impuestos y cotizaciones) representan algo menos del 20 por ciento del PIB, los impuestos sobre el consumo el 10 por ciento del PIB, mientras que los impuestos sobre el capital sólo alcanzan al 6,6 por ciento; cifras

La funcionalidad similar de los períodos de residencia y de los de cotización puede verse también en diversos textos jurídicos internacionales relativos a las prestaciones de Seguridad Social. En diversos convenios de la Organización Internacional del Trabajo los períodos previos de cotización y los de residencia se engloban bajo la común denominación de «períodos de calificación» que significa «un período de cotización, un período de empleo, un período de residencia o cualquier combinación de los mismos»^[321] como puede verse en el artículo 1.1.f) del Convenio 102 de la OIT de 1952, en el artículo 29.1 para las prestaciones de vejez, y en el artículo 57 para las de invalidez; la misma definición puede hallarse en los convenios números 128 y 130 de la OIT, y asimismo se usa tal expresión en el Código Europeo de Seguridad Social de 1964. Lo normal en los instrumentos internacionales relativos a la Seguridad Social es que toda referencia a períodos de carencia se realice mencionando ésta tanto como un período de cotización como un período de residencia, porque tales instrumentos buscan aplicarse tanto a los regímenes que se financian principalmente en base a una especial forma de tributos directos: las cotizaciones, como a los regímenes que se financian a través del sistema impositivo general de impuestos directos e indirectos y en los que, al no existir, no se exigen cotizaciones sino la aportación tributaria que se realiza a lo largo del tiempo por todos los ciudadanos según la respectiva capacidad económica. Por ejemplo, se dice en el artículo 7.2 del Convenio de la OIT número 118, de 1962: «Este sistema deberá prever especialmente la totalización de los períodos de seguro, de empleo o de residencia y de los períodos asimilados para el nacimiento, conservación o recuperación de los derechos..», o en el artículo 18.3 del Convenio número 128, de 1967: «.. por lo menos a la persona que haya cumplido, según reglas prescritas, diez años de cotización o de empleo, o cinco años de residencia, se le garantice una prestación..»; y también en los instrumentos del Consejo de Europa, como en el artículo 27.1.d) del Código Europeo de Seguridad Social (revisado) de 1990 «Cuando se haya cumplido un período prescrito de cotización, de actividad profesional o de residencia superior a la duración de los períodos previstos..».

Similitud de la
residencia y la
cotización en
los
instrumentos
internacionales

todas ellas que aunque son inferiores a la media europea, guardan entre sí una proporción similar en todos los países de la Unión. COM-FISCALIDAD, 2000, página 27. En cifras absolutas, en los Presupuestos Generales del Estado para el año 2002 se prevé recaudar más de 204 mil millones de euros, los dos conceptos principales son los impuestos directos (principalmente IRPF e Impuesto de Sociedades) que suman unos 50 mil millones, los impuestos indirectos (principalmente IVA e impuestos especiales al tabaco, alcohol, etc.) que suman unos 45,5 mil millones, y las cotizaciones sociales por unos 68 mil millones de euros. (BOCG, serie A, núm. 46-1, de 28-sep-2001)

^[321] La expresión «período de calificación» también es usada en sistemas nacionales como el norteamericano, MEDICARE, 1999.

La finalidad contributiva de los períodos de residencia previos puede verse también con claridad cuando los instrumentos internacionales establecen unos límites a tales períodos; véase, por ejemplo, el artículo 8.2 del Convenio Europeo de Seguridad Social de 1972^[322]: «Sin embargo, el beneficio de las prestaciones de carácter no contributivo cuyo importe sea independiente de la duración de los períodos de residencia cumplidos podrá estar sujeto a la condición de que el interesado haya residido en el territorio de la Parte Contratante de que se trate [...] durante un período de tiempo que no podrá, según el caso, fijarse : a) en más de seis meses [...] b) en más de cinco años [...] c) en más de diez años [...]». En resumen, se contemplan dos supuestos: o bien el importe es proporcional al período de residencia, o si el importe es fijo el período de residencia también lo es y se somete a unos límites armonizados; en cualquiera de los dos casos se puede ver claramente que existe un enlace entre el importe de la prestación y la duración de la residencia.

Vinculación del importe a pagar y la residencia exigida en los instrumentos internacionales

El requisito español de un período previo de residencia no es así distinto de los establecidos en países con un sistema de Seguridad Social no contributivo financiado básicamente con los impuestos. Por ejemplo Según la *Social Security Contributions and Benefits Act* de 1992, al solicitar las prestaciones no contributivas de invalidez de la Seguridad Social del Reino Unido, se exige un triple requisito: a) residencia «vivir normalmente en» Gran Bretaña (Escocia, Inglaterra y Gales, o en otros territorios como Irlanda del Norte, la Isla de Man, o en los condados de Jersey o Guernsey); b) presencia «estar presente en» dichos territorios; y c) «haber estado presente» en Gran Bretaña al menos durante 26 semanas en los 12 meses inmediatamente anteriores a la petición. La brevedad de este período debe completarse con la observación de que existen excepciones en los dos sentidos: exceptuando el requisito o aumentando la duración de la presencia anterior exigida; un ejemplo de excepción serían quienes tenían una corta esperanza de vida debido a su estado de salud, y un remarcable caso de aumento de la duración previa exigida serían quienes no paguen normalmente sus impuestos en el Reino Unido por alguna excepción legal^[323], en cuyo caso el período de residencia anterior se aumenta notablemente para exigirles haber vivido en Gran Bretaña un mínimo de 156 semanas en los cuatro años anteriores a haber dejado de pagar impuestos en el Reino Unido^[324]. En Finlandia, que posee un sistema básicamente no

La duración de la residencia en otros países.

[322] De fecha 14 de diciembre de 1972, número 78 del Consejo de Europa. España lo ratificó el 24 de enero de 1986 (BOE de 12 de noviembre de 1986).

[323] Se mencionan a título de ejemplo: miembros de las fuerzas armadas extranjeras de países de la Commonwealth, representantes de gobiernos extranjeros, y empleados de organizaciones internacionales.

[324] DSSUK-DISABLED, 1998, páginas 15 para la *Attendance Allowance*, 28 para la *Invalid Care Allowance*, 38 para la *Disability Living Allowance*, y 60 para la *Severe Disablement Allowance*.

contributivo^[325], existen dos tipos de pensiones de vejez y de invalidez: las pensiones de empleo -vinculadas a la actividad profesional-, y las pensiones nacionales -vinculadas a la residencia-; pero ambas modifican su importe según la duración de la previa residencia del beneficiario en el territorio estatal^[326].

Para examinar hasta qué punto es razonable la duración establecida de los períodos de residencia previos a estas prestaciones, y dado que en nuestro sistema de Seguridad Social no había precedentes de pensiones no contributivas, es en los textos internacionales donde podemos hallar los puntos de referencia, que nos permitirán comprender y evaluar la opción del legislador por estas concretas cuantías antes indicadas como carencia genérica y como carencia específica de estas prestaciones. En los distintos instrumentos jurídicos internacionales de la Organización Internacional del Trabajo y del Consejo de Europa, el requisito de un período previo de residencia se contempla estableciendo duraciones muy dispares^[327]; las relativas a la invalidez oscilan entre los doce meses y los veinte años, y las duraciones relativas a las prestaciones de vejez oscilan entre los cinco y los cuarenta años de residencia, sin que sea fácil una comparación de las mismas ya que la finalidad de dichos períodos también difiere: unas veces son requisito para obtener una prestación equivalente a las contributivas, otras veces se contempla una prestación de importe reducido, y en otros casos se trata de un prerequisite para el otorgamiento de la igualdad de trato entre ciudadanos de los Estados que han ratificado tales instrumentos jurídicos; asimismo debemos tener en cuenta que todos estos instrumentos internacionales buscan garantizar que quienes hayan cumplido con los requisitos que se indican en ellos accedan al derecho, pero nunca impiden que cualquier Estado parte pueda llevar a término una política de concesión de prestaciones más generosa que los mínimos que se garantizan. Si limitamos nuestro examen a los instrumentos ratificados por España podemos apreciar que el legislador español ha escogido como modelo el Convenio Europeo de Seguridad

La duración de la residencia en los instrumentos internacionales

[325] Las Seguridad Social está financiada en un 54% por el Estado, más un 4% por los municipios; las aportaciones de los empresarios representan el 23% y las personas aseguradas aportan un 13% del presupuesto mediante aportaciones calculadas sobre la base de los ingresos gravables con impuestos: KELA-CONTRIBUTIONS, 1999.

[326] KELA-RETIREMENT, 1999, y KELA-RESIDENCE, 1999, respectivamente, para las pensiones de empleo y las pensiones nacionales.

[327] Veanse los siguientes: artículo 17 del Convenio 35 de la OIT, de 1933; artículos 29.1.a), 29.3, 57.1.a) y 57.3 del Convenio 102 de la OIT, de 1952; artículos 4.2.b) y 4.2.c) del Convenio 118 de la OIT, de 1962; artículos 11.1.a), 11.2.a), 11.3, 18.1.a), 18.3 y 18.4 del Convenio 128 de la OIT, de 1967; artículo 2.1.b) del Acuerdo Provisional Europeo, número 12 del Consejo de Europa, de 1953; artículos 8.2.b) y 8.2.c) del Convenio Europeo de Seguridad Social, número 78 del Consejo de Europa, de 1972; artículos 29.1.a), 29.3, 57.1.a) y 57.3 del Código Europeo de Seguridad Social, número 48 del Consejo de Europa, de 1964; y artículos 29.2, 30, 60.5.a), 60.7 y 61 del Código Europeo de Seguridad Social (revisado), número 139 del Consejo de Europa, de 1990.

Social de 1972^[328], que en su artículo 8, apartados 2.b) y 2.c) presenta un redactado prácticamente idéntico al que actualmente figura en nuestra LGSS en lo referente a estos períodos de residencia que examinamos, siendo este texto uno de los que exige períodos más cortos de carencia, aunque también es uno de los pocos que contemplan -aunque sólo para la contingencia de vejez- el mecanismo de la doble exigencia de una carencia genérica y una específica en la residencia previa.

Para solicitar la pensión no contributiva de jubilación no hay duda alguna de que además de cumplir con el requisito de carencia genérica de diez años de residencia entre la edad de dieciséis años y la edad de devengo de la pensión, el interesado deberá haber residido en España de forma continuada los dos años inmediatamente anteriores a tal solicitud (artículo 167.1 LGSS). Para el examen de la continuidad de tal residencia son aplicables los mismos criterios anteriormente expuestos acerca de las ausencias del domicilio habitual, que pueden ocasionar tanto la ruptura de la continuidad que se exige en esta carencia específica como la ausencia del requisito general de residencia en territorio español.

Tanto para las pensiones de invalidez como para las de jubilación, al exigir una duración determinada de la residencia anterior a la solicitud de la prestación, el texto de la ley se refiere a una expresión literal anterior, ya que exige al interesado «residir legalmente en territorio español y haberlo hecho...» y «residan legalmente en territorio español y lo hayan hecho»; debemos precisar ahora cual es el antecedente del pronombre relativo «lo» contenido en las expresiones «haberlo hecho» y «lo hayan hecho», ya que son posibles dos interpretaciones. En una primera lectura parece que el antecedente es toda la frase anterior, o sea, que la residencia en territorio español debe haber sido legal durante todo el período que se exige; sin embargo, en ambas prestaciones (artículos 144.6 y 167.2 LGSS) posteriormente se menciona que lo que condiciona la obtención de la prestación es «la residencia en territorio español» sin mención al requisito de que tal residencia debe ser legal, y como ya hemos analizado que se trata de dos exigencias distintas: residir en territorio español y que tal residencia sea legal, es posible una segunda interpretación en la que se sostenga que la residencia debe ser legal en el momento de la solicitud de la prestación, pero que si alguna parte del período de carencia que se exige se cumple con un período de residencia ilegal en territorio español, la duración de ésta también debe computarse. El Convenio Europeo de Seguridad Social de 1972 que, como hemos visto, constituye en lo que respecta a los períodos de residencia el texto inspirador de nuestra ley, no realiza tampoco ninguna mención a la legalidad de la residencia, limitándose como definición en su artículo 1 a decir «el término ‘residencia’ significará la residencia habitual» y a remitir el problema al derecho

^[328] Número 78 de los del Consejo de Europa (BOE de 10 de enero de 1986).

interno de cada Estado al decir que «el término 'períodos de residencia' designará los períodos definidos o admitidos como tales por la legislación con arreglo a la cual hayan transcurrido».

La interpretación textual parece más bien aconsejar la primera interpretación de que el interesado debe haber residido legalmente durante todo el período exigido, y esto es lo que hace el reglamento de estas pensiones, que trata los temas relativos a la duración de la residencia en su artículo 10 bajo el título de «requisito de residencia legal»; sin embargo, el texto de tal artículo se divide en dos apartados: en el primero se trata de la acreditación de la residencia legal, y en el segundo apartado que trata de la duración de la residencia no se menciona en ningún momento que tal residencia deba ser legal, sino que habla de «la residencia continuada anterior a la prestación...» y puede considerarse que tal residencia no puede ser otra que la mencionada en el título (la residencia legal), si bien no deja de ser posible en el reglamento, al igual que en la Ley, sostener la interpretación de que si la ley no tiene en cuenta la existencia de autorizaciones administrativas para exigir la duración de la residencia, no debe hacerlo el intérprete.

En favor de la segunda interpretación (computar también los períodos anteriores de residencia ilegal) se puede argumentar, primeramente, que ante dos posibles interpretaciones debe escogerse siempre la más favorable a la concesión del derecho; y en segundo lugar, puede apoyarse esta interpretación en la finalidad de la norma: si el establecimiento de un período previo de residencia es asegurar que los interesados hayan realizado una aportación económica al sistema mediante el pago de los impuestos indirectos durante un cierto período de vida en el país (el elemento contributivo de las pensiones no contributivas, decíamos antes) tal finalidad se cumple también en todos los períodos de tiempo en que una persona resida habitualmente -y por tanto consuma- en territorio español, independientemente de si contaba o no con autorización para ello. El artículo 15.1 de la Ley 4/2000 es claro: los extranjeros -todos- estarán sujetos igual que los españoles a los mismos impuestos derivados de las actividades desarrolladas en España. Debe tenerse en cuenta que la condición de residente legal no es un carisma del que quede ungido el trabajador extranjero para siempre una vez ha conseguido una autorización de trabajo y residencia, sino que es habitual que se alternen los períodos en que un extranjero reside en nuestro país con y sin autorización administrativa para ello; en el debate parlamentario durante la elaboración de la Ley 4/2000 se hizo referencia por más de un orador un estudio del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) que muestra que casi la mitad de los trabajadores extranjeros que en aquel momento carecían de permiso de residencia, habían anteriormente disfrutado de tales

permisos^[329], y, por consiguiente, además de la aportación en impuestos indirectos ya comentada, de su salarios se habían deducido los correspondientes impuestos directos y cotizaciones a la Seguridad Social, cotizaciones que el Tribunal Supremo ha manifestado que se pagan independientemente de si el trabajador tenía o no permiso de trabajo, ya que incluso si debiera calificarse un contrato de trabajo como nulo por falta de permiso, el trabajador podrá exigir la remuneración consiguiente al trabajo prestado, con el consiguiente engarce con la obligación de cotizar por las remuneraciones devengadas en los servicios prestados sin contrato de trabajo, ya que la obligación de cotizar nace con el comienzo de la prestación^[330].

Debemos relacionar lo dicho sobre el requisito de residir legalmente con lo anteriormente expresado acerca de la igualdad de trato que deben recibir los extranjeros con respecto a los nacionales, para preguntarnos si a un español, cuando acredita un determinado período de residencia al solicitar una pensión no contributiva, se le pide que demuestre que se hallaba legalmente en España todos y cada uno de los días de residencia que acredita. A este respecto es interesante el análisis del concepto de trato igual que se realiza por el Tribunal de Justicia de las Comunidades en la Sentencia 'Sürüll'^[331]: la demandante (de nacionalidad turca) había llegado con una autorización limitada en el tiempo, distinta de las autorizaciones temporales de residencia y de los permisos de residencia que sí pueden ser prorrogados y a los que no podía acceder; la prestación de Seguridad Social solicitada (por hijo a cargo con complemento para personas con bajos ingresos) le fue negada por el mero hecho de que no concurría en ella el requisito de una autorización de residencia o un permiso de residencia; el Tribunal considera que, dado que no puede oponerse este requisito a un nacional, ni siquiera en el caso que tan sólo permaneciera temporalmente en su propio país, porque es un requisito que únicamente se solicita a los extranjeros mientras que los nacionales solo están obligados a tener su residencia en el país, ello es incompatible con la igualdad de trato debida.

¿A quienes se solicita si residieron legalmente?

En conclusión, residir legalmente en territorio español es un requisito que debe cumplirse al causar la pensión y mientras se perciba la misma, pero ante el resquicio de inconcreción que presenta la ley, es posible sostener que para el cumplimiento de los períodos de residencia anteriores a la solicitud de una pensión no contributiva deben

Es posible computar todo período de residencia.

[329] CIS-LOEX, 1999, página 14960: «cerca del 42 por ciento de los inmigrantes en situación irregular eran personas que, en su día, tuvieron sus papeles en regla», a ellos debería añadirse los mencionados en la página 14956: «el 7 por ciento de las personas sin papeles eran familiares de irregulares que antes fueron regulares y que entraron con papeles en este país»

[330] STS-3ª, de 28 de mayo de 1991 (Ar.4251).

[331] STJCE de 4 de mayo de 1999, 'Sema Sürüll', C-262/96.

computarse todos los períodos en que el interesado tuviese su residencia habitual en territorio español, sin distinción alguna en razón de si contaba o no en cada momento con una autorización administrativa para ello. Esta interpretación, empero no es compartida en una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que revoca la pensión concedida por el Juzgado de lo Social a una exiliada cubana que habiendo permanecido en España más de diez años, la suma de los períodos en los que contó con una autorización para ello era de menos de tres años^[332]; de las interpretaciones antes expuestas el Tribunal acoge la más restrictiva: exige que se acredite el estatus de residente legal durante todo el período de carencia; no podemos compartir la argumentación del Tribunal por lo que se ha dicho anteriormente, debiendo también señalarse que finalmente en la citada sentencia se argumenta en base a un redactado del artículo 7.5 LGSS que no se hallaba en vigor: el texto legal utilizado es el anterior a la modificación de 1996, mientras que la pensión había sido denegada por la Comunidad Autónoma de Madrid en 1998^[333].

Un ejemplo de que el hecho de la presencia en territorio español, tanto si fue legal como si no lo fue, puede ser el presupuesto de un acto jurídico establecido por la ley, lo encontramos en el derecho a la asistencia sanitaria que se establece en el art. 12 de la LO 4/2000 para todos los extranjeros -inclusive para los llamados por algunos «irregulares empadronados»^[334]- en igualdad de condiciones que a los españoles; y en los procesos de regularización de extranjeros^[335] que se dirige a quienes cumplan los requisitos de encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999 y haber permanecido de forma continuada en dicha situación, y haber sido titulares de un permiso en algún momento de los últimos tres años o haberlo solicitado: en suma: haber residido en España independientemente de si tenían autorización para ello. En el nuevo artículo 31.3 de la Ley de extranjería modificada^[336] tal posibilidad se ha hecho permanente: se prevé

Ejemplos de permanencia administrativa irregular en España con efectos jurídicos.

[332] STSJ-Madrid de 22-julio-1999, Ar.2178. En favor de dicha sentencia: MALDONADO, 2000, página 484.

[333] En pro de una interpretación extensiva del requisito de legalidad a los nacionales de otros países del 7.5 LGSS: CARDENAL, 1998, página 2505, aunque al final reconoce que no es absolutamente pacífica la exclusión de los extranjeros «ilegales» de la Seguridad Social, para propugnar que *de lege data* o *de lege ferenda* sean protegidos.

[334] Véase tal expresión en varios documentos contenidos en una de las páginas web de referencia en el tema de extranjeros: la del Colegio de Abogados de Zaragoza: EXTRANJERÍA, 2001.

[335] Como el regulado por el Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero (BOE de 19-feb-2000), al que se acogió un cuarto de millón de ciudadanos extranjeros; anteriormente habían existido procesos similares en 1985, 1991 y 1996: CES, 2001, página 680 y ss. La práctica de regularizaciones periódicas se da en muchos estados: OIT, 1999, párrafo 311 del capítulo 4, y nota 34 con una relación de los que informaron de tales prácticas, posteriormente (párrafo 315) se relatan prácticas más generosas como las amnistías.

[336] Art. 31.3 de la Ley 4/2000, en su redacción tras su modificación por el art. 24 de la Ley 8/2000, de 22 de diciembre (BOE de 23-dic-2000); esta posibilidad ha sido desarrollada por el art. 41.2 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (BOE de 21-jul-2001).

la concesión de un permiso de residencia a quienes acrediten haber residido en España sin autorización para ello durante un período de cinco años, o tres años si además pueden acreditar -entre otras posibilidades de arraigo- haber trabajado o estar trabajando en nuestro país («incorporación al mercado de trabajo», dice), lógicamente, sin permiso para ello, ya que en caso contrario no estarían precisamente solicitando tal autorización por la vía del art. 41.2 citado.

En los Convenios de la OIT que tratan de extranjeros y migraciones los derechos laborales y de Seguridad Social se refieren generalmente a quienes se hallan en situación administrativa regular en el Estado de residencia. Ello no obstante, existen algunas normas adoptadas especialmente para afrontar los problemas de los trabajadores en situación administrativa irregular; la principal de estas normas es la parte I del Convenio 143 de la OIT, convenio que no ha sido ratificado por España por lo que ninguna consecuencia jurídica podemos extraer de sus preceptos, pero dejamos constancia de su existencia como demostración de que es perfectamente admisible en Derecho la interpretación de nuestra legislación antes defendida para reconocer algunos efectos jurídicos a los períodos de residencia irregular en España. En el Convenio OIT núm. 143 se acepta la distinción entre migraciones clandestinas (sin haberse sometido a los controles de entrada y salida), y migraciones ilegales (cuando se disimula el objeto laboral de la entrada o salida, por ejemplo, bajo la apariencia de turismo) aunque también se usan ambos términos de forma sinónima; en general se reconoce el derecho de los migrantes en situación irregular a los derechos básicos o fundamentales (vida, libertad, seguridad, trato digno, juicio justo, etc.); y en el campo laboral y de seguridad social se reconoce el derecho a un trato igual al otorgado a los migrantes en situación administrativa regular, pero únicamente en lo referido a prestaciones derivadas de un empleo (salarios, prestaciones contributivas); sin embargo, y como relataba quien fué jefe del servicio de Aplicación de Normas de la OIT, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones realizó en 1980 un estudio en profundidad de dicho Convenio 143 y de la recomendación 151 que lo acompaña, y en base a tales textos concluye que a los efectos de beneficiarse de las prestaciones del sistema «el trabajador migrante ilegal debería tener el mismo derecho que un migrante legal que no estuviera afiliado al sistema de Seguridad Social y que posteriormente regularizara su situación»^[337].

Los
trabajadores
en situación
irregular y el
Convenio OIT
143.

Tanto para el requisito de residencia que debe cumplirse en el momento de la solicitud de la prestación y durante el posterior disfrute de la misma, como para el requisito de carencia en que se exige haber residido durante un cierto tiempo, los artículos 144.1.d) y 167.1 LGSS se refieren a que tal residencia es «en territorio español». La Ley General

El territorio
español: un
concepto
impreciso.

[337] ПОТОВСКИЙ, 1984, página 344.

de Seguridad Social no detalla qué debe entenderse por tal^[338], por lo que deberá realizarse una interpretación conjunta con los diversos tratados que delimitan las fronteras del territorio español, dado que éste es un concepto mutable que -como en la mayoría de países- no viene definido en nuestra Constitución^[339] y que resulta bastante complejo determinar. El propio Estado Español no se halla en condiciones de aportar cuando se le solicita un texto jurídico compilado en el que se defina su territorio, y así ha manifestado al Consejo de Europa que «la determinación geográfica y jurídica de lo que comprende el territorio español es muy compleja y se halla establecida no solamente por los tratados internacionales con los países limítrofes, sino también por otras normas de derecho internacional»^[340].

El examen de que la residencia del interesado se halle en territorio español en el momento de la solicitud y durante el disfrute de la pensión no representará normalmente ningún problema, salvo la remota posibilidad de que su vivienda pudiera verse afectada por alguna de las pequeñas variaciones de los límites fronterizos que periódicamente se realizan y que afectan a límites fronterizos establecidos en siglos anteriores^[341]. Sin embargo, en el caso de la verificación del requisito de duración de la residencia anterior pueden darse más fácilmente situaciones problemáticas, por ejemplo, en las que el interesado hubiese residido en un zona que antaño fuese territorio español y que en la actualidad no lo sea, ya que aunque el legislador acostumbra en todas las épocas a suponer que las fronteras no van a cambiar nunca, sólo hay que recordar que, mediante el procedimiento de transformar territorios españoles en territorios «de»

El territorio español en el que debe haber residido.

[338] Aunque algunas normas impositivas intentan ser más explícitas como la Ley 41/1988, de 9 de diciembre (BOE de 10-diciembre-1998) del Impuesto sobre la renta de no residentes y normas tributarias, tras enunciar en su artículo 2.1 «El presente impuesto se aplicará en todo el territorio español», incluye un largo apartado 2 explicativo de lo que debe entenderse por tal; sin embargo no puede descender al detalle del trazado de fronteras.

[339] «El derecho constitucional comparado aporta un dato significativo: los textos constitucionales que se espuman, autocomplacientes, en declaraciones sobre la unidad, inalienabilidad e intangibilidad del territorio del Estado, no suelen definirlo, a menos que se trate de Estados federales o de Estados con límites *calientes*, en cuyo caso son frecuentes las precisiones constitucionales hechas con ánimo de conservación, reivindicación o sujeción de movimientos centrífugos» REMIRO, 1984, página 54.

[340] Declaraciones adjuntas a los instrumento de ratificación de los Convenio europeo de asistencia social y médica (número 14 de los del Consejo de Europa); Acuerdo provisional europeo relativo a los regímenes de Seguridad Social de vejez, de invalidez y de supervivencia (número 12 de los del Consejo de Europa); y Acuerdo provisional europeo relativo a la Seguridad Social, con exclusión de los regímenes relativos a la vejez, a la invalidez y a los supervivientes (número 13 de los del Consejo de Europa).

[341] Normalmente en terreno rústico y derivadas de correcciones de errores o de nuevas obras públicas. Por ejemplo afectado a la frontera con Francia: Convenio de 4 de diciembre de 1982 (BOE de 3-octubre-1984); Canje de notas de 31 de enero y 7 de febrero de 1985 (BOE de 4-enero 1986); Canje de notas de 22 de septiembre de 1987 y 10 de junio de 1988 (BOE de 6-julio-1988); que afectan al Tratado entre España y Francia de 1862 firmado en Bayona el 27 de febrero de 1863, la Convención internacional de amojonamiento de 28 de diciembre de 1858, el Tratado de Límites de 2 de diciembre de 1856 y el acta de delimitación de la frontera internacional de los Pirineos de 11 de julio de 1868.

España sobre los que se podía transigir^[342], en el último medio siglo han dejado de ser territorio español lo que era la provincia de Sahara^[343] (abandonada el día 27 de febrero de 1976, tras el acuerdo tripartito de Madrid de 14 de noviembre de 1975^[344]); el territorio de Ifni -que sólo parcialmente era de hecho español^[345]- fue entregado a Marruecos en junio de 1969^[346], como en 1958 se había hecho también con Tarfaya; y las provincias guineanas de Fernando Poo (actualmente llamada Bioko) y Rio Muni^[347] que accedieron a su independencia como Guinea Ecuatorial el día 12 de octubre de 1968^[348]; en el censo electoral de 1966 estos territorios figuraban con algo más de ciento cuarenta mil votantes^[349]. El criterio que parece más lógico es el de valorar la españolidad de la residencia de acuerdo con la legalidad vigente en cada momento en que tal residencia se haya producido, debiéndose computar como residencia en territorio español la que hubiese transcurrido en estos territorios antes de las fechas señaladas. No puede

[342] Este procedimiento de descalificación de determinadas provincias como territorio español seguido para la descolonización de las posesiones africanas, había sido utilizado ya a principios del siglo XIX para la cesión a Estados Unidos de las dos Floridas. REMIRO, 1978, página 19 y ss. en las que se detalla el proceso legal y el precio cobrado por la renuncia de cada una de las antiguas provincias en los continentes americano y asiático.

[343] Transformada de «colonia» a «provincia» por Decreto de 21 de agosto de 1956 (BOE 19-septiembre-1956), la separación de Ifni i Sahara en dos provincias separadas se lleva a cabo por Decreto de 10 de enero de 1958 (BOE 14-enero-1958), y se eleva de rango mediante la Ley 8/1961, de 19 de abril (BOE 21-abril-1961) de organización del régimen jurídico de la provincia de Sahara, similar a la Ley 46/1959, de 30 de julio (BOE de 31-julio-1959) dictada para las provincias de Fernando Poo y Rio Muni

[344] La expresión de abandonar el territorio figura en la Ordenanza de 24 de noviembre de 1975 (BO del Sahara de 24-noviembre-1975 Ar.2531) que indica que «La Administración del Territorio del Sahara, encomendada a España, se ejercerá hasta el definitivo abandono del mismo por parte de nuestra Nación, por parte de este Gobernador General...». Los llamados Acuerdos de Madrid no han sido publicados en el BOE.

[345] La Orden de 20 de octubre de 1966 (BOE de 29-octubre-1966) destinada a la aplicación de la legislación social española de carácter general a las provincias africanas de Ifni y Sahara, reconoce «dificultades que la geoeconomía del país impone como obstáculos a una insalvable identidad, pero muy compatible con las esencias de semejanza que se desea alcanzar» que impidieron «en algún momento que la ley nacional se cumpliera en toda su extensión». Como ejemplo de la diferencia entre las fronteras legales y el efectivo dominio político se ha citado que por necesidades logísticas «El dominio político de Ifni, desde la guerra de 1957 hasta la entrega de tal provincia al reino de Marruecos, se redujo a un semicírculo irregular de 6 a 10 km. En torno a Sidi-Ifni, excluyendo importantes sectores de territorio español como Ait-el-Joms y T'lata de Sbuia» CORDERO DE TORRES, *Las fronteras hispánicas*, Madrid: IEP, 1960, citado por CÓRDOBA, 1972, en nota en la página 452.

[346] La «retrocesión» de Ifni a Marruecos se lleva a cabo mediante el Convenio de 4 de enero de 1969 (BOE 5-junio-1969 y 12-junio-1969).

[347] Aunque la Ordenanza General de los Territorios Españoles del Golfo de Guinea, aprobada por Decreto de 27 de agosto de 1938 (BOE de 1-septiembre-1938) dice de ellos en su preámbulo que no forman parte del suelo de la Patria, sí que se hallan «sometidos a su imperio» esto es, al régimen jurídico español.

[348] Decreto 2467/1968, de 9 de octubre (BOE 11-octubre-1968).

[349] MARTÍNEZ CUADRADO, 1970, página 624.

aplicarse el mismo criterio a quienes hayan residido en un territorio que «aún» no es español: Gibraltar, ya que aunque a quienes trabajasen en tal zona, se les integró en 1952 en el sindicato oficial de aquel entonces; se instauró desde 1962 una estructura de protección social (La Mutualidad Laboral de Trabajadores españoles en Gibraltar), y se aplicó a los mismos el Régimen General de la Seguridad Social española^[350], incluidas las pensiones de jubilación e invalidez (excepcionando así el principio de territorialidad de nuestra Seguridad Social^[351]), y se legisló^[352] en 1969 que quienes hubiesen nacido y residiesen en Gibraltar se consideraban personas equiparadas a las nacidas en territorio español a los efectos de la adquisición de la nacionalidad española, amén de otras ventajas de tipo fiscal para compensar los inconvenientes sociales creados por la política «dura» de cierre de fronteras que se aplicó en los años 1969 y 1970; no existió ningún precepto que equiparara la residencia en Gibraltar a la residencia en España.

La determinación de la legislación aplicable a la residencia cumplida con anterioridad a la entrada en vigor de la ley que instauró las pensiones no contributivas plantea la necesidad de examinar si existen normas de derecho transitorio que disciplinen los efectos de estos hechos anteriores a la ley (la residencia cumplida con anterioridad a la ley 26/1990 que exige la misma), y si debe otorgarse pleno valor a unos hechos cumplidos bajo la vigencia de una ley ya derogada (la ley que otorgaba la españolidad a unos territorios que ya no son españoles). No existe ninguna norma con efectos retroactivos que anule los efectos ya producidos (españolidad de la residencia) de las disposiciones que consideraban dichos territorios como españoles, y tal retroactividad en grado máximo no puede suponerse^[353]; por otra parte, en el actual texto refundido de la LGSS aprobado en 1994 no existe una disposición transitoria que contemple explícitamente este caso, y en el último proceso refundidor ha desaparecido la disposición transitoria séptima del texto refundido de la LGSS de 1974^[354] que reproducía literalmente la de igual numeración del primer texto articulado de la Ley de 1966^[355], y

La residencia en épocas anteriores: un tema de derecho temporal.

[350] Orden de 9 de julio de 1969 (BOE de 11-jul-1969).

[351] Que en aquel entonces se recogía en el artículo 7 de la Ley de Seguridad Social que determinaba el campo de aplicación del sistema a quienes «ejercen normalmente su actividad en territorio nacional»: Decreto 907/66 de 21 de abril de 1966 (BOE de 22-abr-1966)

[352] Decreto-Ley 13/1969, de 11 de julio (BOE de 14-jul-1964), sobre concesión de facilidades a los residentes civiles en Gibraltar.

[353] Artículo 2.3 del Código Civil.

[354] Decreto 2065/1974, de 30 de mayo (BOE de 20 y 22-jul-1974).

[355] Decreto 907/1966, de 21 de abril (BOE de 22-abr-1966).

que a su vez era copia de la disposición transitoria octava de la Ley de Bases de 1963^[356] sin que figure ni en la Exposición de Motivos ni en la memoria que acompañaba al proyecto ninguna explicación respecto de la desaparición de este precepto que los redactores debieron considerar obsoleto; en esta disposición transitoria se indicaba que las situaciones transitorias excepcionales (por no previstas en las otras disposiciones transitorias) deberían ser resueltas «con arreglo a los principios de las normas precedentes»; tal fórmula, inspirada en la disposición transitoria decimotercera del Código Civil, buscaba que el ordenamiento de la Seguridad Social fuese un sistema completo y cerrado en sí mismo que no precisara utilizar otras normas supletorias, y si bien ha sido derogada expresamente, podría entenderse útil a efectos interpretativos de la tradición de nuestro sistema jurídico de Seguridad Social: desde la disposición transitoria cuarta de la ley de Bases de 1963, ha sido una constante el reconocimiento de que las cotizaciones realizadas durante la vigencia de un sistema jurídico anterior deben surtir efectos posteriormente para causar prestaciones, no tan sólo como principio genéricamente formulado sino también en ejemplos concretos como el precepto que estableció en 1976 que «los períodos cotizados por españoles en la Caja de Seguros Sociales de Guinea se computarán en el Régimen General de la Seguridad Social, y en aquellos regímenes especiales que tengan establecido con éste el cómputo recíproco de cotizaciones...»^[357]. Y si antes hemos considerado que el requisito de que la residencia en territorio español hubiese durado un cierto número de años tenía una finalidad recaudatoria -el elemento contributivo de las pensiones no contributivas-, el mismo principio de conservación de efectos deberá aplicarse a las cotizaciones que a la residencia. Por todo ello debemos concluir que, en ausencia de toda norma que despojase a la residencia en los territorios comentados de la cualidad de realizada en territorio español, y de acuerdo con los tradicionales principios contenidos en las disposiciones transitorias de la LGSS, la residencia efectuada en cualquier época anterior en lo que ha sido territorio español debe surtir efectos para causar una pensión no contributiva.

Otra situación dudosa es si deben considerarse territorio español ciertos espacios que, aún no hallándose en el interior de las fronteras del Estado, se han considerado como integrantes de su territorio en virtud de una serie de ficciones que han completado durante largas épocas la noción jurídica de territorio nacional. Estos espacios son las embajadas, los buques españoles, las aeronaves nacionales, el espacio aéreo y el mar territorial; y su repercusión en el requisito de la duración de la residencia en territorio español puede apreciarse si nos planteamos, por ejemplo, el caso de un ciudadano al que se le otorga la condición de refugiado en una embajada española en el extranjero

Embajadas, buques, aviones, y otros espacios relacionados con el territorio español.

^[356] Ley 193/1963, de 28 de diciembre (BOE -Gaceta de Madrid- de 30-dic-1963).

^[357] Artículo 3 del real Decreto 2397/1976, de 1 de octubre (BOE de 26-octubre-1976).

y posteriormente se traslada a la península, ¿cuándo debe empezar a computarse su residencia en territorio español: el día que entra en la embajada, cuando sube al buque español que lo traslada, en el momento en que penetra en la zona marítima de jurisdicción española, o cuando finalmente pisa tierra? Aunque no se han dado en España situaciones de asilo diplomático tan largas como los quince años durante los que residió el cardenal Josef Mindszenty en la embajada de Estados Unidos en Budapest^[358], existen varios casos de españoles que han recibido asilo en legaciones extranjeras y viceversa; si bien el fundamento jurídico de tal asilo diplomático -allí donde es reconocido- ya no es la ficción de la extraterritorialidad de las embajadas tal como la formuló por primera vez Hugo Grocio en 1625, sino la inviolabilidad y la inmunidad de jurisdicción de las sedes diplomáticas reconocida por la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961^[359]. La definición precisa del territorio español se ha planteado en la doctrina penalista por la necesidad de delimitar claramente este concepto, ya que en el Código penal se han tipificado diversos delitos que hacen referencia a su comisión en territorio nacional; asimismo la delimitación del territorio nacional se ha planteado en el análisis de la pena de extrañamiento (expulsión del territorio nacional) que hoy ya no figura en nuestro Código Penal; por parte de la doctrina penalista se ha optado por considerar que el territorio español es la porción de tierra delimitada por fronteras naturales, cuya fijación corresponde al derecho administrativo^[360]. Para esta doctrina penalista se considera abandonada la tesis de que los navíos de guerra constituyen una prolongación de la territorialidad del Estado, como tampoco lo son los asentamientos temporales del ejército en territorio extranjero, por lo que únicamente se considera que existe una dependencia jurisdiccional a una legislación que se aplica en función del carácter militar de las personas con independencia de su ubicación^[361]; asimismo se considera que el hecho de que por razones de proteccionismo económico, de defensa o aduaneras exista un dominio jurisdiccional hasta 12 millas marinas mar adentro y sobre el espacio aéreo situado sobre el territorio y sobre dicho mar territorial^[362], no deja de ser una ficción jurídica

[358] A pesar de que Estados Unidos han rechazado siempre el principio del asilo diplomático: DO NASCIMENTO, 1991, página 465.

[359] TORRES, 1960, páginas 102-105; en las páginas 43 y ss. se recuerdan varios casos relacionados con España desde 1841 a los centenares de personas que buscaron refugio en embajadas en 1936. En el Boletín Oficial de las Cortes de 23 de septiembre de 1983 se halla la postura española referente al «refugio temporal» otorgado al sargento guineano Venancio Mikó en la embajada española en Malabo.

[360] CÓRDOBA, 1972, página 457.

[361] El artículo 10, regla sexta de la ley Orgánica 27/1989, de 13 de abril (BOE de 18-abril-1989) regula la jurisdicción militar en relación a delitos cometidos en buques y aeronaves militares españolas en el extranjero.

[362] Convención de las Naciones Unidas 10 de diciembre de 1982, ratificada por instrumento de 20 de diciembre de 1996 (BOE de 14-febrero-1997)

imprescindible para dichas necesidades, pero que no conlleva que puedan ser considerados dichos espacios como territorio español, por lo que sobrevolar el territorio no equivale a hallarse en el territorio español; y en cuanto a los buques mercantes y aeronaves comerciales se constata la posibilidad de que puedan adquirirse y transmitirse a nacionales o a extranjeros por todos los medios reconocidos en el derecho, incluso por simple usucapión, y la posibilidad de que a iniciativa de particulares se produzca un cambio de abanderamiento y de dependencia jurídica hace imposible su equiparación a territorio español, ya que la afectación de la integridad territorial española sólo puede producirse previa autorización de las Cortes Generales (art. 94.1.c) de la Constitución); finalmente, las aeronaves estatales no comerciales, que según la ley de navegación aérea de 1960^[363] se consideran territorio español cualquiera que sea el lugar donde se encuentren, la propia expresión legal «se consideran» indica que se trata de una ficción jurídica por lo que no deben identificarse como territorio en sentido propio. Sin embargo, los mismos argumentos por los que la doctrina penalista rechaza considerar como territorio español estos espacios (buques, aeronaves, embajadas, etc.) son los que nos pueden permitir llegar a una conclusión distinta para el ámbito jurídico de la Seguridad Social, cuyo ordenamiento jurídico no es sancionador como el penal sino tuitivo ante situaciones de necesidad, por lo que su interpretación no debe ser restrictiva, como ocurre con toda norma sancionadora, sino todo lo amplia que se precise para -en el margen interpretativo que permita la norma- alcanzar la finalidad protectora buscada. Si estas ficciones jurídicas de extensión del territorio se crean para sujetar a las personas que en él se hallen a una serie de deberes como los de naturaleza fiscal o los disciplinarios, puede argumentarse que no debe haber deberes sin derechos, y por consiguiente, si hallarse en un buque, aeronave o embajada españoles se considera como hallarse en España a los efectos de estar sujeto a dichas obligaciones como si estuviesen pisando tierra interior, también debe entenderse como hallarse en territorio español de forma suficiente para cumplir con la carencia de residencia que exija la Seguridad Social.

Aunque la ley no lo diga expresamente, el requisito de haber residido en territorio español puede verse afectado por excepciones derivadas de los Tratados y Convenios ratificados por España en los que se prevé el cómputo recíproco de la residencia que haya transcurrido en otros países. El supuesto más importante es el de las personas a quienes les sea de aplicación los reglamentos comunitarios que tutelan la libertad de circulación, y de forma destacada el Reglamento CEE 1408/1971; lo cual comprende a los ciudadanos de la Unión Europea (sean trabajadores por cuenta propia o ajena, estudiantes, o sus familias o supervivientes), más -como ya hemos analizado algunos supuestos- todos aquellos que resulten beneficiados por alguna norma o tratado que

Cómputo comunitario recíproco de períodos de residencia.

[363] Ley 48/1960, de 21 de julio (BOE de 23-julio y de 31 de agosto de 1980).

les reconozca el derecho a igual trato que a los ciudadanos europeos. El Reglamento comunitario citado dice en su artículo 10 *bis*.2 lo siguiente: «2. La institución de un Estado miembro cuya legislación supedita el derecho a las prestaciones contempladas en el apartado 1 al cumplimiento de períodos de empleo, de actividad profesional por cuenta propia o de residencia tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de empleo, de actividad profesional por cuenta propia o de residencia cumplidos en el territorio de cualquier otro Estado miembro como si se tratase de períodos cumplidos en el territorio del primer Estado miembro.»; este cómputo recíproco de los períodos durante los que se haya residido en otro Estado de la Unión -que afectará tanto a otros ciudadanos comunitarios como a españoles que hayan residido en cualquier país comunitario^[364]- no es sino la plasmación del principio de que la «circulación» en el territorio europeo no ha de comportar ningún perjuicio para sus ciudadanos, y no se halla constreñida por límite mínimo^[365] ni máximo^[366] alguno dado que el artículo 10 *bis* citado resulta una excepción a las reglas del artículo 48 del mismo texto. El cómputo de todos los períodos de residencia cumplidos en territorio europeo es, asimismo, una concreción del principio de igualdad de trato proclamado en el artículo 3.1 del mismo Reglamento 1408/71: en los supuestos en que es aplicable tal norma^[367], cualquier persona que resida en el territorio comunitario puede acogerse a los beneficios de la

[364] ALONSO, 1997, página 181; que en las páginas 182 a 184 argumenta que tal cómputo recíproco de períodos de residencia sólo es aplicable al período general (o de residencia 'genérica') no al específico situado inmediatamente antes de la solicitud (o de residencia 'específica') en base a la aceptación por el Tribunal comunitario de requisitos similares (STJCE de 9-jul-1975 'D'Amico' C-20/1975) y si puede exigirse que se hallen en el país durante el cobro también puede exigirse que se hallen un cierto tiempo antes; y a que tal requisito se exige sin discriminación por nacionalidad. Aún admitiendo que la reglamentación comunitaria busca sólo la coordinación y no la unificación de sistemas protectores, puede considerarse, sin embargo, dudoso que no sea una discriminación indirecta, por cuanto el requisito de residencia anterior será más difícilmente cumplido por quienes sean nacionales de otros Estados.

[365] Como se analiza con detalle en SÁNCHEZ-RODAS, 1997, página 268 y anteriores, referidas también al no prorrateo, que se excluye por la misma razón de especialidad del artículo 10 *bis*.

[366] Discrepo así de lo que se afirma en MALDONADO, 2000, página 486, en especial en la nota 19, de que en virtud de la definición contenida en el artículo 1.*s.bis* del Reglamento CEE 1408/1971: «la expresión 'períodos de residencia' designa los períodos definidos o admitidos como tales por la legislación bajo la cual hayan sido cubiertos o sean considerados como cubiertos» deduce que para ser totalizable la residencia en otro Estado debería haber «cubierto» totalmente el período exigido en dicho Estado para la concesión de una pensión, o sea, el español que quisiera totalizar para la jubilación no contributiva en otro país comunitario su residencia en España, debería haber cumplido con el requisito residencial de diez años desde que cumplió dieciséis de los cuales dos deberían ser inmediatamente anteriores a la prestación. Esta interpretación conduce a la negación del derecho: si el beneficiario cumple en España el requisito de la carencia específica de residencia (período consecutivo inmediatamente anterior a la solicitud) no puede cumplir en otro país comunitario con el requisito de hallarse en el Estado en el que solicita la pensión, salvo exigiendo al beneficiario una *fregolística* diligencia.

[367] El principio de no discriminación por razón de nacionalidad constituye un avance notable en relación al principio de reciprocidad ya que éste se define caso por caso y prestación por prestación. LÓPEZ, 1996, página 60. quien señala, asimismo, que la vinculación al principio de libertad de circulación de los trabajadores migrantes -aún entendida extensamente tal noción- convierte la igualdad de trato en un medio de obtención de la libre circulación, y se debilita como instrumento de un trato igual a todos los trabajadores sin distinción por su categoría de migrantes o no.

legislación de cualquier Estado prescindiendo de su nacionalidad; tal principio resultaría obstaculizado si los requisitos exigidos (en este caso, un período duradero de residencia) no pudiesen haberse cumplido en cualquier país de la Unión, ya que por una vía indirecta se estaría favoreciendo a los propios nacionales que más fácilmente cumplirían el requisito en su propio Estado. El Tribunal de Justicia de las Comunidades en repetidas ocasiones^[368] ha utilizado el principio de asimilación de hechos, cuyo fin primordial es que situaciones producidas en un Estado miembro reciban el mismo tratamiento que si hubieran tenido lugar en otro estado miembro cuya legislación resulte aplicable al caso enjuiciado, con el fin de no disuadir al trabajador comunitario de ejercer su derecho a la libre circulación. Un ejemplo de la vinculación entre libertad de circulación y cómputo recíproco de períodos de residencia puede verse en el Acuerdo de Asociación entre las Comunidades Europeas e Israel^[369]: se prevé que se totalizarán los períodos de seguro, empleo y residencia que los trabajadores israelíes hayan podido desarrollar en los distintos Estados miembros de las Comunidades Europeas -espacio en el que existe libre circulación-; sin embargo, no se suman tales períodos cuando hayan transcurrido unos en la Comunidad y otros en el Estado de Israel, por cuanto no se prevé tal libertad de circulación entre ambos espacios jurídico-políticos.

No es únicamente en el ámbito comunitario en el que se pueden totalizar los períodos de residencia, dado que ésta es una cláusula habitual en los tratados de Seguridad Social, en los que figura en el marco de una política de mantenimiento de los derechos adquiridos o en curso de adquisición, ya que la igualdad de trato no basta para garantizar unos beneficios equivalentes en todas las circunstancias, ya que si las prestaciones están afectadas por un principio de territorialidad no puede asegurarse su mantenimiento a quienes dejan de residir en el territorio del Estado competente^[370], si bien esta política no siempre alcanza a las pensiones no contributivas, como veremos en los siguientes tres ejemplos. a) En el ámbito del Consejo de Europa, dice el artículo 28.2 del Convenio Europeo de Seguridad Social de 1972: «Si la legislación de una Parte Contratante condiciona la adquisición, mantenimiento y recuperación del derecho a las prestaciones al cumplimiento de períodos de residencia, la Institución que aplique dicha legislación tomará en cuenta, al efecto, y con el fin de determinar el total de los mismos, los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación de cualquier Parte Contratante, y, dado el caso, los períodos de residencia cumplidos después de la edad de dieciséis años bajo regímenes no contributivos de cualquier otra Parte Contratante,

Cómputo internacional recíproco de períodos de residencia.

[368] STJCE C-1/78 'Kenny', de 28 de junio de 1978; STJCE C-131/96 'Mora-Romero', de 25 de junio de 1997; C-135/99 'Elsen', de 23 de noviembre del 2000.

[369] Primer guión del artículo 64.1 del Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, y el estado de Israel, de 20 de noviembre de 1995 (BOE de 4-julio-2000).

[370] PERRIN, 1984, nota 24 en página 318.

como si se tratara de períodos cumplidos con arreglo a la legislación de la primera Parte»; si bien dados los períodos de residencia en territorio español que pueden exigirse en virtud del artículo 8.2 del mismo Convenio, la eficacia práctica de este cómputo recíproco de períodos de residencia se limita al cumplimiento de la carencia específica de las prestaciones por invalidez, y ello limitado a los nacionales de los Estados que también hayan ratificado el mismo, por lo que, como se ha señalado anteriormente al hacer balance de las ratificaciones de los convenios del Consejo de Europa, ello puede beneficiar actualmente sólo a poco ciudadanos extranjeros. b) Como ejemplo claro de exclusión del cómputo internacional de períodos de residencia puede verse el Convenio de Seguridad Social con Chile de 1997^[371], que prevé explícitamente en su artículo 22 que para las pensiones no contributivas cada Estado «tendrá en cuenta únicamente los períodos de residencia acreditados en dicha Parte». c) El Convenio bilateral con Estados Unidos, de 1986^[372], que anteriormente se ha comentado que establecía la igualdad de trato sin cláusula de nacionalidad, y que el mismo era aplicable a toda legislación posterior a la adopción del Convenio sin necesidad de protocolos adicionales, establece en su artículo 3.3 que cualquier norma «que limite derechos o abonos de cantidades exclusivamente en razón a que la persona reside en el extranjero o está ausente del territorio de ese estado contratante, no se aplicará a las personas que residan en el territorio del otro Estado contratante»; en consecuencia, si admitimos que el citado convenio bilateral es aplicable a las pensiones no contributivas^[373], parece que la residencia en Estados Unidos -tanto si es durante el período anterior como durante el disfrute de una pensión- no puede ser causa de denegación de una pensión en España para las personas que están o hayan estado sujetas a la legislación de aquel país, obligando el citado convenio en virtud de lo establecido por el artículo 96.1 CE. a inaplicar en cuanto a la residencia el artículo 167.2 LGSS para la contingencia de vejez; es decir, que ello conduciría a que un ciudadano norteamericano que no hubiese puesto nunca los pies en España pudiese solicitar una pensión no contributiva si cumple con el resto de requisitos; sin embargo ello no sucedería, porque la pensión se concedería a prorrata de los períodos transcurridos en España, y si reducida o nula fuese su residencia aquí, reducida o nula sería la cantidad a pagar por la Seguridad Social española.

El cómputo recíproco de períodos de residencia pone de relieve una contradicción: cada país tiene sus propias reglas acerca de cuando debe considerarse que una persona reside legalmente en su territorio, y como dichas reglas pueden diferir notablemente, puede darse el caso de que una conducta que en un país sería considerada irregular, por haberse realizado en otro país sea correcta y además surta efectos en el primer país de **Residir legalmente: criterios dispares en países con cómputo recíproco.**

[371] De fecha 28 de enero de 1997 (BOE de 25-marzo-1998).

[372] De fecha 30 de septiembre de 1986 (BOE de 26-marzo-1988).

[373] Véase lo comentado en la página [56](#).

normas más restrictivas. Vemos, por ejemplo, que según las declaraciones adjuntas al Convenio europeo de asistencia social y médica^[374], Francia considera que cualquier nacional de un Estado parte, incluso si se halla de paso, que se halle en territorio francés cumple con la condición de hallarse regularmente en el mismo mientras otros países -entre ellos España- publican una detallada lista de los documentos y normas legales que condicionan la legalidad de la residencia.

De acuerdo con el redactado del artículo 144.6 LGSS el requisito de residencia en territorio español, condiciona también la conservación de la pensión no contributiva, ello significa que: debe de residirse en España antes de solicitar la pensión, cuando se solicita, y posteriormente cuando se percibe; y supone, por consiguiente, que se imposibilita continuar en el disfrute de las prestaciones ya obtenidas pese al traslado de residencia del beneficiario a territorio extranjero o «exportación» de la pensión^[375], ello salvo los supuestos ya examinados en que la propia norma española crea la ficción jurídica de que tal cambio de residencia no ha tenido lugar, sea por la brevedad del cambio, sea porque dicho cambio se ha realizado por razones de salud, y que son supuestos excepcionales que se recogen también en otros ordenamientos jurídicos que conceden pensiones no contributivas^[376].

Permanecer
residiendo
donde se
percibe la
PNC.

La posibilidad de que las pensiones no contributivas se paguen únicamente a quienes residan en el territorio del Estado se halla también en diversos instrumentos internacionales y se ha valorado como una limitación a la igualdad de trato que se ha extendido aparentemente más a consecuencia de preocupaciones financieras que jurídicas^[377]. Dice el artículo 32 del Convenio 128 de la OIT: «1. Una prestación a la cual tendría derecho una persona protegida en aplicación de cualquiera de las partes II a IV^[378] del presente Convenio podrá ser suspendida en la medida que se prescriba: a) mientras el interesado esté ausente del territorio del Miembro, ...», en un redactado similar al que figura en el artículo 69 del Convenio 102 de la OIT de 1952 (ratificado por España en 1988), o el artículo 69.a) del Código Europeo de Seguridad Social de 1964 (ratificado por España en 1994). Obsérvese, de paso, que estos dos instrumentos ratificados por España prevén en caso de ausencia sólo la suspensión de la prestación

La cláusula de
residencia en
instrumento
internacionales

[374] de fecha 11 de diciembre de 1953, ratificado por España en 1982 (BOE de 17 de febrero de 1984).

[375] GONZALO-INT, 1995, página 61. Este autor señala que la no exportación de las pensiones no contributivas era, de hecho, una práctica común previa a la consagración normativa de tal limitación.

[376] Por ejemplo, en Gran Bretaña se considera que se ha permanecido en el territorio si se ha estado ausente hasta cuatro semanas (*Invalid care Allowance*), o los primeros seis meses de ausencia (*Disability Living Allowance*): DSSUK-DISABLED, 1998, páginas 28 y 38.

[377] PERRIN, 1984, página 313.

[378] Corresponden a la ramas de invalidez (II), vejez (III), y Muerte (IV).

ya concedida, no su extinción, posibilidad esta que sí se prevé en el artículo 74.1.f) del Código Europeo de Seguridad Social de 1990 que no ha sido ratificado por España. Asimismo se excluye en convenios bilaterales de Seguridad Social la posibilidad de exportación de prestaciones, así, por ejemplo, en el Convenio bilateral con Uruguay^[379], el párrafo 3 del artículo 5 excluye la aplicación a las prestaciones no contributivas de ambos países lo dispuesto en los apartados anteriores del mismo artículo, es decir, la garantía de indemnidad de las prestaciones (salvo IT) por el hecho de que el beneficiario se encuentre o resida en el territorio del otro Estado.

Para el ámbito comunitario europeo, el artículo 10 *bis*.1 del reglamento CEE 1408/1971 prevé desde el año 1992^[380] la misma prohibición: «1. No obstante lo dispuesto en el artículo 10 y en el título III, las personas a las que se aplica el presente Reglamento se beneficiarán de las prestaciones especiales en metálico de carácter no contributivo mencionadas en el apartado 2 bis del artículo 4 exclusivamente en el territorio del Estado miembro en el que residan y con arreglo a la legislación de dicho Estado, siempre que estas prestaciones se mencionen en el Anexo II bis. Las prestaciones serán satisfechas por la institución del lugar de residencia y a su cargo»^[381]. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia 'Partridge'^[382] reitera la validez del Reglamento CEE 1247/92 que modificaba al Reglamento CEE 1408/71, en base a que ya en su anterior sentencia 'Snares', ya había afirmado la ausencia de ningún elemento que pudiera cuestionar su validez. La cláusula de residencia en la U.E.

[379] Instrumento de ratificación del 2 de julio de 1999 del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, hecho en Montevideo el 1 de diciembre de 1997 (BOE de 24 de febrero del 2000).

[380] Antes de la introducción de este artículo 10*bis* se había considerado que el RPNC era contrario a la normativa comunitaria (GARORTEGA-NINET, 1991, páginas 33 y 38). Para quienes tuviesen una pensión no contributiva concedida antes de 1992, y se hallasen incluidos en el ámbito del reglamento CEE 1408/71 ya se ha dicho (SÁNCHEZ-RODAS, 1997, página 269) que tienen derecho a exportar sus prestaciones incluso en el supuesto de que el cambio de residencia a otro estado miembro fuese posterior a la entrada en vigor de dicha modificación; En efecto, el artículo 2 del Reglamento CEE 1247/92 que instauró la prohibición de exportación dice que éste no afectará a quienes ya tuviesen la prestación concedida (apartado 1) o reuniesen las condiciones necesarias para la concesión de la misma (apartado 2); conservarían así estas pensiones la característica de compatibilidad con los cambios de residencia.

[381] Redactado según la modificación introducida por el reglamento CEE 1247/92, de 30 de abril de 1992, (DOCE L-136). La STJCE de 4 de noviembre de 1997, 'Snares', C-20/96, consideró que no había motivo para cuestionar la validez el citado reglamento; en el párrafo 41 de dicha sentencia se relacionan otras en las que, al corresponder a períodos anteriores a la modificación de 1992, se permitía la exportación de las pensiones no contributivas

[382] STJCE de 11 de junio de 1998, 'Partridge', asunto C-297/96.

Refiriéndose a los ciudadanos comunitarios -pero la argumentación puede extenderse a todos quienes tuviesen derecho a un trato igual-, por algún autor^[383] se ha cuestionado esta prohibición de exportación como lesiva para los ciudadanos extranjeros, ya que, aunque aparentemente se formula de forma neutra, son los extranjeros quienes desean volver a residir en su país de origen, y al excluir la posibilidad de que exporten consigo su pensión no contributiva, ésta deviene una prestación sólo para nacionales. Parte esta argumentación de la suposición de que serán básicamente extranjeros quienes desearán una vez obtenida una pensión no contributiva trasladarse a otro país, y ello es dudoso, ya que si bien es cierto que puede haber número importante de ciudadanos extranjeros que desearan realizar este cambio (por ejemplo ciudadanos de países donde no existan prestaciones no contributivas, que no pudiesen alcanzar en su país una pensión de invalidez o de vejez), tampoco podemos olvidar que España no es *Eldorado* de la protección social, ni uno de los países europeos que reciban más inmigración^[384], ni tan sólo un país netamente receptor de inmigrantes, ya que existen unos 2.600.000 españoles emigrados a otros países^[385], por lo que bien podemos suponer que también habría españoles que desearan exportar su pensión; lo que sucede es que el emigrante español tendrá la posibilidad de recibir en el extranjero otra pensión similar (las del Real Decreto 728/1993) mientras que el ciudadano extranjero que haya residido en España no siempre tendrá una posibilidad similar. Por consiguiente, el argumento inicialmente examinado no parece suficiente para considerar que las pensiones no contributivas se reservan a los nacionales.

Ciudadanos interesados en exportar sus pensiones.

Deducir la razón por la que no se permite la exportación de las pensiones no contributivas puede hacerse más bien valorando el equilibrio de derechos y deberes que late en el fondo de la regulación actual de estas prestaciones prosiguiendo lo comentado acerca de la relación entre el requisito de estancia y el pago de impuestos. En las prestaciones contributivas se contempla especialmente por el sistema que el interesado ha aportado su esfuerzo económico mediante el pago de unas cotizaciones e impuestos directos, mientras que en las pensiones no contributivas el sistema considera únicamente

Una posible justificación de la no exportación: la distinta aportación.

[383] SÁNCHEZ-RODAS, 2000, página 486. Sin embargo del redactado del artículo se infiere que el mismo se escribió antes de que se dictara la STJCE 'Partridge' de 11 de junio de 1998.

[384] Holanda, ha recibido en los últimos diez años 1,2 millones de inmigrantes (7,5% de su población) CBS-MIGR, 2001. Que otros países europeos que han ido recibiendo inmigrantes desde los años 1950 es bien conocido. En 1998 mientras que los inmigrantes registrados que había en España representaban el 1,5 por ciento de la población total, los porcentajes de población extranjera en otros países europeos ascendían a 8,8 en Bélgica, 7,3 en Alemania, 4,5 en Austria, 15,2 en Suiza y 27,4 en Luxemburgo. GOZÁLVEZ, 2000, Cuadro II. Según la memoria del CES algunos problemas del fenómeno migratorio reciente se han originado más por la desigual concentración que por la cantidad: CES, 2001, páginas 671-673.

[385] Cortes Generales, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, número 795, de 10 de noviembre de 1999, página 23702.

los pagos de impuestos -básicamente indirectos-, que son una pequeña parte del esfuerzo económico que en general demanda el Estado a un ciudadano, y en consecuencia, le aporta éste también una pensión reducida; cuando un ciudadano cambia de país de residencia, el país del que emigra se considera en el caso de las pensiones contributivas deudor respecto al interesado, le reconoce unos derechos que puede conservar y exportar, sean las cotizaciones efectuadas (y por ello pagará a prorrata una parte de su pensión en otro país) o sea la totalidad de la pensión que el interesado perciba en una -supuestamente- justa correspondencia de sus aportaciones. En las pensiones no contributivas el sistema le reconoce al interesado una aportación, aunque menor; por ello le permite exportar esta aportación (cómputo de los períodos de residencia) si aún no es pensionista, pero si ya percibe una pensión no contributiva considera que debe proteger a sus propios nacionales, y lo hace mediante la técnica de prohibir la exportación en general a la vez que concede una pensión a sus nacionales con un nombre distinto: las pensiones asistenciales para emigrantes. La explicación de por qué se establece un trato distinto entre nacionales y extranjeros podríamos hallarla contemplando el equilibrio de aportaciones en un período largo: el nacional -«de origen» puntualiza el RD 728/1993- normalmente habrá realizado una aportación fiscal superior al extranjero, ya que en el nacional podemos típicamente distinguir dos períodos: el inicial (desde su nacimiento) en el que contribuye, y el segundo período sería cuando emigra y desea exportar su pensión; en el ciudadano extranjero, en cambio, típicamente habría tres períodos: el inicial en el que contribuyó a otro país, el intermedio en el que al residir aquí contribuyó a nuestro sistema y obtuvo una pensión no contributiva, y el tercero en el que desea emigrar nuevamente y exportar la pensión aquí obtenida. En conclusión, la nacionalidad no sería el motivo de la diferenciación, sino la cara visible de una distinta aportación económica al sistema que justificaría el trato distinto en cuanto a la exportación de pensiones no contributivas, porque tal diferencia de aportación económica, o su elevación a la repercusión en las disponibilidades económicas del sistema, ha sido tradicionalmente un portentoso argumento para justificar un trato desigual.

No obstante, lo anteriormente expuesto es sólo una parte de la realidad, ya que se ha argumentado únicamente desde la perspectiva económica interna del sistema, interesado en mantener un equilibrio entre derechos concedidos y obligaciones exigidas; en el diseño legal de la exportación o no de las prestaciones intervienen otros factores relevantes que pueden proporcionarnos otros puntos de vista. El primero de ellos es la libertad de circulación a la que de forma importante sirve el mecanismo de la exportación de prestaciones, que ha sido presentado como aquel que «coadyuva a que la libertad de circulación sea una verdadera libertad y no quede indirectamente

La libre
circulación y la
no exportación
de PNC.

frenada»^[386]; la libertad de circulación es un valor fundamental en el ámbito europeo, los artículos 48 (actual 39) y ss. del Tratado CEE de 1957 aplican el principio general consagrado en el apartado c) del artículo 3, según el cual la acción de la Comunidad llevará consigo la supresión de los obstáculos a la libre circulación de personas, pero tal libertad, en el estadio actual de construcción de la Unión Europea no es un valor que se garantice de forma absoluta, sino que se ha concretado en atender a quienes ejercen dicha libertad de circulación de forma relacionada -interpretada amplísimamente- con el ejercicio de una actividad económica en otro Estado miembro, por ello es decisivo contemplar la posibilidad de que el beneficiario de una pensión no contributiva se halle en dicho supuesto de circulación intracomunitaria. Uno de los supuestos que ha sido señalado^[387] es el del inválido que trate de ejercer actividades, sean o no lucrativas, compatibles con su estado y que no supongan un cambio en su capacidad de trabajo^[388], el inválido puede encontrarse que si cambia su residencia a otro país no perciba allí ninguna prestación por no reunir los requisitos^[389], en este caso debiéramos añadir la constatación de que la prohibición de exportación de la pensión dificulta además la libre circulación de los miembros del entorno del inválido que, dado su estado, difícilmente emigrará solo a otro país o se quedará solo en su país si su entorno familiar emigra, y ello será obligado cuando se trate de un inválido que precise la ayuda de una tercera persona; a este supuesto podría añadirse el del beneficiario de una pensión de vejez que, aunque sea mayor de 65 años, no tiene por qué conformarse con sobrevivir con tal percepción hasta su fallecimiento y puede intentar trasladarse a otro país para buscar allí una ocupación que complete una carencia que, quizás por poco, no alcanzó para causar una pensión contributiva. Si se diera alguno de estos casos, la supresión de la pensión no contributiva que perciban, antes de que posean ingresos propios suficientes, y por la exclusiva razón de su residencia, sería un freno a la libre circulación que debería entenderse contrario al derecho comunitario, ya que las disposiciones que impidan o disuadan a un nacional de un estado miembro de abandonar su país de origen para ejercer su derecho a la libre circulación constituyen obstáculos a dicha libertad, aun

[386] MONTROYA, 1994, página 243.

[387] SÁNCHEZ-RODAS, 1997, página 270.

[388] No obstante, debe tenerse en cuenta que según ha declarado el Tribunal de Justicia en las sentencias 'Levin', (Asunto C-53/81, *Rec.* página 1035, párrafo 13), y 'Steymann', (asunto C-196/87, *Rec.* página 6159, párrafo 17), las actividades ejercidas deben ser reales y efectivas y no ser de tal carácter que resulten meramente marginales y accesorias.

[389] Si se traslada a un país que exija un período de residencia superior al español para conceder una pensión no contributiva, aún con el cómputo recíproco de períodos de residencia, podría no poder acceder a la misma. Por ejemplo, según la ley belga de 27 de febrero de 1987, las asignaciones no contributivas para inválidos se conceden a quien haya residido en Bélgica 10 años o los cinco inmediatamente anteriores a la solicitud. CSC, 2000, página 340.

cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad de los afectados.^[390] Recalamos que los supuestos que podrían hoy por hoy merecer el amparo del derecho comunitario serían aquellos en los que se viera obstaculizada la circulación para ejercer una actividad económica, ya que según la sentencia 'Snares'^[391] las solas dificultades para conservar la pensión no contributiva «no tienen entidad suficiente como para invalidar el artículo 10 *bis* del reglamento CE 1408/71».

A lo dicho hasta ahora sobre la prohibición de exportar pensiones no contributivas, debe añadirse una última y no menos importante consideración. La Seguridad Social no es un sistema nacido para conservar los equilibrios financieros ni para servir a políticas de movilidad geográfica sino que estos factores únicamente deberían ser elementos que simplemente influyan en el objetivo primordial de satisfacer las necesidades de quienes se hallen precisados de protección social. Esta tutela, para ser eficaz debe individualizarse al máximo, y ante lo que se ha descrito como una «avalancha de solicitudes 'indeseadas' de esta clase de prestaciones (las más de las veces como complemento de una pequeña pensión y para percibir las en país diverso al que lo concede)»^[392] en la normativa española y en la de coordinación comunitaria se ha procedido a la exclusión de toda posibilidad de exportación, sin matización ni excepciones, mientras que -como veremos más adelante- el importe de la prestación se modula y adapta de alguna forma a los distintos grados de cumplimiento del requisito de carecer de rentas, podían haberse considerado las distintas situaciones que pueden darse en el cumplimiento del elemento contributivo de estas prestaciones, o sea del requisito de residencia tanto la anterior como la posterior a la solicitud de la pensión. Técnicamente no presenta ninguna dificultad insuperable; nuestras pensiones no contributivas se han establecido con importes que se calculan independientemente de la duración de los períodos de residencia anteriores o posteriores pero podría ser de otra forma: un ejemplo puede hallarse en el artículo 13 del Convenio 128 de la OIT de 1967, que prevé la posibilidad de conceder pensiones de importe distinto según el período de calificación (residencia o cotización) cumplido. Asimismo podría perfectamente haberse modulado el importe de las pensiones no contributivas cuando quisieran disfrutarse en un país distinto, un ejemplo de reglas aplicables puede hallarse en el artículo 24 de la Recomendación 167 de la OIT de 1983, dedicado precisamente a las prestaciones no contributivas cuyo

La protección puede individualizarse más.

[390] STJCE de 26 de enero de 1999, 'Terhoeve', Asunto C-18/95, párrafo 39.

[391] STJCE de 4 de noviembre de 1997, 'Snares', Asunto C-20/96. En la sentencia se apunta la justificación de que tales prestaciones se excluyeron de la posible exportación porque deben estar estrechamente vinculadas a un contexto económico y social particular, débil argumento ya que las prestaciones contributivas (estas sí exportables) también ven fijado su importe inicial y su revalorización anual teniendo en cuenta dichas circunstancias. La sentencia reiteradamente salva su fallo con la explicación de que la solución adoptada es posible por falta de armonización en materia de Seguridad Social.

[392] MONTROYA, 1994, página 217.

monto se calculase independientemente de la duración de los períodos de residencia previos, y que se concedan a quienes residan en un país distinto a aquel en base a cuya legislación el beneficiario obtenga la prestación; ofrece la Recomendación citada dos variantes de cálculo: según si el interesado percibe únicamente prestaciones no contributivas o si las compagina con prestaciones de carácter contributivo, pero en ambos casos descansa sobre la misma solución de convertir en estos casos lo que era un importe fijo en un importe proporcional a los períodos de residencia cumplidos. Naturalmente, una última solución se halla disponible para el legislador: permitir la exportación de estas pensiones en un elenco de circunstancias (por ejemplo, reagrupación familiar) o bajo condiciones prescritas (por ejemplo limitaciones temporales).

3. EL REQUISITO COMÚN DE LA CARENCIA DE RENTAS O INGRESOS

El criterio de la insuficiencia de ingresos fue uno de los más estudiados en la preparación de las pensiones no contributivas. El Gobierno había visto con preocupación cómo el número de beneficiarios de las prestaciones FONAS^[393] y LISMI^[394] se desbordaba más allá de sus previsiones económicas^[395], agravándose ello especialmente a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 1986^[396] que establecía que el máximo nivel económico requerido para la percepción de subsidios de ingresos mínimos y por ayuda de tercera persona, ha de hacer referencia a los recursos económicos del propio beneficiario y no a los ingresos de la unidad familiar. El legislador español tomó en este aspecto dos decisiones fundamentales que caracterizan estas prestaciones: en primer lugar, optó por utilizar el criterio de la ausencia de recursos económicos como instrumento limitador del colectivo del conjunto de posibles beneficiarios de estas pensiones, de las cuales ya no podrían beneficiarse todos aquellos que -aún hallándose en la contingencia de invalidez o de vejez- no pudiesen acceder a una prestación contributiva, sino sólo el segmento de este colectivo que contara con menores recursos económicos. La segunda decisión importante fue la de vincular el límite máximo de ingresos con el importe de la prestación, introduciendo así un elemento de rigidez en

La carencia de ingresos: requisito característico.

[393] Fondo Nacional de Asistencia Social, reguladas por la Ley 45/1960, de 21 de julio (BOE de 23- jul-1960), y el Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio (BOE de 6-nov-1981).

[394] Ley de Integración Social del Minusválido, reguladas por la Ley 13/1982, de 7 de abril (BOE del 30-abr-1982), y por el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero (BOE de 27-feb-1984).

[395] Una síntesis de la evolución económica de estas prestaciones puede verse en CRUZ, 1991, páginas 207 a 212. Como ejemplo, vease la evolución que siguen los subsidios LISMI en Cataluña: a finales de 1986 había 750 beneficiarios, cinco años más tarde -en 1991- se superaba la cifra de 25.000 beneficiarios. BELLO, 1992, páginas 214-215 del tomo I. En las primeras páginas de este trabajo hemos reseñado las cifras correspondientes al crecimiento de las prestaciones FONAS y LISMI en toda España.

[396] STS de 10 de abril de 1986 (Ar.1741).

el sistema: todo aumento del importe de la prestación supone un doble factor de incremento del coste económico, ya que se incrementa el importe de las pensiones a pagar y, a la vez, se incrementa el número de personas susceptibles de poder solicitar estas prestaciones al quedar por debajo del límite máximo de ingresos.

Para sistematizar el análisis de este requisito estudiaremos separadamente cuatro elementos del mismo: los sujetos afectados, las rentas computables, el período de cómputo, y finalmente, el importe y las reglas de cálculo de dicho límite. Siguiendo en cierta forma el clásico itinerario narrativo de: Quién? Qué? Cuando? Cómo? podremos apreciar la complejidad que representa la decisión legislativa de valorar las situaciones personales y patrimoniales de los interesados mediante reglas específicas para estas prestaciones.

Los cuatro elementos de la carencia de rentas.

3.A. LOS SUJETOS RELEVANTES

El beneficiario o -en un momento anterior- el interesado en obtener una pensión no contributiva es el principal sujeto afectado por el requisito de insuficiencia de ingresos. Para tener derecho a una pensión no contributiva, el beneficiario debe cumplir la condición expresada en el artículo 144.1.d) de la LGSS: carecer de rentas o ingresos suficientes. La regla es taxativa y uniforme, no existe ninguna atenuación a la misma en función de las cargas familiares, no se va a realizar ninguna evaluación personalizada del estado de necesidad, si el beneficiario por cualquier motivo y en toda circunstancia dispone de unos ingresos superiores al máximo fijado, no puede percibir estas prestaciones.

El beneficiario: primer sujeto relevante.

Observando la configuración de este requisito, podemos ver que el legislador no ha querido tutelar una contingencia de falta de recursos. La escasez de medios de vida no es razón suficiente para conceder la prestación, pues se trata de un requisito que se superpone a quien se halla afectado por cierta contingencia (vejez, invalidez) y que se ha formulado como condición restrictiva de los posibles beneficiarios, de forma que si el interesado percibe rentas superiores al mínimo, pero sus necesidades vitales son superiores a dichos ingresos percibidos, no puede contar con esta pensión para equilibrar sus necesidades económicas, sino que su única opción posible será actuar en el otro elemento del desequilibrio intentando reducir sus necesidades económicas familiares. Veámoslo con un ejemplo posible: una persona con cuatro hijos menores, su cónyuge ha desaparecido por circunstancias que no vienen al caso, pierde su trabajo y las posibilidades de hallar otro debido a una enfermedad invalidante, y no va a percibir ninguna pensión contributiva por falta de cotización suficiente; gracias a que en su día suscribió un seguro en una Mutua que cubría -entre otras- la contingencia de invalidez, percibe una renta mensual de cincuenta mil pesetas a las que hay que añadir las

La carencia de recursos no es la contingencia tutelada.

prestaciones por hijo a cargo. Esta renta, inferior al salario mínimo, pero superior al límite máximo de recursos actualmente vigente, le resulta insuficiente para vivir cinco personas pero no puede percibir una pensión no contributiva de invalidez; su única opción sería disminuir sus necesidades vitales: por ejemplo, mandar a alguno o algunos de sus hijos a vivir en casa de sus abuelos u otros parientes.

Por otro lado, aunque el interesado en obtener una prestación carezca personalmente de ingresos suficientes, la ley considera^[397] que si convive con otras personas que disponen de ingresos, de alguna manera comparte o se beneficia de las rentas que aportan estas personas con las que convive, por lo que se exige que este grupo de personas que conviven con el beneficiario cumpla también con el requisito de carecer de ingresos suficientes. El legislador decidió que el nivel de rentas a considerar no era exclusivamente el personal sino el familiar. Se ha apuntado que, en el fondo, la decisión de considerar sólo los recursos del beneficiario o también los de otras personas corresponde a una opción sobre quien es el obligado a resolver la situación de necesidad planteada, el criterio de valorar los ingresos familiares correspondería, en consecuencia, al convencimiento de que la responsabilidad colectiva es subsidiaria a la obligación familiar de apoyar al potencial beneficiario^[398].

La familia también es relevante.

En el artículo 144.1.d) de la LGSS se ha configurado el requisito de carecer de rentas suficientes como un obstáculo a vencer en dos tiempos: en primer lugar se examina la situación personal del interesado, y luego, «...aunque el solicitante carezca de rentas o ingresos propios ..., si convive con otras personas en una misma unidad económica, únicamente se entenderá cumplido el requisito de carencia de rentas o ingresos suficientes cuando la suma de los de todos los integrantes de aquélla sea inferior al límite...». Este examen en dos tiempos del cumplimiento del requisito de rentas insuficientes no siempre se ha visto con claridad, ya que si se examina el precepto olvidando el primer inciso, es decir: leyendo a partir de donde dice «si el solicitante convive con otras personas...», parece que en caso de convivencia el requisito pueda cumplirse con referencia exclusiva al examen de los ingresos del conjunto de la unidad familiar; sólo si se examina atentamente el sentido del precepto con el primer inciso «aunque el solicitante carezca de rentas o ingresos propios...únicamente se entenderá cumplido el requisito...» puede apreciarse que la norma formula un nuevo obstáculo (para cumplir el requisito, el grupo debe carecer de rentas) adicional a un primer obstáculo (el interesado debe carecer de rentas), por lo que superar este segundo requisito es necesario pero no suficiente para acceder a la prestación. Colaboró en las dudas interpretativas de dicho precepto el hecho de que en la Exposición de Motivos de

Dos verificaciones distintas del la carencia de rentas.

[397] Segundo párrafo del artículo 144.1.d) de la Ley General de la Seguridad Social

[398] DURÁN HERAS, 1993, página 114.

la Ley 26/1990 se presentaba el supuesto de la convivencia en unos términos que favorecían la duda^[399], ya que más bien podía entenderse que en caso de convivencia del solicitante con otras personas, se efectuaría únicamente el cómputo de las rentas del grupo de convivientes.

Los sujetos relevantes en este segundo examen del nivel de ingresos disponibles por el solicitante de una pensión deben convivir con el mismo, ya que la norma delimita el supuesto al decir «si el solicitante convive con...». Queda descartada así la posibilidad del cómputo de las rentas de que disfruten otras personas no convivientes, incluso si las mismas son familiares que pudieran estar obligados a mantener y auxiliar al sujeto necesitado. El legislador, pues, no ha seguido el modelo utilizado en el diseño de otras prestaciones contributivas (orfandad de hijos aportados al matrimonio^[400] y pensión a favor de familiares^[401]) o asistenciales (ayudas del FONAS^[402]), que consideran relevantes a los familiares obligados por el Código Civil a prestar alimentos al interesado.

No se formula ni en la ley ni en el reglamento ni una definición ni precisiones respecto a cómo debe entenderse la convivencia a los efectos de esta prestación, por lo que deberemos partir del sentido usual del término: vivir conjuntamente, en compañía de otra persona. Esta convivencia es una situación de hecho que deberá ser probada por quien la alegue, sin perjuicio de que, como nos recuerda el artículo 23.1.c) RPNC, puedan beneficiarse de las presunciones establecidas legalmente para los cónyuges -que según el art. 69 del Código Civil se presumen que viven conjuntamente^[403]-; y para los hijos incapacitados o menores de edad, que deben estar en compañía de los padres (artículo 154.1 del mismo Código), aunque tal presunción se debilita con respecto a los hijos menores de edad pero mayores de dieciséis años, ya que el artículo 319 del Código Civil los considera a todos los efectos como emancipados si viven independientemente de los padres, lógico precepto ya que a partir de dicha edad^[404] pueden trabajar para ganarse su sustento y vivir con autonomía o «independientemente», si bien, mientras no consten

[399] Decía el cuarto párrafo del apartado III: «Como se ha indicado, uno de los requisitos exigidos para el derecho a las pensiones no contributivas es el de insuficiencia de ingresos. Dicho requisito se objetiva en un límite de ingresos equivalente a la cuantía de la pensión. Si el beneficiario está integrado en una unidad de convivencia se computan los ingresos de todos los miembros de la misma, a efectos de determinar si se supera el límite de ingresos.»

[400] Artículo 9.3.c) del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre (BOE del 13 de noviembre)

[401] Artículo 22.1.1).e) de la Orden de 13 de febrero de 1967 (BOE de 23 de febrero de 1967)

[402] Artículo primero.Dos.b) del Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio (BOE de 6 de noviembre de 1981)

[403] Salvo la situación provisional prevista en el artículo 102.1º del Código Civil en que presentada una demanda de nulidad, separación o divorcio, por ministerio de la Ley cesa la presunción de convivencia.

[404] Artículo 6 del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (BOE de 29 de marzo de 1995).

en el expediente tales datos de trabajo y domicilio distinto al de los padres, debe entenderse que siguen beneficiándose de la presunción de que el menor de edad vive con quien ejerza la patria potestad.

Convivir es algo más que tener el mismo domicilio aunque en la mayoría de los casos puede considerarse que quienes viven en un mismo domicilio conviven entre ellos; porque si convivir es vivir conjuntamente, y este «conjuntamente» significa que convivir es compartir; por ello, es teóricamente posible que en un mismo domicilio vivan unas personas que no compartan, sino que únicamente se repartan el mismo techo. Uno de estos supuestos está previsto en el artículo 87 del Código Civil, que establece que el cese de la convivencia conyugal es compatible con el mantenimiento de la vida en el mismo domicilio, y conceptualmente no existe ningún impedimento para considerar que otras personas distintas a unos cónyuges o ex-cónyuges pueden tener el mismo domicilio sin convivencia entre ellos, por lo cual puede perfectamente alegarse que, aunque conste que dos personas tienen el mismo domicilio, no existe más lazo de unión entre ellas que el reparto de este elemento de primera necesidad como es una vivienda^[405]. Para que exista convivencia deben darse dos elementos: vida en proximidad física, y participación en los costes de esta vida en común; si se vive en proximidad sin participación alguna en los gastos, se trata de una mera vecindad, y si se comparten los gastos pero no hay vida en común, entonces hay ayuda mutua o carga familiar o asociación, pero no convivencia.

Elementos
esenciales de
la convivencia.

Merece destacarse que la convivencia es distinta del concepto de «estar a cargo» que se utiliza en otras prestaciones, y por su proximidad sistemática es interesante destacar que mientras en las prestaciones familiares por hijo éste debe estar a cargo del beneficiario^[406] aquí no se exige que los familiares que convivan con el beneficiario estén a su cargo; más aún, lo más probable es que sea el beneficiario de una pensión no contributiva el que por su edad o invalidez esté a cargo de las personas con las que convive. La semejanza de la convivencia con el concepto de estar a cargo es que en ambos casos existe un elemento de comunicación patrimonial, pero son conceptos distintos: en la convivencia la confusión patrimonial deriva de las aportaciones que todos los convivientes realizan a la vida en común, sean estas aportaciones de tipo patrimonial o de trabajo personal, es decir: es una comunicación multidireccional; en cambio, el estar a cargo se refiere a una comunicación patrimonial unidireccional del que aporta la protección hacia el que se halla a cargo del mismo. Por supuesto, ambas situaciones

La convivencia
no es estar a
cargo.

[405] Recordemos nuevamente que estamos hablando de prestaciones que se otorgan a personas con escasísimos recursos económicos, que fácilmente pueden verse imposibilitadas para disfrutar de una vivienda de uso exclusivo.

[406] Artículo 183.b) de la Ley General de la Seguridad Social

pueden superponerse, pero no necesariamente: pueden convivir igualitariamente dos personas que ninguna de ellas se halle a cargo de la otra, por ejemplo: una pareja; pueden convivir dos personas una de ellas a cargo de la otra, por ejemplo: un adulto y un niño; y puede una persona estar a cargo de otra sin que ambas convivan, por ejemplo: quien se hace cargo de su hermano sin convivir con él. Podemos ver cómo se distingue entre ambos hechos en el artículo 149 del Código Civil que regula los casos en que el alimentista puede escoger si recibe o no en su casa al alimentado; en el ámbito de la Seguridad Social hallaremos que unas veces se exigen ambos requisitos: «haber convivido con el causante y a su cargo» (artículo 176.2.a) LGSS) , y otras veces únicamente se refiere la ley a uno de dichos requisitos, la convivencia: «parientes del fallecido que conviviesen con él habitualmente» (artículo 173 LGSS), o el estar a cargo sin que sea precisa la convivencia: «los familiares y asimilados que estén a cargo de las personas indicadas en los apartados anteriores, y en caso de separación de hecho...» (Artículo 100.1.c) LGSS-74)^[407]. Si el primer elemento de diferenciación entre convivencia y estar a cargo era el tipo de comunicación patrimonial entre los distintos sujetos, podemos afirmar que el segundo elemento de diferenciación entre ambos conceptos es que mientras que el lugar de residencia es irrelevante para establecer que una persona se halla a cargo de otra^[408], para que exista convivencia debe haber un cierto grado de vida en común que normalmente exigirá un mismo domicilio.

Las situaciones de convivencia no son inamovibles sino dinámicas, sea por razones biológicas (nacimientos y defunciones), sea por la quiebra de lo que originó la convivencia (separaciones y divorcios), sea por otros factores que obligan a cambiar de lugar de residencia (emigración, encarcelamiento, etc.), por lo que estas situaciones tienen lógicamente un inicio y un final. Además, las personas que conviven no están encerradas conviviendo todo el día, sino que salen de su domicilio para trabajar, comprar, divertirse, etc., y por el hecho de que durante unas horas no estén una al lado de la otra no consideramos que dejan de convivir, lo que nos lleva a la conclusión de que existen separaciones de poca importancia que no significan una ruptura de la

Interrupciones
de la
convivencia.

[407] Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto 2065/1974, de 30 de mayo (BOE de 20 y 22 de julio de 1974), artículos que se hallan en vigor en virtud de la Disposición derogatoria de la Ley General de la Seguridad Social de 1994.

[408] Como afirma la sentencia de la *Cour de Cassation* francesa, *Chambre Sociale*, de 31 de marzo de 1994, sentencia número 1707: habiéndose alegado que «...Le Tribunal, qui a décidé que le père de l'enfant en cause en avait la charge au sens du texte précité dès lors qu'il pourvoyait à son entretien peu important le lieu de résidence de cette enfant, a violé l'article L. 521-2 du Code de la Sécurité Sociale», el tribunal falla que «qu'il en résulte que la résidence de l'enfant au foyer de ses parents n'est pas une condition de l'attribution des avantages litigieux», dado que aunque el hijo residía en casa de una tercera persona, el padre proporcionaba todos los recursos económicos para el sostenimiento de su hija. El texto íntegro puede consultarse en: http://w3.neotech.fr/papa/CondPat/Alloc_re.htm .

convivencia; y si quien dice unas horas puede decir unos días o unos meses^[409], deberemos admitir que existen suspensiones de la vida en común que no implican el cese de la convivencia, y en tal sentido se pronuncia el último párrafo del artículo 87 del Código Civil al decir: «La interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga». La naturaleza de estas interrupciones es que no enervan la voluntad del sujeto temporalmente ausente de continuar formando parte del grupo conviviente. La convivencia es un concepto jurídico indeterminado, y para indagar su existencia en los casos que se hallen en su «zona de incertidumbre»^[410] no puede recurrirse al criterio de la presencia material de la persona en un determinado lugar -un atípico *ius soli*- y cuantificar la proximidad física de los convivientes, porque la convivencia se rige sobre todo por la voluntad -un *ius volens*-; y justamente porque depende básicamente de esta voluntad, es lógico que en el reglamento de estas pensiones se diga que la acreditación de la convivencia del solicitante con otras personas se hará por medio de la declaración del propio interesado^[411], sin perjuicio de que la administración pueda comprobar que los actos del sujeto se corresponden efectivamente con dicha declaración.

Hay dos características de la convivencia exigida que merecen destacarse: la convivencia es un hecho que se cumple o no en un momento determinado, no es un estado jurídico que se adquiera progresivamente o pasado un plazo; por consiguiente, sea cual sea el período de tiempo que usemos para observar si se ha cumplido con la condición de convivir, siempre será posible que hayan cambiado las situaciones de convivencia, lo que comportará -avancémoslo- problemas de evaluación. La segunda característica es que no se exige ningún requisito adicional a esta convivencia, pues para la Ley son irrelevantes los motivos por los que determinadas personas hayan decidido convivir; por consiguiente no debe ni indagarse sobre la causa de la convivencia ni condicionar la

La convivencia no requiere plazo ni otra condición.

[409] El criterio temporal no sirve para establecer una distinción neta entre ausencias y cese de la convivencia: no son sustancialmente distintos un empleado que se ausenta de su casa durante unas horas, el viajante que lo hace unos días o el marino que no regresa hasta pasados unos meses; o -si se prefiere una serie comparativa- el que espera unas horas en la consulta del médico, el que pasa una noche en observación en urgencias de un hospital, o el que permanece semanas, meses o años en el mismo hospital para recibir un tratamiento.

[410] O «halo conceptual» (*Begriffhof*) usando la terminología expuesta por GARCÍA DE ENTERRÍA, 1987, página 436.

[411] Artículo 23.1.c) del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo (BOE de 25 de marzo de 1991).

apreciación de la misma a la existencia de un derecho^[412] o una obligación de convivir, sino que debe considerarse únicamente la realidad de la misma^[413].

No toda persona que conviva con el beneficiario es relevante a los efectos de cumplir con este requisito, ni -como veremos posteriormente- todas las personas convivientes con el beneficiario le afectan en la misma medida. Según el segundo párrafo del artículo 144.1.d) LGSS, las personas relevantes a los efectos del cómputo conjunto de sus rentas son las que conviven en una «unidad económica» que se define en el artículo 144.4 del mismo texto como «la convivencia del beneficiario con otras personas, sean o no beneficiarias, unidas con aquél por matrimonio o por lazos de parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado». En el artículo 13 del reglamento se introduce una precisión: los lazos de parentesco que en la ley se mencionan únicamente como consanguíneos, se definen como «por consanguinidad o por adopción»; precisión que respeta el principio de igualdad entre la filiación por naturaleza (matrimonial, no matrimonial) y la adoptiva^[414]. En resumen, deben convivir y ser parientes en uno de los grados determinados por la ley. Antes de entrar en más detalles, observemos que la ley ha escogido para denominar a este grupo de parientes que conviven una «unidad económica» y no unidad familiar, por lo que no parece disparatado sostener que una característica esencial de una unidad económica es que sus miembros deben tener una economía unida, común, y ello abona la interpretación anteriormente realizada de que -a diferencia de la mera vecindad- para considerar que unas personas conviven en esta unidad deben participar conjuntamente en los gastos que conlleva la vida en común.

El parentesco es relevante.

La delimitación de esta unidad económica merece ser examinada porque en diversas ocasiones se ha cuestionado ante los tribunales su constitucionalidad, alegando que era contraria al principio de igualdad ante la ley por lo que procede examinar la racionalidad

Parentesco y convivencia son criterios racionales.

[412] En este sentido de contemplar la realidad sin formalismos innecesarios véase la resolución de 21 de julio de 1997 de la Subsecretaría del Ministerio de Presidencia (BOE de 25-7-1997) en la que se afirma: «Son contadas las ocasiones en que uno o varios menores aparecen empadronados solos en un domicilio, pero, en cambio, es relativamente frecuente el caso de menores que no viven con sus padres sino con otros familiares (abuelos, tíos, etc.). Exigir en estos casos una autorización expresa de los padres o tutores chocaría con la realidad social, por lo que la acreditación de tal autorización sólo deberá exigirse en los supuestos en que alguno de los padres manifieste expresamente su oposición a que el menor viva separado de él».

[413] En tal sentido la STS de 17 de enero del 2000 (Ar.924) y la STS de 26 de enero del 2000 (Ar.1315) que reitera la misma doctrina en relación a la convivencia de un nieto con sus abuelos.

[414] Artículo 39.2 de la Constitución; Artículo 108, segundo párrafo, del Código Civil Para el caso específico de Cataluña, artículo 113 del Código de Familia: Ley 9/1998, de 15 de julio (DOGC de 23 de julio de 1998). Debe entenderse ello sin perjuicio del mantenimiento de los limitados efectos de la otrora llamada «adopción simple» que subsistirán de acuerdo con la disposición transitoria segunda de la ley 21/19087, de 11 de noviembre (BOE del 17 de noviembre de 1987); el Tribunal constitucional consideró no contrario al artículo 14 de la Constitución la diferencia de trato de los hijos adoptados de forma simple en relación con los adoptados de forma plena (STC 33/1983, de 4 de mayo, comentada en el voto particular a la STC 46/1999, de 22 de marzo).

y proporcionalidad de dicha delimitación. En una primera aproximación, la utilización de los criterios de convivencia y de proximidad en el grado de parentesco no parecen irracionales, ya que -como hemos argumentado anteriormente- la convivencia conlleva una comunicación de patrimonios y, por otra parte, el parentesco es un criterio vigente en nuestro Código Civil para establecer la obligación de convivir o de prestarse ayuda mutua, siendo ello respetuoso con el criterio que se utiliza en la Constitución, pues en ella también el parentesco se menciona como fuente de obligaciones: en su artículo 32 menciona los deberes de los cónyuges, en el 39.3 se refiere a la asistencia que los padres deben prestar a los hijos durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda, y en el artículo 50 menciona unas obligaciones familiares hacia los ciudadanos de la tercera edad. Por ello, y sin perjuicio de que podamos defender la idoneidad de que se valoren únicamente los recursos económicos del solicitante, o de que propugnemos cambios en la configuración legal actual de la unidad económica familiar, debemos concluir que el uso de los criterios de parentesco y convivencia en el requisito de carecer de rentas suficientes es una opción razonable.

El legislador tenía, evidentemente, otras opciones. Podía haber utilizado exclusivamente el criterio de parentesco sin tener en cuenta la convivencia, que es lo que rige en el derecho de alimentos del Código Civil^[415] y que -como hemos visto- es el criterio que se aplica a otras prestaciones^[416]; sin embargo ello implicaría el contrasentido de definir la unidad económica familiar a partir de quienes, al no convivir, no comparten unitariamente su patrimonio, además de inducir a beneficiarios y a la Administración a difíciles comprobaciones sobre la solvencia de sus familiares y, seguramente, alejarse de la realidad social actual en la que la familia extensa ha perdido la cohesión que tenía en el pasado.

Sólo
parentesco:
otra
posibilidad.

Podría -y posiblemente hubiera sido mejor- también el legislador haber utilizado exclusivamente el criterio de convivencia, de forma que se contemplase como unidad económica a todos quienes compartiesen vida y patrimonio, independientemente del

Sólo
convivencia:
otra
posibilidad.

[415] Aunque, como regla general, la deuda alimentaria se genera con la presencia de dos elementos: el nexo de parentesco, y la situación socio-económica deficiente en el alimentista y pudiente en el alimentante, la STS-1a. de 23 de febrero del 2000 (Ar.1169) parece exigir también la convivencia, al considerar que no puede pretenderse rechazar el entorno familiar pero gozar de las ventajas económicas del mismo; la peculiaridad del caso (hija que sale del domicilio y demanda a los padres una respetable pensión) y la concurrencia de otras causas de denegación (necesidad económica no probada) no permiten elevar este criterio residencial al rango de jurisprudencia.

[416] No debe olvidarse, empero, que este requisito es interpretado restrictivamente, contemplando la unidad familiar en la que conviva el beneficiario y sin presumir la existencia de familiares con patrimonio holgado que puedan prestar alimentos. STSJ-Cataluña 28-1-1993 (Ar.468), STSJ-Baleares 21-5-1991 (Ar.3394), STSJ-Navarra 28-XI-1996 (AL 460/97).

título o razón de tal convivencia^[417]; y en el proyecto de ley remitido por el Gobierno a las Cortes así se había previsto^[418]. La exigencia de una relación de parentesco además de la convivencia puede ser vista como una eliminación irracional de la unidad económica de algunas de las personas que en realidad formaran parte de la unidad de convivencia: sería irracional al suponer una presunción *iuris et de iure* de que sólo los parientes pueden formar una verdadera y completa unidad de convivencia; sin embargo, puede argumentarse que siendo el parentesco una fuente de obligaciones de ayuda mutua, el legislador no ha hecho más que utilizar el criterio mínimo en la configuración del requisito: de todos los convivientes que podrían formar parte de la unidad económica a los efectos de considerar que el solicitante dispone de recursos económicos procedentes de su inmediato entorno, se han eliminado del cómputo todas aquellas personas que no tenían ya una obligación legal de socorrer al interesado que se halla en situación de necesidad, por no tener con el mismo una relación de parentesco o por ser éste muy lejano. Ahora bien, si debemos concluir que no es irracional la utilización conjunta de los criterios de convivencia y parentesco, también debemos observar con detalle cómo se ha delimitado este criterio de parentesco. Recordemos que la Ley considera relevantes únicamente al cónyuge y a los parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, o sea, que considera irrelevantes a estos efectos a las llamadas «parejas de hecho»^[419], a los parientes por afinidad^[420], y a los parientes de grado superior al segundo^[421].

Respecto a las parejas de hecho, ya se ha argumentado extensamente en otra ocasión^[422] que es absolutamente dispar la definición y el tratamiento que se da a la familia en la Seguridad Social, ya que las parejas de hecho en relación con las matrimoniales unas veces salen beneficiadas y otras perjudicadas, concluyendo que un balance de la situación de la familia de hecho no debía limitarse a una persona, momento y contingencia concreta. En las pensiones no contributivas, las parejas de hecho no se

Parejas de hecho y art. 39.1 CE.

[417] Según el padrón de 1996, la ocupación media de las viviendas ocupadas es de 2,66 habitantes/vivienda. El censo de 1991 daba la cifra de 2,85. Asimismo, en aquel año, el 21% de las viviendas estaba ocupada por una sola persona y el 48% lo estaba por una o dos personas. ESTEBAN, 1998, página 12.

[418] BOCG-Congreso, serie A, número 1-I, de 22-dic-1989.

[419] No existe uniformidad en su denominación ni en la doctrina ni en las escasas normas jurídicas que las contemplan, por lo que pueden encontrarse mencionadas como uniones paramatrimoniales, parejas estables, relaciones *more uxorio*, convivencia marital estable, etc.

[420] Sobre la extensión del parentesco por afinidad y en particular la inclusión tanto de los consanguíneos del afín como los afines del consanguíneo, STS 18-2-1998 (Ar.2209)

[421] Un ejemplo en el que no se computan los biznietos (tercer grado de parentesco) que conviven con el solicitante de una prestación en la STSJ de Andalucía -málaga, de 6 de febrero de 1998 (Ar.1239).

[422] FARGAS, 1992, páginas 121 a 150.

reconocen expresamente^[423] -como sería deseable- y en la práctica ello supone que se ven claramente beneficiadas en relación con las parejas matrimoniales en varias ocasiones; en el cumplimiento del requisito de carecer de ingresos suficientes que estamos analizando, al ser la pareja de hecho una persona que no integra la unidad económica, sus ingresos no se consideran relevantes y será más fácil al beneficiario acceder a la prestación, o visto de otra manera: si un beneficiario que percibe una pensión no contributiva mientras mantiene una relación de pareja de hecho, decide contraer matrimonio con la persona que ya convivía y sin que se altere un ápice su situación económica real, puede perder su pensión al computarse a partir del matrimonio los ingresos de su ahora cónyuge como ingresos de los que él disfruta dentro de la unidad económica. En este caso, y al resultar de peor condición quien constituye formalmente una familia que quien rechaza esta formalización matrimonial, podría plantearse que la norma infringe el artículo 39.1 de la Constitución que obliga a la protección jurídica y económica de la familia, infracción que es dudosa, ya que reitero que seguramente es más acertado realizar el balance del cumplimiento de este artículo de la Constitución por parte de los poderes públicos con una consideración conjunta de todas las contingencias del sistema de Seguridad Social, porque dicho mandato de protección de la familia no tiene por qué suponer una lineal conclusión de que en toda situación y circunstancia la familia matrimonial debe resultar favorecida, pudiendo admitirse altibajos en esta situación siempre que el balance global sea efectivamente favorable a la familia que la ley reconoce como tal; y si tal balance idealmente debería realizarse ponderando todos los instrumentos al alcance de los poderes públicos a los que el precepto se dirige como los instrumentos fiscales, los educativos, los de fomento, etc., y en materia de Seguridad Social debería realizarse un balance intergeneracional, como mínimo debe partir de una consideración conjunta de todas las contingencias, y en conjunto no puede afirmarse que las parejas de hecho resulten más favorecidas que las matrimoniales.

Podemos también contemplar la diferencia de trato que comentamos entre ambos tipos de parejas desde la óptica del primer inciso del artículo 14 de la Constitución: el principio de igualdad en el contenido de la ley. Tomando como término de comparación dos parejas: una pareja de hecho y una matrimonial, deberemos encontrar una justificación razonable a dicha diferencia de trato que sea proporcionada a la finalidad de la

Parejas de hecho y art. 14 CE.

[423] Un ejemplo comparativo de regulación de las parejas de hecho puede verse en la sección 4.(2) de la *Social Security Act* australiana de 1991-de carácter no contributivo- en la que una pareja es: o bien quienes están casados, salvo que se verifique que viven separadamente de forma indefinida; o bien quienes siendo de distinto sexo no están casados, se ha verificado que mantienen una relación similar a la matrimonial, superan la edad de consentimiento, y no son ascendientes descendientes o hermanos consanguíneos. La sección 4.(3) establece de forma detallada, tanto para las personas casadas como las que no, idénticos criterios de evaluación para determinar si forman una pareja (aspectos financieros compartidos, reparto de responsabilidades, actividad social común, relaciones sexuales y estabilidad del compromiso) SS-PAL, 1999.

norma^[424]. Dado que el respeto al principio de igualdad debe valorarse en cada caso teniendo en cuenta el régimen jurídico de las relaciones examinadas^[425], el legislador puede ofrecer el argumento de que sólo a partir del matrimonio el pensionista no contributivo tiene un derecho jurídicamente fundado en los artículos 142 y siguientes del Código Civil a recibir ayuda económica de su ahora cónyuge, y que siendo distinta su posición jurídica respecto a acceder estas rentas es razonable que se trate de forma distinta el cómputo de las mismas^[426]. Este argumento podía ser acogido aunque no era concluyente, porque este derecho a reclamar alimentos no deja de ser una expectativa que depende de la presencia y los medios de otras personas con derecho a recibir la ayuda del alimentista, o con una obligación concurrente de prestar alimentos^[427]; sin embargo en la actualidad ha disminuido su fuerza, ya que desde la aprobación de la ley catalana de parejas estables^[428] (a la que siguieron la ley aragonesa y la ley navarra^[429] de contenido muy similar), existen parejas de hecho que también tienen derecho a reclamar ayuda económica de su pareja y la obligación de contribuir a los gastos comunes^[430]. Si

[424] La STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo en su fundamento jurídico tercero la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señaló estos criterios para la evaluación del derecho a la igualdad, que han sido reproducidos en muchas sentencias posteriores.

[425] STC 209/1988, de 10 de noviembre.

[426] Las STC148/1986, de 25 de noviembre; STC 134/1996, de 22 de julio dicen: «no se puede exigir una igualdad de trato al legislador cuando trata de extraer consecuencias jurídicas diversas de situaciones que estaban originariamente en una situación jurídica distinta»; en la STC 109/1988, de 8 de junio se afirma que no hay entre parientes y personas ajenas a todo vínculo familiar situaciones equivalentes que permitan una comparación.

[427] Acerca de la pluralidad de sujetos en las obligaciones alimentarias: PADIAL, 1997, pág. 136 y ss.

[428] Ley 10/1998, de 15 de julio (DOGC de 23 de julio de 1998).

[429] Ley 6/1999, de 26 de marzo relativa a parejas estables no casadas (Boletín Oficial de Aragón de 6 de abril de 1999); Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables (Boletín Oficial de Navarra, de 7 de julio del 2000); respectivamente. La Ley de Navarra ha sido recurrida ante el Tribunal Constitucional por ochenta y tres diputados del Grupo Parlamentario Popular, recurso admitido por providencia de 31 de octubre del 2000 (BOE de 15-nov-2000). La Ley valenciana 1/2001, de 6 de abril (DOGV de 11-abr-2001) por la que se regulan las uniones de hecho, es únicamente un registro -uno más-; el preámbulo de la norma valenciana dice que está «a la espera de la referida extensión de la legislación civil».

[430] Artículo 4: *Gastos comunes de la pareja*

1.- Tienen la consideración de gastos comunes de la pareja las necesarias para su manutención y la de los hijos y las hijas comunes o no que convivan con ellos, de acuerdo con sus usos y su nivel de vida, y especialmente:

- a) Las originadas en concepto de alimentos, en el sentido más amplio
- b) Las de conservación o mejora de las viviendas u otros bienes de uso de la pareja
- c) Las originadas por las atenciones de previsión, médicas y sanitarias.

...

Artículo 8: *Alimentos*

Los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos con preferencia a cualquier otro obligado.

la finalidad del precepto está en considerar conjuntamente las rentas de todos aquellos que -además de convivir- tienen un derecho jurídicamente fundado a participar de tales rentas en caso de necesidad, cuando no exista la diferencia entre ambos tipos de pareja en cuanto a esta exigibilidad de la ayuda mutua, la diferencia de trato no resulta adecuada a la finalidad de la norma, y si alguna diferenciación podría existir -a falta de otro motivo- más bien debería ser en favor de la pareja matrimonial en razón de una especial protección derivada del artículo 39.1 de la Constitución^[431]. Asimismo, al existir en los ámbitos citados una configuración legal de la composición de las parejas de hecho, y de los procedimientos para acreditar de su existencia, ello hace desaparecer la dificultad que el Tribunal Constitucional señaló^[432] de que el artículo 18 de la Constitución, al impedir que se lleven a cabo indagaciones que afectan al ámbito de la intimidad, lo que provocaba una imposibilidad fáctica de probar las uniones. Debemos concluir, en consecuencia, que en la actualidad la diferencia de trato que se da en estas pensiones entre cónyuge y pareja estable puede ser contraria al principio de igualdad en determinadas situaciones^[433]. Si en los últimos años ha sido una constante en la jurisprudencia^[434] la aplicación a las parejas de hecho de normas que se referían a las parejas matrimoniales, cuando tales normas lo que buscaban era la protección del conviviente perjudicado por la situación de hecho, con mayor razón (la del art. 39 CE) el cónyuge matrimonial perjudicado en sus posibilidades de tutela social por haber contraído matrimonio con su pareja debería ver inaplicadas las normas que le perjudican.

En suma, se propugna la equiparación entre parejas de hecho y familia formalizada -en vía legislativa e interpretativa- siempre que exista una semejanza entre los derechos y deberes entre ambas situaciones ya que esta semejanza en ambos aspectos es lo que posibilita que sean recíprocamente términos válidos de comparación. Esta línea de equiparación tanto en derechos como en deberes es la que ha querido seguir la nueva

La ley
francesa del
Pacto Civil de
Solidaridad

Los anteriores artículos de la Ley 10/1998, de 15 de julio, son aplicables a las parejas estables heterosexuales. Para las parejas estables homosexuales reguladas el Capítulo II de dicha Ley, los artículos 23 y 25 establecen idénticas obligaciones, omitiendo la mención a los hijos comunes.

[431] En este sentido, VELASCO, 1992, página 201 del tomo I.

[432] STC 45/1989, de 20 de febrero; F.J. 6º.

[433] Esta argumentación es válida, mientras no sean aprobadas leyes con similar contenido por el parlamento español o por los parlamentos de otras comunidades autónomas con competencias en materia de derecho civil, para el 20 por ciento de la población española; ya que la finalización de la anterior legislatura hizo decaer las proposiciones de ley que proponían para todo el Estado una regulación similar a las aquí citadas.

[434] Véase la STS-1ª de 10-marzo-1998 (Ar.212) y las citadas en la misma.

ley francesa sobre el Pacto Civil de Solidaridad (PACS, en expresión usual francesa)^[435]: mediante esta ley (que modifica el Código Civil, el de Seguridad Social, el de Impuestos, el de Trabajo, el Estatuto de la Función Pública, y otras leyes) se regulan los efectos de formalizar con forma contractual una unión de hecho entre dos personas mayores de edad para organizar su vida en común; la ley establece entre ellos obligaciones de ayuda mutua y material, solidaridad en las deudas domésticas, tributación conjunta, indemnización de los perjuicios sufridos por la otra parte en caso de ruptura, y otros deberes y responsabilidades; junto a ello, se instituyen derechos (en igualdad con las parejas matrimoniales) en materia de asistencia sanitaria, prestaciones de viudedad, de orfandad y similares, de permisos de residencia para extranjeros, asignación por fallecimiento, donaciones, alquileres, etc. tras lo que es ineluctable seguir con otras equiparaciones en materia de pensiones^[436]. Es interesante observar dos aspectos de esta regulación francesa: en primer lugar, que el PACS no se dirige tan sólo a las parejas de hecho (que se estiman en cinco millones de personas en Francia), sino que además de las parejas homo- y heterosexuales es 'pacsable' también toda comunidad de vida en común cuya relación no tenga un componente de carácter sexual; y en segundo lugar que este Pacto es diferente al concubinato definido también en el Código Civil francés (artículo 515-8): en el terreno conceptual ambas figuras comparten dos elementos, pues se trata de dos personas mayores de edad que establecen una vida en común, pero el PACS tiene forma contractual y efectos registrales, mientras el concubinato es mera unión de hecho; los concubinos -con indiferencia de género- viven en pareja, mientras que en el PACS es «para organizar la vida común»; el PACS detalla causas y efectos de la ruptura del pacto (entre ellas el matrimonio previo o sobrevenido), el concubinato es un hecho nacido simplemente de una inicial voluntad de continuidad y estabilidad. El resultado final es algo complejo ya que de acuerdo con el Código Civil francés pueden darse seis situaciones tipificadas en el mismo: matrimonio, célibe que vive solo, célibes concubinos, célibe 'paseado', célibe concubino con un célibe 'paseado', y persona casada que vive en concubinato; a los efectos que comentamos, para los miembros de un PACS como para los matrimonios, la ley estatuye un semejante paralelismo entre deberes y derechos tanto en el ámbito privado como en el público, mientras que el concubinato es un hecho meramente tipificado y constatado, sin que para los insumisos a las dos primeras figuras raramente la ley establezca ninguna consecuencia jurídica.

[435] La Ley relativa al pacto civil de solidaridad fue adoptada definitivamente por la Asamblea Nacional el día 13 de octubre de 1999. Esta ley fue recurrida ante el Consejo Constitucional francés que la confirmó íntegramente en la sentencia (interpretativa) 99-419, de 9 de noviembre de 1999; cuyo texto íntegro puede consultarse en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99419/99419dc.htm>. El texto definitivo puede hallarse en el *Journal Officiel* de 16 de noviembre de 1999, y en <http://www.assemblee-nationale.fr/2/pdf/ta364.pdf>. Un resumen de las distintas posiciones políticas puede apreciarse en los debates finales y explicaciones de voto en PACS, 1999.

[436] Según reconocía la oposición al proyecto en palabras del diputado Pierre-Cristophe Baguet (UDF) en el debate del día 12 de octubre de 1999, la víspera de su aprobación definitiva.

En los Países Bajos^[437], y desde 1998, se han regulado las parejas de hecho bajo tres figuras jurídicas: el matrimonio, pareja registrada, y contrato de vida en común. Los efectos de registrar una pareja -del mismo o distinto sexo- son equivalentes a los del matrimonio, constituyen un estado civil, y sólo presenta diferencias en cuanto a las relaciones jurídicas de filiación; en especial, los miembros de la pareja registrada tienen obligaciones alimentarias mutuas, y entre ellos se crea por ley una comunidad universal de bienes y responsabilidades, que es posible modificar mediante capitulaciones. En cuanto a las relaciones jurídicas de Seguridad Social, no existe ninguna diferencia entre las parejas matrimoniales y las registradas, tanto en las prestaciones causadas por fallecimiento de uno de sus miembros, como en el reparto paritario de las cotizaciones en caso de disolución de la pareja. Si en los matrimonios y las parejas registradas los efectos jurídicos nacen de la ley y surten efectos para los miembros de la pareja y para terceras personas, en el contrato de vida en común las obligaciones mutuas nacen del contrato, y sus cláusulas no surten efectos ante terceras personas como la Seguridad Social, aunque la ley no excluye la posibilidad de que las Cajas de Jubilación o los Fondos de Pensiones puedan tener en cuenta tales contratos. Entre la regulación holandesa y la francesa es interesante observar un pequeño detalle: los extranjeros que deseen registrar una pareja en los Países Bajos deben estar en posesión de un permiso de trabajo o de residencia, ya que no se desea que registrar una pareja de hecho sea una vía para facilitar la obtención de estos permisos; en Francia, el hecho de suscribir un PACS es un elemento que favorece la obtención del permiso de residencia, y -a largo plazo- la nacionalidad francesa^[438].

La regulación neerlandesa de las parejas no casadas.

También en Suecia existen para las parejas tres situaciones jurídicas diferenciadas: el matrimonio, las parejas registradas y las parejas cohabitantes^[439]. El registro de parejas^[440] está previsto para dos personas del mismo sexo, aunque -como no se inquiere a sus miembros acerca de sus preferencias sexuales- su utilización es flexible, debiendo observarse que no se requiere que convivan, pero sí que por lo menos uno de sus

Tres situaciones en Suecia para las parejas no casadas.

[437] AKN, 2000. El día 12 de septiembre del 2000, el parlamento holandés aprobó, por 107 votos a favor y 33 en contra, una nueva ley que tras permitir a las parejas homosexuales casarse, divorciarse, adoptar, etc., aproxima más al matrimonio la figura de las parejas registradas. Esta ley entró en vigor el 1 de abril del 2001, y en el primer mes se celebraron 400 matrimonios de parejas del mismo sexo (CBS, 2001). Una traducción de esta ley (y enlaces con el texto original y otros concordantes) realizada por el Profesor KEES WAALDIJK, de la Universidad de Leiden, puede consultarse en WAALDIJK, 2001. Una explicación de las diferencias actuales entre las tres instituciones en MINJUSTNL, 2001.

[438] Para valorar esta distinta política migratoria, debe tenerse en cuenta que la densidad de la población en los Países Bajos es cuatro veces superior a la de Francia: unos 400 y 100 h/km², respectivamente.

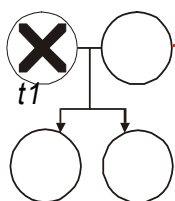
[439] El texto consolidado de las leyes suecas vigentes puede consultarse en la base de datos del parlamento *Riksdag* (el texto sólo en sueco, pero el motor de búsqueda está disponible en inglés): RIXLEX, 2001. Una visión de conjunto en inglés en FAMILYSE, 1998.

[440] Ley 1994:1117, de 23 de junio, *Om registrerat partnerskap*.

miembros sea ciudadano sueco^[441] y viva en Suecia; todos los efectos legales de tal registro son iguales a los de un matrimonio, salvo en las excepciones previstas para la adopción o custodia de menores, la inseminación artificial, o los efectos legales internacionales. La cohabitación^[442] de dos personas de igual o distinto sexo regula primordialmente el hecho de compartir domicilio y gastos domésticos; si bien no existe una obligación recíproca de sostenimiento como en el matrimonio, en bastantes aspectos se equipara el régimen de los cohabitantes al de los cónyuges, por ejemplo: a efectos fiscales y de Seguridad Social se equiparan la cohabitación a un matrimonio, y con especial énfasis si conviven con niños menores; debe tenerse en cuenta que la paternidad de parejas no casadas sigue un régimen especial, ya que un hijo de tal pareja se halla sólo en 'custodia' de la madre excepto si la pareja se halla registrada como cohabitante, siendo también necesario tal registro para la adopción de un menor. Entre las obligaciones legales previstas para los matrimonios queremos destacar, a los efectos de ilustrar alternativas en lo que se dirá en los párrafos siguientes, que los padrastros tienen una obligación de alimentos hacia los hijos aportados por su cónyuge, obligación que es subsidiaria a la que puedan recibir los menores de sus padres biológicos; y cuando los progenitores se separan, la regla general es que conservan de forma compartida la custodia de los hijos, pudiendo decidir -salvo oposición judicial o de los servicios de bienestar social- si los hijos vivirán en el futuro en casa de uno de los progenitores o alternativamente en casa de ambos.

Además de las parejas de hecho, debemos pensar que existen otras relaciones familiares

El padre o madre de hecho.



de hecho en las que se da la misma situación de convivencia que en una familia jurídicamente formalizada y entre sus miembros existen similares obligaciones jurídicas; el caso más simple^[443] es el padre/madre (o padrastro/madrastra) de hecho: quien establece una relación de pareja de hecho con otra persona que aporta uno o más hijos a la convivencia, y

-prescindiendo de que no sea su progenitor biológico- actúa de hecho como padre o madre de estos hijos aportados por su pareja de hecho. Esta situación no está prevista

[441] O nacional de un país equiparado por la Ley 2000:374 (daneses, islandeses, noruegos, etc.)

[442] Regulada en la Ley1987:232, de 14 de mayo, *Om sambors gemensamma hem*

[443] En los esquemas familiares se utiliza la siguiente simbología: las líneas horizontales representan relaciones de afinidad y las líneas verticales de consanguinidad. Las líneas continuas simbolizan relaciones formalizadas y las discontinuas relaciones de hecho. Una aspa denota desaparición del sujeto por cualquier causa. El beneficiario o solicitante se indica con la letra **B**. La evolución se representa con las leyendas t1, t2..etc. (tiempo 1, tiempo 2...).

El presente gráfico se leería así: Una pareja matrimonial con dos hijos, en tiempo 1 desaparece un progenitor (por muerte, divorcio, u otra causa), y en tiempo 2 el otro cónyuge establece una relación de pareja de hecho con otra persona que es el beneficiario de una pensión no contributiva.

específicamente en el Código Civil como tampoco las parejas de hecho^[444], pero sí se regula en la legislación civil catalana que establece que este padre o madre de hecho y su pareja tendrán las mismas obligaciones con los hijos comunes que con los no comunes^[445], y los hijos deberán asimismo contribuir equitativamente a los gastos familiares^[446], circunstancias que se reflejan en la normativa autonómica de protección social^[447].

Como sustitutos de los progenitores, otras personas pueden mantener relaciones similares a las paterno-filiales: los tutores de menores o incapacitados^[448] tienen respecto al tutelado obligaciones similares a las de un padre de familia^[449] pues deben educarlo, alimentarlo, administrar su patrimonio, y velar por su salud, si bien todo ello se realiza bajo la supervisión judicial. También las personas que acogen a un menor en virtud de alguna de las diversas instituciones de acogimiento familiar (transitorio, permanente, preadoptivo) mantienen con el menor una relación similar a la paterna como expresa claramente el artículo 173 del Código Civil: «El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral»^[450]; mediante la reciente ley de conciliación de la vida familiar y

La tutela y el acogimiento.

[444] Aunque guarda un cierto parentesco con las situaciones de guarda de hecho (artículos 303 y ss.) y con el acogimiento (artículos 172 y ss.)

[445] Artículos 4 y 23 de la Ley 10/1998, de 15 de julio (DOGC de 23 de julio de 1998).

[446] Artículo 146 de la Ley 9/1998, de 15 de julio (DOGC de 23 de julio de 1998).

[447] En la Orden de 16 de marzo del 2000 (DOGC de 8 de mayo del 2000) de ayudas a las familias con niños menores de tres años dice «también se consideran miembros de la unidad familiar el cónyuge o la persona que conviva maritalmente con el padre o la madre de los hijos, así como también los hijos no comunes que convivan con la familia...».

[448] Nos referimos aquí al supuesto de personas físicas. La tutela realizada por personas jurídicas (artículo 242 del Código Civil) presenta características distintas.

[449] Artículo 269 del Código Civil y, en general, todo el Capítulo II del Título X del Libro I de dicho Código. En los derechos forales se regula asimismo dicha institución, para Cataluña, véanse los artículos 167 y siguientes -en especial el artículo 207- de la Ley 9/1998, de 15 de julio (DOGC de 23 de julio de 1998). PADIAL, 1997, páginas 37-40 considera que el tutor está obligado sólo a 'procurar' los alimentos con cargo al patrimonio del tutelado no a prestarlos cargo al tutor.

[450] Similares disposiciones se hallan en las regulaciones autonómicas. Para Cataluña, véanse los artículos 10.2 -para el acogimiento simple en familia-, y 15 -para el acogimiento preadoptivo- de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre (DOGC de 17 de enero de 1992). Dichos acogimientos pueden realizarse en una familia ajena a la del menor o en el seno de la familia extensa, y se regulan por los artículos 54 y ss. del Decreto 2/1997, de 7 de enero (DOGC de 13 de enero de 1997) modificado por el decreto 1277/1997, de 27 de mayo (DOGC de 30 de mayo de 1997). En pro de una equiparación *de lege ferenda* del acogimiento y la filiación: TOROLLO, 2000 al hilo de la STSJ de Cataluña de 21-01-2000 (Ar.82) sobre prestación de orfandad denegada a un preacogido.

laboral de las personas trabajadoras^[451] se ha modificado el artículo 133 bis LGSS equiparando como situación protegida de maternidad las de acogimiento, tanto el preadoptivo como el permanente; por lo que parece indudable que existe un principio de equiparación jurídica entre las situaciones de acogimiento de un menor^[452] y las de filiación.

Las tres situaciones anteriormente descritas tienen en común que son situaciones de convivencia en las que existen unas obligaciones de ayuda mutua similares a las paterno-filiales; todas estas relaciones, en cuanto no están expresamente previstas en el artículo 144.4 de la LGSS, son irrelevantes para el cómputo de los ingresos de la unidad familiar^[453], y deben serlo, porque tratándose el cómputo de los ingresos de la unidad familiar de un requisito obstativo al disfrute de un derecho, la interpretación debe ser restrictiva, no pudiéndose establecer analogías que limiten el acceso al derecho más allá de lo que dijo el legislador. Podría pensarse que a esta situación nada hay que objetar, puesto que se mantiene la restricción al derecho en sus términos mínimos, y a nadie molesta que las personas que se hallen en estas situaciones^[454] puedan acceder a una pensión no contributiva sin que los ingresos de los que con él conviven por razón de afecto, tutela o protección le impidan o mengüen su pensión. Sucede, empero, que puede darse un supuesto que puede considerarse como contrario al principio de igualdad en relación al art. 39 CE: si en una de estas unidades de convivencia una persona disfruta de una pensión no contributiva, y se adopta o reconoce a la persona que se hallaba en acogimiento o tutela creándose una relación de filiación^[455], puede perderse o verse menguado el derecho a la pensión no contributiva que se había obtenido, sin que hayan cambiado ni la situación de convivencia ni las obligaciones

Convivencias
similares a la
paterno-filial y
artículo 14 CE.

[451] Ley 39/1999, de 5 de noviembre (BOE de 6 de noviembre).

[452] Distinto es el caso del acogimiento de personas mayores regulado en la Ley catalana 22/2000 de 29 de diciembre (BOE de 2-feb-2001): si bien acogedores y acogidos conviven en la misma vivienda, con el objeto de que los acogedores cuiden a los acogidos, les den alimentos y asistencia (art. 2.1), ello se hace a cambio de contraprestación (art. 2.3), mediante un «contrato de prestación de alimentos» (art. 4.3). Asimismo en la disposición final primera de la Ley catalana 11/2001, de 13 de julio (BOE de 28-ago-2001) se mencionan las prestaciones económicas relacionadas con la acogida familiar de personas mayores como servicio social.

[453] Y así lo entiende la STSJ de Andalucía-Málaga de 13-junio-1997 (Ar.2867) analizando un supuesto de convivencia del solicitante con su padre y el cónyuge de éste que no es madre ni biológica ni adoptiva del solicitante, sino madrastra.

[454] Téngase presente que pueden darse dos situaciones: la primera, que el sustituto de progenitor solicite una pensión no contributiva y que vea obstaculizado o menguado su derecho por los eventuales ingresos del menor acogido, tutelado o guardado; y la segunda, que el solicitante sea una persona mayor de incapacitada que se encuentre en acogimiento, tutela o guarda.

[455] La adopción de un mayor de edad o menor emancipado que, inmediatamente antes de su emancipación, hubiese convivido o hubiese sido acogido por el adoptante, es una situación prevista expresamente en el artículo 175.2 del Código Civil.

económicas recíprocas, haciendo de peor condición a quien es adoptado que al acogido, a quien es reconocido que al únicamente guardado, y ello -nuevamente- no parece acorde con el artículo 14 en relación al 39.1 de la Constitución.

Por otra parte, y como analizaremos con detalle más adelante, la convivencia de un [El cómputo de ingresos de quienes acogen.](#) perceptor de pensión no contributiva con su hijo recibe un trato más favorable que el de la convivencia con cualquier otra persona a los efectos de establecer el límite máximo de ingresos de los que puede disponer la unidad familiar. A quienes convivan no con su hijo sino con una persona a la que han acogido, y también quienes en lugar de convivir con su padre convivan con quien le acogió, se verán excluidos de dicho trato más favorable. Una vez más, si según el Código Civil (también según la legislación tributaria y la sanitaria) los derechos y deberes entre acogedor y acogido son iguales a las paterno-filiales, también deberían ser tratados de forma igual en su acceso a las pensiones no contributivas; más aún si tenemos en cuenta que en algunos casos, y por imperio de la ley, las relaciones de acogimiento no pueden transformarse en una relación de filiación adoptiva^[456]. Entre los argumentos en contra de la equiparación de ambas situaciones manifestadas por el IMSERSO hay uno que merece ser considerado: con posterioridad al acogimiento el acogido no tendrá obligaciones alimentarias hacia el acogedor, como las que existirían si en lugar de ser acogido fuese hijo natural o adoptivo; esta diferencia en el régimen jurídico parece fundamentar el trato desigual entre ambas situaciones, pero debemos observar que se está contraponiendo una diferencia en el régimen jurídico que en el futuro existirá entre acogedor y acogido frente a una situación real actual en la que no existe tal diferencia en las obligaciones mutuas; si en el jurisprudencia constitucional se ha repetido abundantemente que no puede alegarse que una norma infrinja un precepto de la Constitución en base a futuros comportamientos hipotéticos de una persona o Institución, de la misma forma no debería considerarse aceptable que el tratamiento desigual pueda fundamentarse en el régimen jurídico que en el futuro pudiese aplicarse, porque es también hipotético tanto que los sujetos que comentamos lleguen a este futuro, como que el régimen jurídico aplicable entonces sea desigual; si las obligaciones entre acogedor y acogido son iguales a las paterno filiales mientras el acogido es menor de edad, creemos deben equipararse ambas situaciones hasta la mayoría de edad del acogido, y cuando exista una situación distinta de hecho y de derecho -la mayoría de edad de todos los sujetos- aplicarse en aquel futuro momento un distinto tratamiento.

[456] Véase el caso de unos abuelos que convivieron durante años a su nieta en situación formalizada de acogimiento familiar, habiéndose suspendido la patria potestad de los padres; los abuelos no podían adoptar a la nieta por prohibir el artículo 175.3 del Código Civil la adopción de un descendiente por parte de un ascendiente; los abuelos acogedores perdieron la pensión no contributiva al no aplicárseles el límite de ingresos calculado como si conviviesen con una hija. JUSTICIAAR, 1997, Expte. DÍ-703/1997-6.

Es oportuno recordar ahora que el Tribunal Constitucional^[457] en la sentencia que alteró profundamente el régimen tributario por IRPF vigente en aquel momento, tras constatar el incremento de la capacidad económica que se producía por la vida en común, señalaba que ello puede predicarse «con carácter general a todos los sujetos que viven juntos: en primer término a los que conviven extramatrimonialmente *more uxorio*, formando ‘uniones de hecho’, pero no sólo a ellos sino a cuantos, sean o no parientes entre sí, viven en común sin excluir a los que, siendo miembros de la misma familia en el sentido propio del término, conviven con el núcleo de ésta que constituye la ‘unidad familiar’», concluyendo: «Genérase así un trato discriminatorio con respecto a los demás sujetos (pasivos del Impuesto sobre la Renta), y más concretamente los que viven en común, en ausencia de vínculo matrimonial, sin que este trato desigual aparezca justificado en aras de otro valor constitucionalmente protegido, como podría ser la protección de la familia que impone a los poderes públicos el art. 39.1 de nuestra Norma fundamental». El perjuicio que en ambos casos -tributando más entonces, obstaculizando la pensión ahora- se ocasiona a quienes se hallan formando una familia legalmente formalizada en comparación a las «familias de hecho» debe llevarnos a la misma conclusión: «la incompatibilidad de dicho régimen con el principio constitucional de igualdad, sin perjuicio de la legitimidad de medidas (fiscales) orientadas a la protección de la familia (art. 39.1 de la C. E.)».

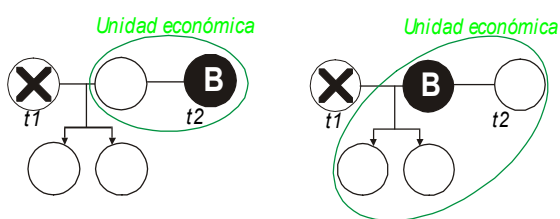
La doctrina constitucional en la STC 209/1988.

Tampoco forman parte de la unidad económica todos los parientes del beneficiario que lo sean por afinidad, salvo el cónyuge del mismo. Ciertamente que la obligación de alimentos establecida en el Código Civil se refiere únicamente a los parientes consanguíneos, sin embargo la exclusión en todo caso de los afines puede producir algunos efectos perturbadores como veremos a continuación.

Exclusión de parientes por afinidad.

Resulta interesante observar que, en estas situaciones de convivencia, la consideración

Hijos aportados a un matrimonio.

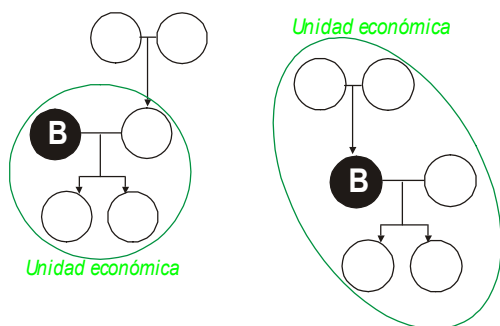


de quienes forman parte de una unidad económica familiar pueda cambiar según quien sea el beneficiario, es decir: que ante una misma realidad fáctica de convivencia, con gastos compartidos, los ingresos y rentas de los que conviven serán o no un

impedimento para la pensión según sea uno u otro el solicitante. Comparemos estas dos situaciones de hijo aportado a un segundo matrimonio: si el solicitante es el segundo cónyuge, sólo el otro cónyuge pero no los hijos que éste aporta forman parte de la unidad económica familiar; si el solicitante es el cónyuge que contrajo un segundo matrimonio, tanto los hijos que tuvo en el primer matrimonio como su nuevo cónyuge forman parte de la unidad económica familiar.

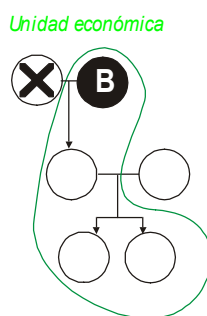
^[457] STC 209/1988, de 10 de noviembre.

Si una familia nuclear, en la que uno de sus miembros es pensionista no contributivo, ve como a sus progenitores -por su edad avanzada o por su estado de salud- les llega la hora en que no pueden llevar más una vida autónoma, y se plantean acogerlos en su casa -a pesar de que tal familia tendría escasos recursos económicos- se les puede plantear el dilema de que, dependiendo de cual sea de los progenitores el que acojan en la familia, los efectos sobre la pensión serán diversos, ya que los padres del beneficiario (parientes consanguíneos) computan en la unidad económica, mientras que los suegros del beneficiario (parientes por afinidad del beneficiario) no. Si uno de los objetivos buscados al diseñar la Ley de pensiones no contributivas era «favorecer la integración de las personas mayores en unidades familiares constituidas por sus hijos»^[458] no parece recomendable que en la decisión que tome la familia puedan introducirse valoraciones acerca de si acoger a unos padres resulta más perjudicial que acoger a los suegros^[459]; si padres y suegros tuvieran la misma repercusión en la unidad económica, estos razonamientos economicistas o no existirían o influenciarían en favor de acoger a aquellos progenitores que tuviesen los mínimos recursos económicos, lográndose el objetivo de que tuvieran mejor acogida quienes más necesitados se hallasen, porque éstos serían quienes alterarían en grado mínimo el cálculo de una pensión no contributiva.^[460]



Diferencia entre padres y suegros.

Como a sus progenitores -por su edad avanzada o por su estado de salud- les llega la hora en que no pueden llevar más una vida autónoma, y se plantean acogerlos en su casa -a pesar de que tal familia tendría escasos recursos económicos- se les puede plantear el dilema de que, dependiendo de cual sea de los progenitores el que acojan en la familia, los efectos sobre la pensión serán diversos, ya que los padres del beneficiario (parientes consanguíneos) computan en la unidad económica, mientras que los suegros del beneficiario (parientes por afinidad del beneficiario) no. Si uno de los objetivos buscados al diseñar la Ley de pensiones no contributivas era «favorecer la integración de las personas mayores en unidades familiares constituidas por sus hijos»^[458] no parece recomendable que en la decisión que tome la familia puedan introducirse valoraciones acerca de si acoger a unos padres resulta más perjudicial que acoger a los suegros^[459]; si padres y suegros tuvieran la misma repercusión en la unidad económica, estos razonamientos economicistas o no existirían o influenciarían en favor de acoger a aquellos progenitores que tuviesen los mínimos recursos económicos, lográndose el objetivo de que tuvieran mejor acogida quienes más necesitados se hallasen, porque éstos serían quienes alterarían en grado mínimo el cálculo de una pensión no contributiva.^[460]



Cuando en una familia conviven tres generaciones se puede producir la contradicción de que integren la unidad económica las generaciones más alejadas pero no toda la generación central, porque los nietos forman una unidad económica con el abuelo, sin embargo un progenitor que alimenta a estos nietos no se integra en dicha unidad. Ciertamente los nietos tienen una

Tres generaciones convivientes.

[458] 5º párrafo del epígrafe III de la Exposición de Motivos de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre (BOE de 22 de diciembre de 1990).

[459] Puede parecer doloso que alguien se plantee si acoge o no a sus padres en función de las repercusiones económicas. Sería deseable que ello no fuera así, y mejor aún, que nadie se hallase en tal situación de necesidad que le impulsase a hacerlo. Parece prueba suficiente de que tales consideraciones o existen o se sospecha que existen, el hecho de que el Tribunal Supremo haya tenido que recordar que no puede presumirse la existencia de una alteración fraudulenta de la composición familiar para obtener pensiones no contributivas. STS de 17 de marzo de 1997 (Ar.2562)

[460] Si bien las decisiones de convivir con unos u otros familiares pueden verse influidas por muchos más factores que los económicos, no debemos ignorar la coincidencia de que el número más elevado de jubilados que viven solos o únicamente con su pareja, se da justamente en los países que aseguran a prácticamente toda su población una pensión mínima suficiente. HAUSER, 1997, página 7.

obligación alimentaria respecto a sus ascendientes -el abuelo- pero también la tienen respecto a su padre y a su madre y a ellos con prioridad; el padre tiene obligaciones alimentarias respecto a sus hijos y hacia el abuelo, pero también y prioritariamente hacia su cónyuge^[461], lo que resulta contradictorio con la exclusión del cónyuge, que en este caso es pariente por afinidad del abuelo-beneficiario. En el ejemplo que comentamos de un abuelo beneficiario que convive con su hijo y su cónyuge y con sus nietos, resulta que aunque el cónyuge excluido sea millonario, la unidad económica carecerá de recursos a efectos de una pensión no contributiva, y viceversa, si el cónyuge excluido carece de recursos, la ley presupone que comparten los escasos recursos quienes forman la unidad económica: abuelo, padre e hijos, con olvido de las necesidades del cónyuge excluido de la unidad familiar. Se aprecia en este caso que la regulación de la unidad económica realizada en la regulación de las pensiones no contributivas ni ha seguido los criterios civiles de las obligaciones alimentarias entre parientes, ni ha reflejado la realidad de la comunicación patrimonial que se produce en los casos de convivencia entre parientes cercanos.

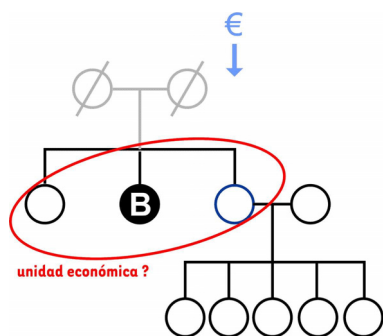
Aún cuando convivan con el beneficiario o solicitante de una pensión no contributiva, los parientes en grado superior al segundo no forman parte en ningún caso de la unidad económica familiar; el legislador parece que no ha querido en este caso que el hecho de acoger a un familiar relativamente lejano -y al que en algunos casos no se tiene jurídicamente obligación de alimentarlo- no represente un impedimento o mengua respecto al derecho a una pensión no contributiva. A los efectos de una pensión no contributiva la convivencia de quienes sean parientes por afinidad -salvo el cónyuge- y por consanguinidad en grado superior al segundo debemos equipararla a la convivencia de quienes no tengan ninguna relación de parentesco. De entre las situaciones de convivencia entre personas sin parentesco podemos examinar dos casos: los grupos reducidos cuasi-familiares y la convivencia en grupos amplios.

Otros convivientes no relevantes.

^[461] Los artículos 144 y 145 del Código Civil regulan el orden de prioridades en la prestación de alimentos entre parientes.

En una reciente sentencia del Tribunal Supremo^[462] se analiza un caso en el que convivían

Una sorprendente solución en la jurisprudencia.



con el beneficiario ocho personas más: la hermana, el hermano, la cuñada, y cinco sobrinos, todos ellos -pues- parientes del beneficiario aunque en grados distintos; inicialmente la entidad gestora denegó la pensión al beneficiario por cuanto los ingresos de su hermano hacían superar a la unidad económica el nivel de ingresos máximo definido en la ley, sin embargo el beneficiario obtuvo su pensión gracias a una novedosa^[463] interpretación que merece ser comentada. Tras la

descripción del periplo judicial, el tribunal constata que «la solución desde la mera literalidad de los preceptos reguladores de esta materia sería claramente negativa» ya que la unidad económica familiar según el art. 144.4 LGSS la formarían los tres hermanos, que son los que conviven y son parientes consanguíneos en segundo grado, quedando fuera de tal unidad familiar la cuñada y los sobrinos del beneficiario por ser parientes más lejanos o por afinidad; los ingresos del conjunto de estos tres familiares -constituídos únicamente por las rentas del hermano del beneficiario- superaban ampliamente el límite máximo de ingresos para una unidad económica familiar de tres personas. El tribunal comenta que según el diseño legal de estas prestaciones se hace de peor condición a quien es acogido por un familiar que a quien es acogido por una institución de beneficencia, ya que en el primer caso los ingresos de los familiares acogedores se hacen repercutir en la pensión del interesado, y en el segundo no sucede tal cosa, y ello se estima contrario a los intereses particulares del beneficiario así como al interés público^[464]; asimismo la Sala afirma ser consciente de que en la variada casuística de situaciones de convivencia familiar o no familiar existentes, la solución que aplica «no siempre servirá en toda su amplitud» fundamentalmente cuando otros miembros convivientes aporten unos recursos tales que pudiesen representar una autosuficiencia financiera que permitiría decir que no existe «ninguna situación de necesidad» (económica, se entiende), y realiza una operación de cálculo que no viene

[462] STS de 19-dic-2000 (Ar.829/2001).

[463] El Tribunal Supremo cita en su apoyo a otras dos sentencias anteriores que tratan también de pensiones no contributivas: la STS de 16-jul-1994 (Ar.6671) y la STS 8-jun-1995 (Ar.4770); sin embargo, debe tratarse de un error mecanográfico al redactar la sentencia, ya que tales sentencias de apoyo no tratan ningún caso similar ni dicen lo que se alega, sino que ambas se refieren a solicitantes viudas con un hijo, y en ambos casos se deniega la pensión por superar los ingresos personales de la beneficiaria -que percibe una pensión contributiva de viudedad- el importe de la pensión, a pesar de que el conjunto de la unidad familiar tiene escasos ingresos.

[464] Lo cual es sólo parcialmente cierto a nuestro entender, ya que esta afirmación comentada se basa en un incumplimiento habitual de la ley: no se cuantifica -para repercutirlo- el coste de los bienes no dinerarios que se proporcionan a un pensionista (art. 144.5 LGSS). El difícil, imposible o inconveniente control de tales bienes se comenta con más amplitud al analizar los conceptos de renta computables.

regulada en la ley ni era necesaria para la resolución del caso: divide los ingresos por el total de convivientes^[465] sin distinción de grados, para constatar que la renta *per cápita* resultante sería muy inferior al importe de una pensión no contributiva; se asegura así el Tribunal de que su decisión no atenta a la justicia material, a la que contempló sin duda para aplicar su solución. Parte la sentencia de la existencia del conocido doble requisito de carencia de rentas suficientes: como regla general, el interesado debe carecer de ellas, y -como regla excepcional aunque se cumpliera la anterior- la unidad de convivencia también debe carecer de ingresos suficientes; siendo integrantes de la unidad económica protagonista de este último requisito aquellos convivientes que se hallan obligados a prestar alimentos al interesado, de acuerdo con el art. 143 del Código Civil. Interpreta seguidamente el Tribunal que «cuando la convivencia se produce con personas no vinculadas por aquella obligación de alimentos, no existe razón alguna por la que aplicar las reglas de la excepción» y «por lo tanto habrá que volver a la regla general, o sea, a contemplar al presunto beneficiario en su individualidad». En el caso enjuiciado, como el solicitante de la pensión no tenía ingreso adicional alguno, se le concede la pensión, prescindiendo -por consiguiente- de toda consideración en cuanto al cálculo de la misma de los ingresos de los familiares que con él convivían. Así formulada la regla citada textualmente parece certera, si no fuese porque juega con una ambigüedad: se refiere a la convivencia con personas no obligadas con el alimentista sin precisar si se refiere a que 'solo' con personas no obligadas -en cuyo caso la regla es inobjetable-, o si se refiere a que la convivencia sea 'también' con personas no obligadas; en este último caso la mera presencia en una unidad económica familiar de una o más personas que no se hallen obligadas a prestar alimentos al pensionista supone la derogación de todas las reglas de cálculo de las rentas de la unidad económica, y esto -que es lo que sucede en el caso de autos- entendemos que no es lo que dice la ley ni lo que quiso decir el legislador, ya que entendemos que equiparar las unidades familiares 'mixtas' (de miembros computables y no computables) a la ausencia de unidad económica de convivencia no es lo pretendido en el art. 145.3 LGSS. Cuestión distinta es que de *lege ferenda* deba solicitarse -entre otros aspectos- o la supresión del cálculo de rentas de la unidad económica, o la modificación del mismo, que -cuando menos- debería tener en cuenta los criterios tradicionales de prioridad y proporcionalidad en el derecho de alimentos que fueron ignorados por el legislador de la ley 26/1990, y que figuran en los artículos 143 a 152 del Código Civil; en efecto, no puede presumirse que puede atenderse a un familiar más lejano -aunque sea inválido o anciano- con olvido de las obligaciones alimentarias concurrentes y prioritarias hacia la familia más cercana, por

[465] En los hechos probados se menciona a cinco sobrinos del beneficiario, a los que además se identifica por su nombre; el Tribunal Supremo habla sólo de tres y considera que los convivientes son siete y no nueve; tal discrepancia -que no altera nuestro análisis en el fondo- puede deberse a un error mecanográfico, o a una alteración en el número de convivientes durante el largo proceso: cinco años y ocho meses entre la solicitud inicial y la sentencia definitiva.

lo que debería limitarse a una cuota-parte el aprovechamiento que se presume beneficia al pensionista con los ingresos de los que con él conviven.

Desde el día 9 de enero de 1999 rige en Cataluña una regulación^[466] de lo que la ley llama «situaciones convivenciales de ayuda mutua» consistentes en relaciones de convivencia de personas mayores de edad, sin parentesco en línea recta ni vínculo matrimonial ni de pareja, que pueden ser parientes en la línea colateral o relacionarse por simple amistad o compañerismo, con voluntad de permanencia y ayuda mutua, siempre que el número de convivientes no sea superior a cuatro; para tales situaciones de convivencia, mientras la ley ha regulado determinados efectos en el momento de la extinción de la convivencia (subrogación de alquileres, pensiones compensatorias, y pensiones alimentarias), la regulación de la convivencia es absolutamente libre en la forma y en el fondo, sin que se establezcan obligaciones alimentarias durante el período de convivencia. Aunque la previsión de compensaciones para cuando cesa la convivencia supone el reconocimiento de la existencia de una previa comunicación patrimonial entre los convivientes, tal unión patrimonial -común a toda situación de convivencia- no tiene carácter de obligación, por lo que no puede parificarse con las relaciones de parentesco cercano. Por otra parte, podemos observar que en dicha ley catalana al regular las transmisiones *mortis causa* entre los integrantes de estas situaciones de convivencia, los asimila a los parientes del grupo III de la Ley del impuesto de sucesiones y donaciones, es decir: a los parientes colaterales de segundo y tercer grado y ascendientes y descendientes por afinidad, relaciones de parentesco que tampoco integran la unidad económica a los efectos de las pensiones no contributivas.

Convivientes
cuasi-
familiares.

Existen en nuestra sociedad diversos casos en que un grupo numeroso de personas reside en un mismo lugar durante bastante tiempo. En algunos casos tal residencia común deriva de una fuerza mayor externa a la voluntad de los sujetos (internamiento sanitario, reclusión penal) o bien tiene una causa profesional (militar, construcción, agricultura, extractiva, marítima, etc.). Como ya se dijo anteriormente, esta residencia común no puede calificarse de convivencia en la medida que no se produce una comunión patrimonial recíproca de los ingresos o rentas que obtenga cada residente, sino sólo un reparto circunstancial del espacio residencial y una utilización común de servicios. Algunas de estas situaciones de convivencia han sido objeto de controversia en sede judicial, por lo que las examinaremos con más detenimiento.

Grupos que
residen en el
mismo
domicilio.

^[466] Ley 19/1998, de 28 de diciembre (DOGC de 8 de enero de 1999).

Habría razones para estimar justificada una exclusión legal expresa de quienes, se hallan ya a cargo de los poderes públicos por estar en situación de prisión^[467], dado que le consta a la Administración la satisfacción de sus necesidades vitales; esta posibilidad se halla expresamente autorizada en algunos instrumentos internacionales ratificados por España^[468]; aunque debemos recordar que tal exclusión no se halla expresamente recogida en nuestra LGSS, si bien podría estarlo si se justificase por la causa referenciada de percepción constatada de medios de subsistencia suficientes (como analizaremos más adelante al examinar el cómputo de las rentas), y no porque tal situación excluya a la persona del sistema de Seguridad Social. Para quienes se hallan en prisión, el artículo 25.2 de la Constitución prevé su derecho a «los beneficios correspondientes de la Seguridad Social», expresión que puede interpretarse como referida a los beneficios que pudiesen corresponder al trabajo remunerado que se menciona inmediatamente antes, y también como todos los beneficios que puedan corresponder al recluso de acuerdo a su situación personal. En todo caso, el penado no deja de ser un ciudadano que ve recortado parcialmente sus libertades pero sólo en aquello a lo que alcance el fallo condenatorio, no en su derecho a la Seguridad Social que alcanza a todos (41 CE); de la misma forma que prestaciones contributivas se siguen percibiendo por quien ha ingresado en prisión^[469] (desempleo con responsabilidades familiares^[470], incapacidad temporal^[471], incapacidad permanente^[472]) o se pueden causar prestaciones por muerte

Los que conviven en prisión.

[467] Como lo realiza para las detenciones superiores a un mes, el artículo 2.4) de la Ley luxemburguesa de ingreso mínimo garantizado; y según el artículo 5.3) quienes se hallen en prisión tampoco forman parte de la unidad familiar a partir del mes de internamiento: Texto refundido de 20 de enero de 1995, consultable en http://www.etat.lu/MSS/snas/mg_11f.htm . En la Seguridad Social australiana algunas prestaciones no pueden percibirse mientras el beneficiario se halle en prisión o internamiento psiquiátrico por razones penales; sin embargo, el pago puede ser desviado a su cónyuge o sus hijos, si existen y se hallaban a cargo del reo: *Social Security Act* de 1991, capítulo 3.13.1158 y 1159; puede ser consultado en SS-PAL, 1999. Las pensiones no contributivas de invalidez finlandesas no se pagan mientras el beneficiario se halla al cuidado de una institución por un tiempo superior a los tres meses, y ello a pesar de que estas pensiones se pagan con independencia de la situación financiera del beneficiario ya que se considera que se pagan como compensación por las penalidades, necesidades y los costes vitales en que incurren los beneficiarios debido a su handicap: STS-SOCIAL, 1997. En el Reino Unido, se prevé la suspensión o denegación de prestaciones cuando el beneficiario se halla detenido por la comisión de un delito, inclusive por violación de las leyes de inmigración: OIT, 1999, nota 28 al capítulo 4.

[468] Vease el artículo 69 del Convenio 102 de la OIT de 1952: norma mínima de la Seguridad Social (BOE 30-abr-1977); o el artículo 32.1 b) del Convenio 128 de la OIT, de 1967 (prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes) que autorizan a suspender el pago de la prestación de Seguridad Social mientras el interesado se halle mantenido con cargo a fondos públicos.

[469] Sobre este tema, véase BARRIOS, 1998.

[470] Artículo 212.1.c) LGSS.

[471] STSJ de Cataluña de 9-3-1996 (Ar.629); y de 7-9-1995 (Ar.3518).

[472] STSJ de Navarra de 27-2-1998 (Ar.734).

y supervivencia^[473] durante tal situación, las pensiones no contributivas deben poder percibirse si se cumplen los requisitos que la ley exija para causar la prestación correspondiente a las contingencias tuteladas.

En algunos casos estas situaciones de convivencia numerosa la integran personas que pertenecen voluntariamente a una asociación de marcado carácter religioso o ideológico^[474], en los estatutos de la cual se prevé que sus miembros ceden al grupo todas las rentas personales que pudiesen obtener, y puede plantearse si tales personas integran una unidad económica a los efectos de obtener una pensión no contributiva, asimilando tales situaciones de convivencia a las familiares. Aunque sus miembros se llamen entre sí hermanos, hermanas, padre, o madre, de acuerdo con nuestro derecho de familia no puede tomarse en consideración el llamado «parentesco espiritual» que rige exclusivamente en el ámbito del derecho canónico^[475]; en todo caso, ni son parientes consanguíneos ni han contraído matrimonio, por lo que no se integran en ninguna unidad económica tal como viene descrita en el artículo 144.4 LGSS, sin que -repetimos- pueda expandirse por analogía^[476] tal institución restrictiva al acceso a una pensión más allá de lo expresado en la ley, ni presuponer una exclusión de tales personas que no se formula en la ley^[477].

Convivientes por razones ideológicas.

La exclusión de los profesos en religión del derecho a percibir pensiones tiene su raigambre en la recepción por el ordenamiento jurídico de las prescripciones canónicas

La histórica exclusión de los profesos en religión.

[473] STS de 12-11-1996 (Ar.8556); STSJ de Castilla y León-Burgos de 1-2-1999 (Ar.703).

[474] Para hacerse una idea de la amplitud de estas situaciones debe tenerse en cuenta que en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia, a 1 de enero de 1998 estaban inscritas 11.651 entidades en la Sección Especial en el que se hallan inscritas únicamente las confesiones con «notorio arraigo» (católica, evangélica, judía e islámica), y 329 en la Sección General (otras confesiones o comunidades), además de las 153 fundaciones canónicas católicas inscritas en la Tercera Sección: JUSTICIA, 1999.

[475] Por ejemplo, la relación de los padrinos con sus ahijados (regulada en el Código de Derecho Canónico: canon 872 a 874 para los del bautismo, y canon 892 y 893 para los de la confirmación), no puede asimilarse a la relación civil de padres e hijos o a la de tutor y pupilo..

[476] Por vía de analogía se fundamentaba la exclusión de los clérigos del sistema contributivo al considerarlos como si fuesen parientes y convivientes del empresario empleados en su negocio, excluidos -por consiguiente- en virtud del antiguo art. 7.2 LGSS: DOLE, 1976, con cita de BAYÓN.

[477] A diferencia de lo que ocurría en las prestaciones FONAS, creadas -antes de la Constitución- por la Ley de 21 de julio de 1960 y suprimidas por Real Decreto Ley 5/1992, que excluían a quienes pertenecieran a comunidades, instituciones, órdenes u organizaciones religiosas que, por sus reglas o estatutos, estuviesen obligados a prestar asistencia a sus miembros; así como también a quienes tuviesen familiares obligados a tenderlos en virtud del derecho de alimentos establecido en el Código Civil.

del voto de pobreza^[478] y ha contado con el respaldo social de quienes rechazaban tal pobreza voluntaria equiparándola a la enfermedad buscada^[479]. Los precedentes más modernos^[480] los hallamos a mediados del siglo XIX^[481], cuando el artículo 20 de la Real Orden de 26 de diciembre de 1831^[482], y el artículo 6 de la Ley de 26 de mayo de 1835 restringen a las profesas la percepción de haberes pasivos por orfandad, entre otras limitaciones civiles para dificultar la acumulación de bienes de los monasterios; estas limitaciones fueron abolidas en la época liberal por los artículos 2 de la Ley de 11 de mayo de 1837^[483], y el artículo 29 de la Ley de Presupuestos de 26 de mayo de 1835^[484], y la Ley de 22 de julio de 1837^[485]. La plenitud de derechos civiles en materia prestacional se vio truncada nuevamente a finales de la época franquista; mientras que el artículo 7 del Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955^[486] no dice nada para la viudedad SOVI, los artículos 11 y 21.1 de la Orden de 13 de febrero de 1967^[487] incorporaron el tomar estado religioso como causa de extinción de una pensión, y debe entenderse derogada desde la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978. Ciertamente puede existir en estos casos una convivencia con comunidad de vida y de patrimonio^[488] 'en comunidad' pero no 'en familia', por lo que es una convivencia irrelevante a los efectos de la unidad económica, como lo es la convivencia de un sobrino con sus tíos, o la de

[478] MOTILLA, 2000, página 93.

[479] En el Siglo XVI, el duque Cristobal de Württemberg argumentaba al Concilio de Trento contra el voto de pobreza diciendo que quien por su clase es pobre, debe soportarlo, pero que si promete seguir siéndolo, hace lo mismo que si jurase estar siempre enfermo o tener mala fama. WEBER, 1979, página 226.

[480] Para una visión detallada de la historia de los sistemas de protección social del clero y miembros de comunidades religiosas: VIDAL, 1996, páginas 244 y siguientes.

[481] Una época caracterizada por la brutalidad y la mediocridad del poder: VILAR, 1963, página 79.

[482] Real Orden de 26 de diciembre de 1831, Instrucción para la declaración de viudedades y pensiones: ALCUBILLA, 1894, página 26 del Tomo VII.

[483] Ley de 11 de mayo de 1837, Pensiones: su reconocimiento y clasificación de las existentes: ALCUBILLA, 1894, página 29 del Tomo VII.

[484] Ley de Presupuestos de 26 de mayo de 1835, Disposiciones generales acerca de clases pasivas: pensiones por motivos inmorales: a dependientes y criados de palacio, etc: Cesantías, viudedades, orfandades, jubilaciones, etc. ALCUBILLA, 1894, páginas 27 y ss. Del Tomo VII.

[485] Ley de 22 de julio de 1837, Pensiones de exclaustrados: ALCUBILLA, 1894, página 30 del Tomo VII.

[486] BOE de 23 de octubre de 1955.

[487] BOE de 23 de febrero de 1967.

[488] Puede existir, pero no siempre se produce. Como recuerda una circular del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de fecha 28 de mayo de 1985, los religiosos realizan tareas 'en comunidad' y 'para la comunidad' pero tal comunidad no está limitada por un espacio material en el que residen sino que, de acuerdo con el Derecho Canónico (CIC: canon 608), la integran el conjunto de religiosos 'adscritos a una casa'. MOTILLA, 2000, página 103; y LÓPEZTAPIA, 1987, página 12.

otras personas sin parentesco entre ellas; considerar de forma especial a estos supuestos de convivencia en el caso de un determinado movimiento religioso sería contrario a las disposiciones de la LGSS, y a la propia Constitución, ya que se estaría diferenciando entre dos situaciones de convivencia entre extraños, exclusivamente en razón de la afinidad religiosa de los convivientes -para lo cual, además, sería necesario haber inquirido a los solicitantes sobre sus creencias- para negarles el acceso a una protección social, lo que sería contrario a la neutralidad religiosa del Estado y a la libertad religiosa protegida por el artículo 16 de la Constitución y el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos^[489]. No obstante, si bien las mutuas promesas de obediencia^[490] y manutención^[491] deben ser consideradas por el ordenamiento jurídico como pactos privados entre personas con plena capacidad de obrar, la misma neutralidad religiosa del Estado obliga a que los bienes o ingresos que tales personas pudiesen percibir no reciban ningún trato excepcional, por lo que deberán ser computadas íntegramente entre los ingresos del sujeto solicitante de una pensión, sin distinción de si dichos ingresos han sido pagados por su diócesis como contraprestación de su dedicación al ministerio eclesiástico, o lo han sido por cualquier otra persona o entidad para la que hayan prestado sus servicios laborales. En este sentido, el baremo de 1999 para evaluar el grado de minusvalía -que examinaremos con atención más adelante- ha introducido en el apartado 3 del anexo 1.B varias notas aclaratorias a la valoración de la situación de empleo, la cuarta de las cuales dice: «Las amas de casa, religiosos, drogodependientes, etc. serán asimilables a las condiciones exigidas a la población en general», al margen de que no aparece claro de que sea en estos casos y no en otros cuando se precise la nota aclaratoria, ésta refuerza lo que hemos expuesto acerca de que el profesar una religión -cualquiera que ésta sea- no es un criterio de distinción válido en el cumplimiento de los requisitos para acceder a una pensión no contributiva.

[489] Adoptado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (*vid.* BOE 30-abr-1977). Según el comentario oficial a dicho artículo realizado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 20 de julio de 1993, deben protegerse igual las creencias deístas, las no deístas, las ateas y el no profesar ninguna religión o creencia; prohibiéndose toda coacción, entre las que se incluirían las políticas o prácticas que restrinjan el acceso a la educación, a los servicios médicos, al empleo o a otros derechos, JUSTICIA-PACTOS, 1999. El desfavorecer el acceso a una pensión social sería una forma de coacción.

[490] «*Clerici speciali obligatione tenentur Summo Pontifici et suo quieque Ordinario reverentiam et obedientiam exhibendi*» Canon 273 del Código de Derecho Canónico de 1983. Su manifestación pública se realiza en el acto de ordenación de diáconos y presbíteros asintiendo a la pregunta «¿prometes respeto y obediencia a tu obispo?» RITUAL, 1997. § 153 y 269

[491] Dice el canon 281.1 del Código de Derecho Canónico de 1983: «*Clerici, cum ministerio ecclesiastico se dedicant, remunerationem merentur quae suae conditioni congruat, ratione habita tum ipsius muneris naturae, tum locorum temporumque condicionum, quaque ipsi possint necessitabus vitae suae necnon aequae retributioni eorum, quorum servitio egent, providere*».

Cuestión distinta es que una de las organizaciones religiosas existentes en nuestro país, la católica, tenga un peculiar tratamiento jurídico^[492] que la exime de pagar impuestos directos e indirectos en la mayoría de situaciones en las que el resto de ciudadanos sí deben satisfacerlos, a la vez que recibe de las Administraciones Públicas cuantiosas ayudas económicas^[493]. En otras partes de este estudio ya se argumenta acerca del equilibrio entre obligaciones y derechos, y asimismo se propone que -tanto para las prestaciones contributivas como para las no contributivas- se exija el haber pagado los impuestos que se deban, con el mismo rigor con que se solicita el pago de cotizaciones para causar una prestación contributiva; el trato igual que aquí propugnamos en cuanto al derecho a percibir una prestación de protección social por todos quienes profesan una religión, puede ser un argumento más en pro de la necesidad de cambiar el marco normativo que afecta singularmente a esta organización religiosa; el cual no debe ser un impedimento para la universalidad subjetiva de nuestro sistema de Seguridad Social, porque ambos criterios: contribuir todos según la capacidad, y recibir todos según la necesidad, son los que figuran en nuestra Constitución (arts. 31.1 y 41 CE).

Las exenciones fiscales a la iglesia católica.

Un problema peculiar es si es posible estimar que existen situaciones de simultaneidad de convivencias en distintas unidades familiares. Estas situaciones de pluriconvivencia, que pueden referirse tanto al beneficiario de una prestación como a los miembros de la unidad familiar, pueden existir porque las personas no cambian de unidad de convivencia en un día prefijado y uniforme, y si bien la convivencia es un hecho que se da en cada instante, y las personas viven en un sitio o en un otro, la evaluación de si ha existido convivencia entre dos personas debe realizarse siempre considerando un determinado período de tiempo, y sea cual sea el período que se escoja para realizar tal evaluación siempre podrá haber quien haya cambiado de unidad de convivencia una o más veces durante tal período: si, por ejemplo, tomamos el mes como período de referencia, quien haya cambiado de unidad de convivencia a mediados de mes puede afirmarse que ha convivido en dos unidades familiares. Puede afirmarse que ha existido convivencia en dos unidades familiares por dos razones: en primer lugar, porque el hecho de la convivencia se ha producido durante el período de evaluación, y aunque podría oponerse el argumento de que tal convivencia no se ha producido durante todas

¿Es posible la convivencia en más de una unidad familiar?

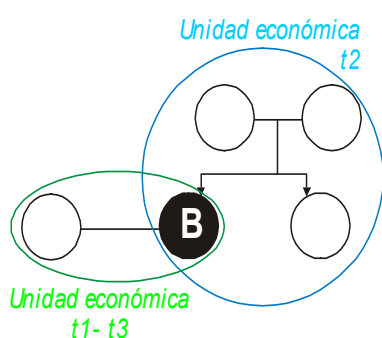
[492] Basado en tratados bilaterales que le confieren la intangibilidad prevista en el art. 96 CE. Las principales normas: son el Concordato con la Santa Sede de 27 de agosto de 1953 (BOE de 19-oct-1953 y 19-nov-1953 -fue publicado dos veces-); y tres Acuerdos, de fecha 3 de enero de 1979, ratificados el 4 de diciembre de 1979 (BOE de 15-dic-1979). Tales normas se complementan con otras muchas, algunas de carácter internacional (por ejemplo: Canje de notas de 4 y 6 de junio de 1957; BOE de 12-jul-1957, sobre prerrogativas procesales), o de carácter interno (por ejemplo: la Disposición Final Cuarta de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre; BOE de 19-dic-1987, sobre exenciones fiscales a los incrementos de patrimonio). Acerca de los límites a tales exenciones, véase la STS-3a de 16-jun-2000 (Ar.2530).

[493] Unos 586.000 millones de pesetas anuales (3.521,93 millones de €) según cálculos de BEDOYA, 2001, sin incluir el coste de las exenciones fiscales que cifra en «decenas de miles de millones más».

y cada una de las subdivisiones de tal período (los días, las semanas, o las quincenas de dicho mes), entonces estaríamos adoptando otro período temporal como referencia y podríamos reproducir la argumentación para quien haya cambiado a media quincena, a media semana, a medio día o a la media hora. La segunda razón es que negar que se haya producido una pluralidad de convivencia es una opción peor, ya que una segunda posibilidad sería considerar que únicamente se ha convivido en una de las unidades familiares y tomar aquella de las dos en la que haya convivido más tiempo, el problema radica en que esta opción ni tiene apoyo normativo para desprestigiar la -aunque parcial, existente- convivencia en una de las unidades familiares, ni sirve en todos los casos, pues siempre es posible que exista igualdad en los períodos de convivencia y siempre precisaremos de otro criterio para eliminar una de estas situaciones de convivencia de igual duración, o deberemos afirmar que son posibles dos o más convivencias dentro de un determinado período. Y una tercera opción consistiría en rechazar que pueda computarse ninguna de las dos situaciones de convivencia en base a la coherencia con el período de tiempo adoptado, o sea, tomando como ejemplo para evaluar la convivencia el período de un mes (pero el ejemplo puede repetirse tanto en un milisegundo como un año) sólo quien hubiese convivido durante todo este mes sería relevante para su evaluación económica, y la convivencia durante períodos inferiores sería igual a que no se hubiera producido; el problema de esta tercera opción es que conduce a un resultado absurdo: si un beneficiario convive quince días con una familia y quince días en otra se le dice que no ha convivido con nadie durante todo el mes, y solo hará falta que vaya repitiéndose varias veces este cambio de convivencia para que nos alejemos totalmente de la realidad al negar indefinidamente que conviva con alguien quien nunca está solo.

Una técnica existente para evitar estos conflictos es la de la «fecha de efecto» consistente en que se crea la ficción jurídica de que una situación, en este caso la convivencia, pervive hasta el final del período de tiempo que el legislador ha tomado como período de evaluación, y -paralelamente- la nueva situación no nace hasta el primer día del siguiente período. Más adelante analizaremos la concreta aplicación de esta técnica según el artículo 146 LGSS y diversos preceptos reglamentarios; ahora nos interesa ver si esta técnica da respuesta a las situaciones de pluriconviviencia. En los casos en que exista un simple paso de una unidad de convivencia a otra (por ejemplo: el

La fecha de efectos una solución con defectos.

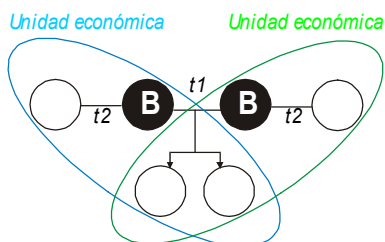


beneficiario se separa de su cónyuge y vuelve a casa de sus padres), el fijar la fecha de efectos de ambas situaciones al final del período de evaluación soluciona, en principio, el problema, pues sea cual fuese el día del mes en que el cambio se produzca, se entenderá que se extingue una convivencia a final de mes y se inicia la convivencia en otra unidad económica el primer día del

mes siguiente. El defecto que presenta esta solución es que ni refleja la realidad, ni sirve para proporcionar una solución en todos los casos. Observéese que, siguiendo con el ejemplo anterior, si el beneficiario convive el día 1 y el día 31 con su cónyuge (t_1 y t_3), y los días 2 al 30 con sus padres y hermano (t_2), podemos hallarnos ante dos soluciones: si la «fecha de efecto» consiste en un mero aplazamiento del examen de la situación hasta final de mes, basta que dicho beneficiario haya vuelto a convivir con su cónyuge el último día del mes para que desaparezca toda consideración jurídica de los días en que ha convivido en otra situación, de forma que sería posible que la convivencia de dos días al mes -el primero y el último- sirvieran para borrar la realidad de veintinueve días vividos en otra situación económica distinta a la considerada; y si esta técnica consiste en una presunción de que la situación anterior dura hasta final de mes se da el siguiente resultado: se presume que la convivencia del día 1 dura hasta final del mes, y también se presume que la convivencia de los días 2 al 30 en una unidad familiar distinta ha durado hasta final del mes, por lo que deben computarse al beneficiario las rentas de las dos unidades familiares.

Además de las situaciones de poligamia que, de hecho, existen también en nuestro entorno aunque nuestro derecho de la Seguridad Social las ignore^[494] -no así nuestro más reciente Derecho de extranjería^[495]-, existe una situación de pluriconvivenencia en la que se alternan las unidades familiares en períodos breves: los hijos que tras una ruptura

Alternancia regular de domicilios y convivencia.



matrimonial viven de forma alterna con uno u otro de sus progenitores. En muchos casos los hijos viven con uno de sus progenitores y sólo se relacionan en régimen de «visitas» con el otro, pero no es extraño que, de la misma forma que se mantiene compartida la patria potestad se comparta la convivencia alternándose los hijos en uno u otro domicilio, o -en algún caso aislado- alternándose los padres en el antiguo domicilio familiar en el que los hijos siguen de forma estable.

[494] La Seguridad Social francesa no ha regulado las situaciones de poligamia, sin embargo los tribunales han establecido cual de las esposas debe ser equiparada al cónyuge al que se refiere la legislación: la primera esposa para la que se solicita una prestación [asistencia sanitaria] y otra esposa -aunque no sea la anteriormente indicada- cuando esta es la única que reside en Francia al producirse el hecho causante. DUPEYROUX, 1993, página 321, con cita de varias sentencias. La Seguridad Social del Reino Unido reconoce a efectos de protección familiar las familias polígamas, definidas como aquellas en las que: 1) un miembro de la familia está casado con más de una persona, y, 2) el matrimonio tuvo lugar bajo una legislación que permitía la poligamia, DSSUK-HOUSING, 1999, apartados 5152 y 5830.

[495] En el artículo 41.4 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (BOE de 21-jul-2001) se prevé en su sexto párrafo la posibilidad de que un segundo cónyuge de un extranjero solicite un permiso de residencia al amparo del derecho de reagrupamiento familiar.

Por ejemplo: un auto de medidas provisionales dice^[496]: «Una semana, desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo por la tarde, estarán con la madre. Lunes y martes, con el padre. Miércoles jueves y viernes, con la madre y el fin de semana con el padre, y así sucesivamente. Los años impares, los hijos pasarán la primera mitad de las vacaciones de Navidad y verano con el padre, y los pares con la madre. En Semana Santa, corresponderán íntegramente a cada uno de los ex-cónyuges de manera alternativa» recalcando el auto judicial que los hijos «están el mismo tiempo con el padre que con la madre». Resulta difícil negar a cualquiera de los dos ex-cónyuges beneficiarios de una pensión el hecho de que, aunque sea la mitad del tiempo, sus hijos conviven con ellos y forman parte de su unidad familiar. Similar situación puede producirse con ascendientes del beneficiario cuando se dé el caso de que un progenitor decida convivir con sus hijos alternando la convivencia ora con uno ora con otro.

Ciertamente la ley puede obligar a que las personas designen un único lugar como el de residencia a los efectos de sus relaciones con la Administración u otras personas, sin embargo debemos recordar que el concepto de residencia del que tratamos aquí es el de la residencia como hecho, que no es sustituible por ficciones, de la misma forma que no sería admisible que un domicilio (por ejemplo, el del abogado) a efectos de notificaciones del expediente administrativo de concesión de estas pensiones se reputase como domicilio del interesado para evaluar su unidad económica de residencia; por ello, incluso en el caso que en una resolución judicial se asignara como domicilio de los hijos el de uno de sus progenitores, ello no nos disculparía de averiguar -y aplicar las pertinentes consecuencias- si la relación con el otro progenitor se realiza con la brevedad y provisionalidad de un régimen de visitas, o con la habitualidad y voluntad de permanencia propia de una residencia.

El hecho de la residencia debe partir de la realidad.

La posibilidad de establecer un doble lugar de residencia para los hijos de padres separados o divorciados es objeto actual de una propuesta legislativa en el derecho francés. A partir de un estudio sociológico y otro jurídico^[497] encargados por el gobierno

El doble lugar de residencia en el derecho francés.

[496] Del juzgado de primera instancia número 51 de Barcelona, confirmando una situación que se mantenía desde doce años atrás por pacto verbal entre los ex-cónyuges. Véanse los detalles en LA VANGUARDIA del 23 de marzo de 1999, página 36.

[497] El 3 de febrero de 1988 la Ministro de Justicia de Francia, Élisabeth Guigou, encargó un estudio sociológico sobre la realidad familiar en Francia (THÉRY, 1998), algunos de los datos aportados son: el concubinato es hoy en día un fenómeno masivo; entre las parejas que se casan la tasa de divorcio aumenta sin cesar, alcanzando una tasa en 1996 de 38,3 por 100; un tercio de los nacimientos registrados en Francia corresponden a hijos de parejas no casadas, casi la mitad de los dos millones de hijos de parejas separadas ven a su padre una vez al mes o menos. En dicho estudio se proponen hasta treinta y cinco modificaciones legislativas que afectan al Código Civil y a otras leyes francesas. La ministro decidió crear el 31 de agosto de 1998 una comisión de juristas presidida por la profesor (en masculino el original) de la Universidad Lille-II Françoise Dekeuwer-Défossez. La composición de esta comisión puede consultarse en JUSTICE, 1998.

francés, se anunció^[498] el día 15 de septiembre de 1999 un proyecto de ley para el fomento de la igualdad entre todos los hijos y la continuidad de las relaciones familiares; entre estas modificaciones se halla el suprimir la determinación de una sola «residencia habitual» a los hijos de las parejas separadas o divorciadas con el fin de que tal determinación de residencia no dé una impresión a uno de los progenitores de ser el progenitor principal, minando así la continuidad del ejercicio conjunto de la patria potestad y facilitando que quien «no tiene la custodia» se crea menos responsable de sus hijos; la comisión prefiere al concepto de residencia de los hijos el de alojamiento, y propone que se pueda fijar un alojamiento compartido o residencia alternada (posibilidad que la jurisprudencia francesa rechazaba), todo ello en vistas a estimular los acuerdos entre los cónyuges capaces de organizar su separación de forma más inteligente que el clásico «uno de cada dos fines de semana». Si bien está ausente del derecho de familia, el concepto de residencia compartida cuenta con un precedente en el sistema jurídico francés, ya que se prevé la adquisición de la nacionalidad francesa por un menor de edad si tiene la misma residencia que un progenitor que ha adquirido la nacionalidad francesa o «si reside alternativamente con este progenitor en caso de separación o divorcio»^[499].

En todos estos casos sería deseable que se estimara que existe una situación de convivencia limitada en el tiempo y aplicar, en consecuencia, limitadamente las repercusiones económicas de la unidad familiar en el cálculo del derecho a una pensión no contributiva; sin embargo, el legislador ha optado por contemplar más bien situaciones simples y estables de convivencia y -como veremos más adelante- por un largo período de evaluación, por lo que no es posible al intérprete jurídico crear una nueva figura de convivencia parcial o alternativa, por lo que debemos concluir que cuando se produce la convivencia de una persona en distintas unidades económicas, ya que ni en la ley ni en el reglamento existe una norma que contemple estas situaciones de pluriconvivencia, no puede ser negada e ignorada tal convivencia para ninguno de los afectados y deberá reconocerse como existente en todas las unidades económicas familiares.

En defecto de cómputo proporcional, la convivencia es simultánea.

[498] El texto íntegro del informe jurídico fue filtrado por el diario La Croix del día 14 de septiembre de 1999, al día siguiente el gobierno anunciaba el proyecto de ley. Fragmentos comentados ampliamente pueden consultarse en los periódicos LE MONDE y LIBERATION del 16-septiembre-1999.

[499] Artículo 22-1 del Código Civil francés, modificado por la Ley 98-170, de 16 de marzo de 1998: «*L'enfant mineur, légitime, naturel, ou ayant fait l'objet d'une adoption plénière, dont l'un des deux parents acquiert la nationalité française, devient français de plein droit s'il a la même résidence habituelle que ce parent ou s'il reside alternativement avec ce parent dans le cas de séparation ou divorce.*»

3.B. EL CONCEPTO DE RENTA

Las rentas o ingresos de las que el interesado en obtener una prestación debe carecer en cuantía suficiente vienen definidos en el artículo 144.5 LGSS de la siguiente forma: «se considerarán como ingresos o rentas computables, cualesquiera bienes o derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional». En un párrafo siguiente se formula una regla adicional: «Cuando el solicitante o los miembros de la unidad de convivencia en que esté inserto dispongan de bienes muebles o inmuebles, se tendrán en cuenta sus rendimientos efectivos. Si no existen rendimientos efectivos, se valorarán según las normas establecidas para el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas». Y finalmente se formulan dos excepciones: «con la excepción, en todo caso, de la vivienda habitualmente ocupada por el beneficiario» y «tampoco se computarán las asignaciones periódicas por hijos a cargo».

El concepto de renta en el art. 144.5 LGSS.

Puede verse que el redactado de este precepto busca una definición propia de las rentas que deben computarse para evaluar el cumplimiento del requisito de carecer de ingresos suficientes, separándose así el legislador de otros preceptos que en la LGSS se refieren a los ingresos o medios de vida del beneficiario^[500], y parece que se persigue una voluntad claramente omnicomprensiva de su naturaleza «cualquiera bienes o derechos», de su origen «derivados tanto del trabajo como del capital», y de su finalidad «así como los de naturaleza prestacional». Esta voluntad de computar toda clase de rentas o ingresos, salvo las excepciones que se detallan y que analizaremos más adelante, se reafirma en el artículo 12.4 del reglamento de estas pensiones al decir: «En todo caso, se computarán las rentas o ingresos, de cualquier naturaleza, que se tenga derecho a percibir o disfrutar». Por ello resulta irrelevante que en el artículo 12.2 de dicho reglamento se efectúe una nueva clasificación de tales rentas, diferenciando en las de carácter prestacional entre las pagadas por regímenes de protección social públicos o privados, que se equiparan a las rentas de trabajo; y las que se consideran sustitutivas de las rentas de trabajo, cuando fuesen prestaciones supletorias a estas rentas de trabajo pagadas asimismo por organismos públicos o privados.

Voluntad omnicomprensiva de toda renta.

La mención realizada por la ley a los ingresos de carácter prestacional no es del todo clara, dada la ausencia de una definición de tal concepto tanto en la propia ley como en su reglamento. Puede entenderse como el deseo de especificar que deben computarse las prestaciones que en la legislación tributaria no se consideran rentas imponibles, como son las prestaciones por incapacidad permanente o por desempleo^[501]. Y también puede entenderse como un criterio de exclusión de determinados ingresos, si seguimos

Ingresos de carácter prestacional.

[500] Artículos 50 y Disposición adicional séptima bis (complementos para mínimos), 109 (cotización), 176 (prestaciones en favor de familiares), 215.2 (subsidio por desempleo).

[501] Artículo 7 de la ley 40/1998, de 9 de diciembre (BOE del 10 de diciembre de 1998).

la definición realizada por la Oficina estadística de las Comunidades Europeas EUROSTAT de lo que son los gastos (ingresos para el beneficiario) de protección social: «toda intervención de organismos públicos o privados destinada a disminuir la carga que supone la aparición de ciertos riesgos o necesidades para los hogares y los particulares con la condición de que la misma no tenga contrapartida y no proceda de las disponibilidades personales»^[502], ya que la restricción de que la protección sea proporcionada por organismos públicos o privados es interpretada como la necesidad de excluir de cómputo «las ayudas directas que puedan producirse entre los hogares o los particulares» así como «las ayudas menores o esporádicas, las ayudas humanitarias, las ayudas de urgencia en caso de catástrofes, etc»; y la exigencia de que tales prestaciones sean sin contrapartida del beneficiario, se interpreta como causa de exclusión de los ingresos derivados de «cualquier tipo de seguro tomado a iniciativa de los particulares y por el que los mismos abonan las correspondientes primas». Además de que sirve también tal definición para excluir la naturaleza prestacional de todo bien o servicio que haya sido pagado por el interesado, es interesante destacar que «por convenio el SEEPROS no incluye los gastos de educación, a pesar de reunir todas las características que exige el SEEPROS para ser considerado como un gasto de protección social»^[503]. Por último, la exclusión de las ayudas menores y las ayudas entre hogares, permitiría no computar entre los ingresos del beneficiario o de los que con él conviven una serie de bienes o servicios públicos que son ofrecidos gratuitamente o por un precio menor a quienes se hallan en las contingencias tuteladas por las pensiones no contributivas (por ejemplo, en el transporte urbano, en la tasa de recogida de basuras, etc.), o que son ofrecidas por particulares (una comida, un vestido, etc.) que es innegable que tienen un valor y que son recibidos por el beneficiario, si bien su cuantificación, cómputo y control serían difíciles y costosos.

La aparente simplicidad de la fórmula legal «cualesquiera bienes y derechos, ... así como los de naturaleza prestacional» podemos ver que encierra muchas dificultades prácticas; por ejemplo, sólo hay que pensar que siguiendo estrictamente el precepto deberíamos computar entre los ingresos de la unidad económica el valor de las medicinas que con cargo a la Seguridad Social hubiesen sido administradas al beneficiario o a cualquier miembro de la unidad económica; ya que se trata de bienes (medicinas que a menudo tienen un elevado coste), recibidos por los interesados (entregadas en una farmacia o

Computar todos los bienes y derechos no es más sencillo que tipificarlos.

[502] Esta definición corresponde a la metodología del Sistema Europeo de Estadísticas de Protección Social (SEEPROS) en su versión de 1996 citada en DGOSS-INTERNACIONAL, 1999, página 2. La definición en la versión anterior de 1981 «todo gasto ocasionado por la cobertura de las cargas que resultan para los individuos o los hogares de la aparición o de la existencia de ciertos riesgos, contingencias o necesidades, en la medida en que este gasto da lugar a la intervención de un tercero y sin que por ello se de contrapartida simultánea y equivalente del beneficiario» puede consultarse con sus precisiones en BAREA, 1997.

[503] BAREA, 1997.

que han sido administradas en una institución sanitaria), de naturaleza prestacional (constituyen la prestación farmacéutica de la Seguridad Social). No es más sencillo querer incluir todos los bienes y derechos que limitar y tipificar los mismos. No deberá extrañarnos, pues, que en el derecho comparado encontremos métodos de cuantificación de los ingresos o del umbral de pobreza que limiten los conceptos que deben incluirse en el cómputo de los ingresos suficientes, excluyendo aspectos de indudable valor como los consistentes en transformaciones del patrimonio (venta de casas, automóviles u otros bienes; préstamos; seguros; devoluciones de impuestos o cancelación de depósitos bancarios) así como muchos de carácter no monetario (autoconsumo en las familias agrícolas, regalos, asistencia médica y servicios educativos, tiquets de comida, viviendas sin alquiler, bienes heredados, etc.)^[504]. Sin perjuicio de que sea deseable una mayor clarificación normativa del concepto que comentamos, la adopción de la interpretación realizada por EUROSTAT anteriormente indicada, delimitaría mejor los conceptos computables como prestaciones sociales, aparte de las cuales deberemos considerar todos los ingresos de carácter prestacional que no correspondan al concepto de protección social (como subvenciones, becas, etc.) que puedan recibir las personas relevantes para el cómputo que analizamos, y que corresponden a finalidades de fomento económico o cultural.

Observemos que los bienes a los que se refiere el primer párrafo del artículo 144.5 LGSS cuando dice «se considerarán como ingresos o rentas computables, cualesquiera bienes o derechos» no son todos los que estén en poder de los integrantes de la unidad económica, ya que no se pretende realizar una valoración del patrimonio de tales personas contabilizando sus bienes y sus deudas -activo y pasivo-, sino que los bienes y derechos a los que se refiere dicho párrafo son los que forman parte de los ingresos o rentas, es decir, de los que integran el flujo de riqueza percibido por dichas personas por cualquier concepto, por ejemplo: como pago salarial. Recordemos que el requisito que hay que cumplir es el de carecer de rentas o ingresos suficientes, no el de carecer de patrimonio suficiente^[505]. Ciertamente, esta opción legislativa de considerar únicamente los ingresos o rentas que se perciben y no realizar un balance económico del beneficiario y de su unidad de convivencia puede dar lugar a que una persona que

El requisito es carecer de rentas, no de patrimonio.

[504] US CENSUS-DEFINITIONS, 1999, en las páginas dedicadas a *Income, official definition of*.

[505] Sin que del patrimonio pueda presumirse la existencia de rentas (salvo -naturalmente- que una norma lo explicita así). La STS de 12-dic-2000 (Ar.810/2001), referida a la exigencia de carecer de rentas suficientes del art. 215.1.1 LGSS expresó que ni tal precepto ni ningún otro relacionaba prestación y patrimonio (F.D. 3), añadiendo que «Es verdad que patrimonio y rentas son conceptos que en no pocas ocasiones están vinculados, puesto que el patrimonio, cuando es de valor elevado, normalmente produce rentas [...] no es admisible, a este objeto, reputar como importe real de esos ingresos el valor ficticio que con respecto a ellos pudiera resultar de eventuales elucubraciones y especulaciones que puedan hacerse sobre inversiones de mayor rentabilidad que las efectivamente realizadas» (F.D. 4).

cuenta con un importante patrimonio -por ejemplo, que posea varios coches^[506]- cumpla con el requisito de rentas insuficientes. Sin embargo, debemos tener en cuenta la otra cara de esta opción legislativa: los beneficiarios no precisarán despojarse de su patrimonio para poder cumplir con el requisito, lo que puede ser conveniente ya que en algunas ocasiones la venta del patrimonio -por ejemplo vender la casa donde reside para habitar una vivienda de alquiler- puede ser, como dice el refrán, pan para hoy y hambre para mañana^[507]. La opción del legislador de no tener en cuenta el patrimonio sino sólo los ingresos ha sido considerada por DURAN HERAS^[508] como sensata, si bien señala como efecto indeseable que tras recibir una persona incapacitada la tutela pública, los herederos de la misma -que no quisieron o pudieron hacerse cargo de ella- recibirían su patrimonio, mientras que la persona que ante su situación de necesidad liquidase su patrimonio, mientras no agotase sus reservas vería rechazada la protección social por considerarse que tiene recursos suficientes; contribuye este mecanismo vigente, según la autora citada, a que no se generalice en España la fórmula de cambiar la propiedad de una vivienda por una renta vitalicia, ya que al cambiar patrimonio por renta pasarían a ser pudientes y perderían cualquier ventaja asociada a la escasez de recursos. Como en muchos otros aspectos, todo es cuestión de grado: de *lege ferenda* no sería irrazonable propugnar un moderado examen de la existencia de un patrimonio previo que pudiera ser realizado; parece más razonable examinar el patrimonio del propio interesado antes que afectar las rentas de la familia a la manutención del presunto beneficiario^[509].

Al igual que los bienes, los derechos a los que se refiere el inciso comentado son los que [Los derechos recibidos.](#) formen parte de los ingresos o rentas percibidos, es decir: ingresados en el patrimonio de las personas que integran la unidad económica durante el período de evaluación, no los que ya figurasen anteriormente en dicho patrimonio. Es usual que el pago de

[506] Puede darse este hecho por dos vías: o porque accediera a tal patrimonio por herencia; o porque antaño dispusiera de suficientes recursos económicos para constituir un patrimonio, y posteriormente perdiera sus fuentes de renta.

[507] El importe medio del alquiler de un piso en Barcelona era en 1998 de cerca de sesenta mil pesetas, en el distrito más humilde era de 47.931 pesetas mensuales, importe superior al de las pensiones no contributivas. JOVER, 1998, página 50.

[508] DURÁN HERAS, 1993, página 112.

[509] Como ilustración puede citarse que en la Ley General de Asistencia Social «AWB» holandesa, el patrimonio no afecta al acceso a una prestación si tiene un valor inferior a los 4.537 € (el doble para los casados). Si se tiene una casa en propiedad, la prestación se concede a título de préstamo hipotecario, o de forma híbrida préstamo-asignación, según el valor del patrimonio, que -en todo caso- tiene un mínimo exento: AWB, 2001.

operaciones mercantiles y el pago del salario de los trabajadores^[510] se realice no mediante la entrega de un bien, como el dinero en efectivo, sino mediante la entrega de un cheque o bien ordenando una transferencia bancaria. El beneficiario al que se le notifica una transferencia^[511] obtiene un derecho de cobro frente a una entidad de crédito, y el tenedor de un cheque ha recibido asimismo un derecho frente a un Banco u otra entidad crediticia^[512], derechos que pueden trocarse en dinero en efectivo o -mediante su abono en una cuenta- en otro derecho, esta vez en un derecho de crédito frente a la entidad financiera^[513]. Obsérvese que una persona puede percibir un derecho económico como contraprestación de su actividad durante el período de evaluación, y también puede percibir este derecho en un momento dado por transformación de bienes o derechos de su patrimonio (por ejemplo, la venta de un coche, o cobro de una vieja deuda); pues bien, los bienes o derechos de su patrimonio no eran computables como recursos de la unidad económica, pero los derechos económicos ahora obtenidos sí.

La valoración de estos bienes y derechos es importante que quede establecida de forma clara para cualquier solicitante de una pensión no contributiva sin que se precise una pericia especial, ya que de acuerdo con el artículo 149 LGSS deberá realizar una evaluación periódica de dichos bienes y derechos para declarar su valor ante la entidad gestora. El valor a atribuir a los bienes percibidos como ingreso cuando estos sean dinero en efectivo -el medio de pago por excelencia- no presenta problemas; sin embargo otros bienes usados como pago en especie pueden plantear problemas de valoración que existen también en otras relaciones jurídicas distintas a las de Seguridad Social^[514]; por ejemplo: puede asignarse el valor de coste para el pagador, o su valor contable -si es un bien parcialmente amortizado-, o el valor de mercado, o el valor de reposición, etc. También puede ser muy difícil valorar económicamente los derechos percibidos por una persona cuando estos no pueden ser cambiados por un importe monetario, especialmente los derechos que no consisten en recibir una cosa sino en el

Los bienes y derechos deben valorarse.

[510] El artículo 29.4 del Estatuto de los Trabajadores faculta al empresario para escoger entre el pago en efectivo u otros instrumentos de pago con el único requisito de informar previamente al comité de empresa o delegados de personal.

[511] Según la STS de 29 de marzo de 1978 (Ar.1952) el derecho del beneficiario contra el banco surge desde el momento en que se le comunica la transferencia.

[512] Derecho que nace de la obligación de pago prevista en el segundo párrafo del artículo 108 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (BOE de 19 de julio, y de 17 de octubre de 1985).

[513] Crediticia es la naturaleza de la relación entre el cliente cuentacorrentista y el banco VICENT, 1990, página 433, con apoyo de la STS de 19 de septiembre de 1987 (Ar.6069)

[514] Por ejemplo, si se perciben retribuciones en especie, su valoración es necesaria en caso de querer dictaminar si existen situaciones discriminatorias. Véase un ejemplo de las fuentes de bienestar económico a considerar en un estudio sobre discriminación racial en CAIN, 1991, páginas 894 y ss.

derecho a hacer o a no hacer algo. Téngase en cuenta que los hogares españoles reciben de promedio más del diecisiete por ciento de sus ingresos de forma no monetaria^[515].

En el segundo párrafo del artículo 144.5 LGSS se expresa una regla que debemos estudiar con atención: «Cuando el solicitante o los miembros de la unidad de convivencia en la que esté inserto dispongan de bienes muebles o inmuebles, se tendrán en cuenta sus rendimientos efectivos. Si no existen rendimientos efectivos, se valorarán según las normas establecidas para el Impuesto sobre la renta de las personas Físicas». Si analizamos el precepto fragmentando sus frases no hallaremos una regla clara sino que se nos plantean varios interrogantes. Veamos el supuesto de hecho «Cuando ... dispongan de bienes muebles o inmuebles»: ¿quien no dispone de algún bien mueble aunque sea sólo de los zapatos que calza?. Si entendemos esta afirmación como que deben valorarse los bienes muebles o inmuebles que tengan a disposición el beneficiario y la familia que con él conviva, parece que la regla pretende realizar una valoración del patrimonio familiar, lo que parece contradictorio con el análisis que efectuábamos antes de que, en virtud del primer párrafo del artículo 144.5 LGSS, el legislador pretendía únicamente valorar los ingresos y rentas percibidos durante el período de evaluación y no el patrimonio acumulado. La primera regla de valoración tampoco parece que añada claridad -«se tendrán en cuenta sus rendimientos efectivos»- ya que tales rendimientos efectivamente producidos serán monetarios o algún otro tipo de bien o derecho, y en virtud del párrafo anterior del artículo 144.5 LGSS ya debían computarse tales bienes en los que consisten los rendimientos efectivamente percibidos, por lo que esta primera regla de valoración parece superflua. En cuanto a la mención a la «unidad de convivencia» en que esté inserto el beneficiario cabe entender que se refiere a la unidad económica definida en el apartado cuarto de este mismo artículo de la ley y citada asimismo en todos y cada uno de los otros apartados del mismo artículo, ya que siendo la única unidad de personas relevantes a los efectos de estas pensiones, la única interpretación posible para que dicha expresión de unidad de convivencia tenga utilidad como regla de valoración, es considerarla equivalente al concepto de unidad económica^[516].

Disponer de
bienes
muebles o
inmuebles.

[515] Según la Encuesta de Presupuestos Familiares del Instituto Nacional de Estadística (INE), de cada mil pesetas de los ingresos medios de las familias españolas, 827,1 corresponden a ingresos monetarios, y 172,9 a ingresos no monetarios; y éstos últimos son íntegramente ingresos ordinarios, ya que los ingresos extraordinarios (prestaciones sociales extraordinarias, loterías y juegos, etc) se perciben todos como ingresos monetarios. WES, 1997.

[516] En la Exposición de Motivos de la ley 26/1990, de 20 de diciembre (BOE del 22 de diciembre de 1990), para referirse a lo que en el texto articulado será la «unidad económica» no se utiliza en ningún momento tal expresión, sino la de «unidad de convivencia» a la que convierte en sinónimo de la primera.

Sí que parece útil en este segundo párrafo el siguiente inciso que establece una segunda regla de valoración: «Si no existen rendimientos efectivos, se valorarán según las normas establecidas para el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas». La finalidad de esta regla sería doble: en primer lugar incorporaría a las rentas percibidas unas rentas ficticias^[517] fijando como valor de las mismas el atribuido en la legislación del IRPF, resultando aplicable esta regla a la posesión de inmuebles y a otros supuestos como la imputación de ganancias no distribuidas en los supuestos de transparencia fiscal; la segunda finalidad de este precepto sería excluir la posibilidad de valorar las rentas obtenidas aplicando los criterios contenidos en la normativa fiscal en todos los supuestos en que existieran rendimientos efectivos, lo que resultaría trascendente tanto a los efectos de deducciones como de rentas que fiscalmente se consideran exentas. Resumiendo, según esta interpretación, el precepto buscaría, en primer lugar, computar todas las rentas e ingresos, sea cual fuere su naturaleza, y, seguidamente, examinaría asimismo el patrimonio del beneficiario y su familia para incorporar a dicho cómputo las rentas ficticias que la legislación tributaria atribuya a determinados bienes.

Una
posibilidad:
rentas ficticias.

Es posible, sin embargo, leer este precepto desde otra perspectiva: la expresión «Cuando...dispongan de bienes» no debería entenderse en el sentido coloquial de tener a disposición algún bien, sino en el sentido técnico-jurídico de realizar actos de disposición^[518], entendiéndose por tales el ejercicio de las facultades de enajenación o transmisión, gravamen o extinción de los bienes o derechos^[519]. Entonces, el artículo 144.5 LGSS que estudiamos toma otro sesgo: ya no se computan rentas y patrimonio, sino que en el primer párrafo de este artículo se prevé el cómputo de todas las ingresos o rentas, y en el segundo párrafo se dan normas de valoración para estas rentas en el caso de que se obtuvieran mediante cualquier acto de disposición de bienes muebles o inmuebles. Mientras que, según la normativa fiscal, no toda posesión o propiedad de un patrimonio se presume que produzca una renta, todo acto de disposición se presume

Otra
posibilidad:
actos de
disposición.

[517] FERREIRO, 1987, página 95, consideró que las rentas ficticias de los inmuebles urbanos, fueron establecidas por el legislador para evitar un agravio comparativo con quienes habitan viviendas arrendadas, solución que considera poco acertada para propugnar que estos últimos pudieran deducir como gasto el importe de los arrendamientos. En la vigente ley del IRPF se ha suprimido la imputación de rentas derivadas de la vivienda habitual.

[518] En el Código Civil se utiliza, por ejemplo, en los artículos 227: «el que disponga de bienes a título gratuito...»; 618: «...por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra...»; 667: «El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes...»; 1320: «Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual...»; 1322: «Cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges...»; 1375: «...la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponde conjuntamente...»; 1377: «Para realizar actos de disposición a título oneroso...»; 1390: «Si como consecuencia de un acto de administración o de disposición llevado a cabo por ...».

[519] Díez-PICAZO, 1986, Volumen II, página 709.

retribuido^[520] estableciéndose en diversos artículos de la ley fiscal cual es el valor que debe atribuirse a actos de disposición de bienes que nominalmente figuran como no retribuidos: «Constituyen rentas en especie la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita... aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda»^[521] «la valoración de las rentas estimadas se efectuará por el valor normal en el mercado. Se entenderá por éste la contraprestación que se acordaría...»^[522], etc. En esta interpretación, que se coordina mejor con la reglamentación fiscal, se valoran de forma más realista las rentas obtenidas por variaciones patrimoniales, ya que si siguiéramos la primera interpretación (todo ingreso debe ser computado; la ley fiscal sólo rige cuando un bien no produce rendimiento efectivo) quien realizara una venta y seguidamente una compra de otro bien del mismo valor (por ejemplo, una acción, un coche o un piso), aún sin haber variado lo más mínimo su capacidad económica, a los efectos de las pensiones no contributivas debería computar dicho valor como ingreso ya que, aunque fuera por un segundo, obtuvo tal ingreso procedente de la venta inicial. En esta segunda interpretación, toda variación patrimonial, al ser el resultado de un acto de disposición de bienes muebles o inmuebles, se computa tal como lo prevé la normativa fiscal: mediante la diferencia de valores con ponderación de los años transcurridos, resultando también de aplicación las cautelas propias de la legislación fiscal destinadas a evitar maniobras de elusión (por ejemplo: al establecer rendimientos mínimos cuando el adquirente, cesionario o arrendatario fuese un pariente; o al gravar las ganancias patrimoniales no justificadas). La coordinación conceptual entre la normativa fiscal y la de pensiones no contributivas en la interpretación que expresamos puede verse así: en la normativa que regula las pensiones no contributivas, los actos de disposición producen: o rendimientos efectivos, o rentas computables según las normas del IRPF; y en la normativa fiscal, según el artículo 31.1 de la vigente ley del IRPF, con ocasión de cualquier alteración en la composición del patrimonio se producen: o bien rendimientos, o bien ganancias y pérdidas patrimoniales, y la suma de ambos conceptos (rendimientos más ganancias y pérdidas patrimoniales) es lo que el artículo 2 considera la renta a gravar por el impuesto. En resumen, parece mejor interpretación considerar que los rendimientos a los que se refiere el primer inciso del segundo párrafo del artículo 144.5 LGSS, son los producidos por actos de disposición de cualquier bien, por ejemplo, venta, permuta, arrendamiento, o donación.

[520] En el momento de entrar en vigor la Ley de Pensiones no Contributivas o la vigente LGSS: Artículo 3.3 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre (BOE de 11 de septiembre de 1978), y actualmente: artículo 6.3 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre (BOE de 10 de diciembre de 1998).

[521] Artículo 44 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre (BOE de 10 de diciembre de 1998).

[522] Artículo 41 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre (BOE de 10 de diciembre de 1998).

El Informe remitido a las Cortes por el Defensor del Pueblo referente a su actividad durante 1997 informa que el criterio acordado entre los órganos gestores de las Comunidades Autónomas consiste en denegar las solicitudes de pensión no contributiva formuladas por personas privadas de libertad en régimen ordinario, por entender que el solicitante no se encuentra en situación de necesidad protegible, al tener cubiertas sus necesidades básicas por un organismo público; en cambio, en el supuesto de penados que disfruten de un régimen abierto, el criterio administrativo es que únicamente se denegará la pensión si la institución penitenciaria continúa cubriendo dichas necesidades básicas, sea directamente, sea indirectamente por medio de ayudas, evaluándose individualmente en función de la ayuda prestada y la duración de la misma^[523].

Los rentas y la prisión según los órganos gestores.

El Tribunal Supremo ha examinado a finales de 1999^[524] un caso especial de valoración de las rentas o ingresos percibidos por un beneficiario de una pensión no contributiva de invalidez, que «por residir en centro penitenciario desde el día 12-10-1996, siendo sufragados por la Administración los gastos de mantenimiento y estancia» se le reclamaba la devolución de una elevada suma por considerar indebidamente percibida la pensión, al considerarse -sin cuantificación alguna- que en la situación del beneficiario ingresado en un centro psiquiátrico-penitenciario no se cumple con el requisito de carencia de rentas, porque como constitucionalmente (artículo 25.2 CE) tiene el penado derecho a un trabajo remunerado, no es necesario ni realizar prueba alguna de que tales trabajos se han realizado, y derivándose de ello la existencia de ingresos suficientes. Anteriormente, algunos Tribunales Superiores de Justicia -además del de Madrid que dictó la sentencia recurrida^[525]- habían decidido en casos similares con criterios diversos^[526]: en un caso se estimaba que la satisfacción de las necesidades básicas cubiertas por la Institución penitenciaria eran prestaciones en especie, y que lo pertinente era que el Ente gestor acreditase que la cuantificación de las mismas superaba el umbral máximo de ingresos, debiéndose permitir al beneficiario discutir tal valoración; en otro, se consideraba que «es evidente que no se produce la situación de necesidad» «en quien por estar interno en prisión tiene cubiertas todas sus necesidades básicas, por lo que viene a resultar indiferente su carencia de rentas, ya que no las precisa para su subsistencia»; y en otro, se considera que el alojamiento y sustento equivalen a una prestación en especie «cuyo importe, en principio, no podría cuantificarse por debajo del

Los rentas y la prisión según los Tribunales Superiores de Justicia.

[523] DEFENSOR, 2001.

[524] STS de 14 de diciembre de 1999 (Ar.521 del 2000). Un comentario a la misma, aceptando la doctrina que en ella se formula, en: ÁLVAREZJC, 2000.

[525] De fecha 4 de marzo de 1999, rollo 21/1999, (n.p.).

[526] STSJ de Castilla La Mancha de 29 de abril de 1995 (Ar.1732) con cita de una de 26 de enero (n.p.); STSJ de Galicia de 18 de marzo de 1999 (Ar.5309); STSJ de Galicia de 31 de mayo de 1999 (Ar.1298).

mínimo de subsistencia establecido por la Ley de Presupuestos Generales del Estado a efectos de valorar la carencia de rentas».

El Tribunal Supremo recuerda la conocida doctrina constitucional de que el trabajo penitenciario es un derecho de aplicación progresiva que depende de los medios de que disponga la Administración en cada momento^[527] por lo que no puede presumirse su existencia; así como la manifestada por el Tribunal Supremo^[528] en favor de otorgar prestaciones de Seguridad Social sin denegar las mismas por falta de alta o situación asimilada derivadas de la ausencia de trabajo debido a la falta de libertad y a la de trabajos penitenciarios; tales argumentos son suficientes para rechazar los de la sentencia recurrida, pero para resolver el debate planteado en suplicación, el Tribunal Supremo realiza otras consideraciones que es preciso examinar. Considera la sentencia dictada en unificación de doctrina que el mero ingreso en prisión no permite suponer, que por proporcionársele alojamiento y comida, el interno ha alcanzado un nivel de ingresos suficientes superior al límite fijado en la ley, afirmación que compartimos cuando tal deducción se haya realizado sin apoyo de ninguna cuantificación. Sigue la sentencia afirmando que, aunque se cuantificasen tales conceptos de alojamiento y comida, no cabe considerarlos como renta o ingreso del interno, porque no son rentas de capital, ni de trabajo, ni de previsión social; y en cuanto a que fuesen «rentas de cualquier naturaleza, que se tenga derecho a percibir o disfrutar» (artículo 12.4 del reglamento) debe interpretarse su naturaleza dentro de los límites de la norma legal (apartados 1.d) y 5 del artículo 144 LGSS); pero la sentencia no realiza tal interpretación del reglamento en el marco de la ley, sino que tras la afirmación anterior sigue interpretando el reglamento de las pensiones no contributivas en base a sí mismo (las excepciones reglamentarias del artículo 12.4), y en base al concepto de rentas que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha realizado en los subsidios por desempleo. Finalmente, el Tribunal Supremo considera que el alojamiento y comida entregados al recluso son un deber que pesa sobre la administración penitenciaria, sin relación con las rentas de trabajo en metálico o en especie. Esta generosa interpretación del Tribunal Supremo no la compartimos enteramente por dos razones que anteriormente hemos analizado más extensamente; la primera es que la voluntad de un cómputo omnicompreensivo de las rentas de beneficiario se halla claramente ordenada en el artículo 144.5 LGSS cuando dice «cualesquiera bienes y derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional», lo que se halla tras la primera coma son ejemplificaciones («tanto ... como..., así como...») y no especificaciones, basta con comparar la frase transcrita con el muy distinto significado

Los rentas y la prisión según el Tribunal Supremo.

[527] STC 172/1989, de 19 de octubre, y 17/1993, de 18 de enero.

[528] STS de 12 de noviembre de 1996 (Ar.8556), sobre pensiones de viudedad y orfandad causadas por quien falleció estando internado en un centro penitenciario.

que tendría si dijese simplemente «cualesquiera bienes y derechos derivados del trabajo, del capital o de naturaleza prestacional»; en segundo lugar, la sentencia de apoyo citada -dictada en Sala General- referente al concepto de renta en el subsidio de desempleo^[529] no es muy pertinente puesto que, en cuanto al fondo, se trata en ella de que la transformación de un patrimonio inmobiliario (vivienda habitual) en patrimonio monetario no constituye renta o ingreso, tema que no viene al caso; y, en cuanto al método, en dicha sentencia se realizan dos operaciones básicas: primeramente optar por el concepto civil y no por el tributario de renta, opción que no resultaría tan clara en las pensiones no contributivas ante la remisión a la normativa fiscal que la LGSS realiza en los casos en que en la disposición de bienes no exista renta efectiva; y seguidamente, estimar que la periodicidad en la percepción es nota consustancial en las rentas, periodicidad que también se halla en la entrega de bienes alimentarios por las instituciones penitenciarias. En conclusión, mientras el legislador no acote de forma distinta cuales deben ser los bienes y derechos computables, estimamos que la percepción de bienes alimentarios por parte de un interno es algo que debe ser computado, debiendo ser la Administración -por ser quien se opone al derecho prestacional, y por ser ella quien posee los medios para ello- quien tenga la carga de probar la cuantía de los mismos si desea excluir o limitar el importe de una pensión no contributiva.

Distinto a la titularidad de un derecho es la expectativa de derecho —u otras expresiones equivalentes como derecho futuro o expectante—, que se han definido como aquella situación previa a la adquisición de un derecho en la que se van cumpliendo sucesivamente los requisitos requeridos para acceder al mismo, de forma que, al acaecer cada uno de tales hechos requeridos, se avanza gradualmente hacia la adquisición del derecho. La doctrina ha diferenciado hasta tres grados de expectativas: (a) las esperanzas o previsiones genéricas de adquisición, que son meras expectativas indeterminadas y carentes de tutela jurídica; (b) las expectativas de derecho, en las que, a pesar de la incertidumbre acerca de la adquisición del derecho, el ordenamiento jurídico puede prever una tutela provisional de tales expectativas para asegurar el resultado final de la adquisición del derecho; y (c) los derechos ciertos pero aún no exigibles, que se hallan pendientes del cumplimiento de un término^[530]. Esta gradualidad en la expectativa ha sido criticada^[531] señalándose que, cualitativamente, es idéntica la situación de quien carece de uno o de diez requisitos, y que incluso es irrelevante el número de requisitos cumplidos ya que lo importante sería la probabilidad de que el sujeto pueda cumplirlos

Los derechos inciertos.

[529] STS de 31 de mayo de 1999 (Ar.6156).

[530] CASTÁN (1987), página 51, con cita de FERRARA.

[531] DE CASTRO (1984), Tomo I, página 606.

todos para abandonar la situación de esperanza individual de acceder al derecho; «entre el derecho y el no derecho no caben grados intermedios», señala tajantemente Díez-Picazo^[532]. Lo que estamos analizando es el cómputo del valor de unos derechos que han ingresado en el patrimonio de unas personas (beneficiario de una pensión no contributiva y su familiares), no de cualquier situación que pueda en algún momento contemplarse por el Derecho, por lo que no cabe computar entre los mismos a los derechos pendientes, futuros, condicionados o expectantes^[533]. En consecuencia, de la misma forma que un bien que no ha sido recibido por el interesado no es computable como ingreso o renta, la expectativa de derecho o el derecho incierto por carecer de firmeza al hallarse pendiente de una condición, un plazo o un litigio, o estar falto de cualquier otro requisito, no son propiamente derechos^[534] porque no pueden realizarse aún, y en consecuencia no puede atribírseles valor alguno^[535]; aunque si se realizara algún acto de disposición de los mismos (por ejemplo, su venta o su condonación) deberíamos aplicar entonces las reglas de valoración antes examinadas.

Un problema más difícil se plantea cuando se trata de determinar el valor que posean los derechos que no pueden realizarse -a pesar de ser vencidos, firmes y exigibles- por causas ajenas a la voluntad de su titular. Partimos de la base de que, al determinar el legislador en el artículo 144.5 LGSS que debían computarse no sólo los bienes sino también los derechos^[536], no es posible utilizar como criterio de imputación el de caja, sino el de devengo; así, quien reciba un cheque como pago de su salario o del alquiler de un inmueble, no puede dejar de computar el valor de dicho ingreso por el simple hecho de que no desea cobrar dicho cheque o desea posponer dicho cobro a un momento posterior; quien tenga derecho a percibir una pensión compensatoria deberá computar el valor de la misma sin que pueda alegar que no desea cobrarla o reclamar -si es preciso- el cobro de la misma. El cómputo de los derechos con contenido económico desde que éstos existen constituye una medida preventiva contra el fraude,

Los derechos no realizables.

[532] Díez-PICAZO (1990), página 484.

[533] Por usar la expresión utilizada en la STC 99/1987, de 11 de junio.

[534] No hay derecho sin obligación, y no es exigible la obligación cuyo cumplimiento dependa de un suceso futuro o incierto: artículo 1113 del Código Civil.

[535] Similar criterio se utiliza para el IRPF en la Ley 40/1998, de 9 de diciembre (BOE de 10 de diciembre de 1998): «Cuando no se hubiera satisfecho la totalidad o parte de una renta, por encontrarse pendiente de resolución judicial la determinación del derecho a su percepción o su cuantía, los importes no satisfechos se imputarán al período impositivo en que aquélla adquiera firmeza» (Artículo 14.2.a)); igualmente, según el siguiente apartado b) de dicho artículo los rendimientos de trabajo se imputaran en los períodos impositivos en que fueren exigibles, considerándose exigibles cuando la resolución judicial adquiera firmeza.

[536] Asimismo en el artículo 11.4 del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo (BOE del 21 de marzo de 1991) se ordena computar «las rentas o ingresos de cualquier naturaleza que se tenga derecho a percibir o disfrutar».

especialmente ante la tentación de percibir privadamente dicho ingreso y negar públicamente que se haya percibido renunciando a reclamarlo; pero cuando no puede materialmente un derecho hacerse efectivo por causas ajenas a la voluntad del beneficiario, éste puede hallarse en la situación de que se le presuma con rentas suficientes cuando materialmente ni tenga ninguna, ni tenga posibilidad práctica de obtenerlas. ¿Qué valor debe darse a un cheque sin fondos librado por un deudor insolvente? ¿Cómo puede computarse una pensión compensatoria que debía pagarse por un ex-cónyuge que ha desaparecido?^[537] El derecho de crédito existe y según la ley debe computarse su valor, pero el cómputo en todo caso del valor nominal de dicho crédito entre las rentas e ingresos de los que dispone quien solicita una pensión, para negarle la misma argumentando que tal derecho le permite satisfacer sus necesidades, supondría vaciar de eficacia la finalidad protectora de la Seguridad Social ante situaciones de necesidad. Ante estas situaciones debemos mantener que un derecho sólo tiene valor si puede ser ejercitado o cumplido; y de la misma forma que derechos de acción, como los de expresión, de reunión o de circulación, no son nada si constan únicamente en un papel pero no pueden ejercitarse, un derecho de crédito no tiene valor cuando no puede cobrarse; debe diferenciarse entre existencia del derecho y valor del mismo: el derecho seguirá vivo mientras no se produzca alguna de las causas que dan lugar a la extinción del derecho de crédito (pago, confusión, compensación, prescripción, etc.)^[538] y el derecho subsiste a pesar de la insolvencia del deudor, de forma que si éste mejora su fortuna, podrá cobrarse la deuda; por contra, al estar el valor del derecho íntimamente ligado a su posible uso, acreditada la imposibilidad -aunque sea temporal- de su ejercicio, no procede computarle valor alguno. En resumen: a los derechos a percibir bienes o rentas, mientras sean inciertos o de imposible realización, no cabe atribuirles valor alguno.

La interpretación aquí propugnada de disminución o anulación del valor de los derechos de crédito que no puedan realizarse puntualmente, es una solución que ha sido adoptada tanto en otros ordenamientos jurídicos de Seguridad Social, como en otras ramas jurídicas españolas. Así, en el código de la Seguridad Social francesa, para el cómputo de las rentas a los efectos de las prestaciones familiares, si se acredita haber intentado sin éxito el cobro de la pensión debida por un ex-cónyuge, no se computa

Los derechos sin valor en otros textos legales.

[537] La STS 22-may-2000 (Ar.5516) considera que no debe computarse entre las rentas de la beneficiaria una pensión compensatoria y alimenticia no percibida, a pesar de la diligencia de la beneficiaria por hacer efectiva la suma reconocida judicialmente, en base a que la misma no se halla disponible para la interesada, entendiéndose por tal «valerse de una cosa o tenerla o utilizarla como suya», considerando además que del acceso y mantenimiento a estas pensiones puede excluirse a quien tiene un nivel de ingresos suficiente, pero no a quien es meramente acreedor judicial de una suma de dinero sin llegar a percibirla. Una crítica a diversas STSJ en LOUSADA, 2001, páginas 536 a 539.

[538] Artículos 1156 y 1930 del Código Civil, a título enunciativo de los artículos que respectivamente les siguen.

ningún valor a las mismas: *«les pensions dont est créancier le parent divorcé ou séparé de droit vis-à-vis de son conjoint ou ex-conjoint sont prises en compte à concurrence du montant fixé par l'autorité judiciaire sauf si l'intéressé apporte la preuve que, bien qu'il ait utilisé les moyens mis à sa disposition par la loi pour obtenir le versement, tout ou partie de ces pensions ne lui est pas effectivement versée»*^[539]. Obsérvese también que en España, las autoridades económicas obligan a las entidades financieras y las de inversión colectiva a disminuir el valor de los derechos de crédito que figuren en sus activos según las siguientes pautas: si se da un «deterioro notable de su solvencia serán amortizados y dados de baja del balance aunque no estén vencidos», es decir, no tendrán ningún valor contable; pasarán a la situación de dudosos y morosos cuando el «reembolso sea problemático o en el que hayan transcurrido más de noventa días desde su vencimiento total o parcial», y ello se acompaña de una pérdida de valor de dichos créditos según una escala en función del tiempo de morosidad transcurrido, iniciándose a los seis meses en que pierden la cuarta parte de su valor, hasta que a los veinticuatro meses han perdido la totalidad de su valor contable; la clasificación como dudoso o moroso de un crédito implica para los mismos la adopción del criterio de caja, al no poderse contabilizar ningún ingreso derivado de los mismos en tanto no se cobre efectivamente^[540]. Asimismo el reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas prevé en un caso que los saldos de dudoso cobro pueden deducirse de las rentas «cuando el deudor se halle en situación de suspensión de pagos, quiebra u otras análogas» y «cuando entre el momento de la primera gestión de cobro realizada por el contribuyente y el de la finalización del período impositivo hubiesen transcurrido más de seis meses», sin perjuicio de que si posteriormente puede cobrarse dicho importe «se computará como ingreso en el ejercicio en que se produzca dicho cobro»^[541].

A partir de las interpretaciones anteriormente defendidas sobre la valoración de bienes y derechos, podemos defender ahora que el criterio contable a utilizar como regla general es el criterio de devengo y no el de caja, de forma que si, por ejemplo, una persona ve reconocida una pensión a finales de un año, pero el primer pago se retrasa y finalmente es abonado -con los atrasos correspondientes al año siguiente, en el primer año es cuando el interesado habrá recibido un derecho económico de crédito contra la entidad gestora correspondiente por el importe de las mensualidades reconocidas de pensión y este es el importe que deberá computarse entre los ingresos de este año; y al año siguiente, cuando efectivamente se le abonan en cuenta las mensualidades de

Criterio de devengo al contabilizar las rentas e ingresos.

[539] Artículo R.524-4, *Décret* 85-1354, de 17 de diciembre de 1985 (J.O. 21-dic-1985).

[540] Circular 7/1990, de 27 de diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (BOE de 5 de enero de 1991); Circular 4/1991, de 14 de junio del Banco de España (BOE de 27 de junio de 1991). Esta última circular sufre frecuentes modificaciones por lo que es aconsejable consultar las circulares vigentes en la página web del Banco de España en <http://www.bde.es/infogene/otras/otras2.htm>.

[541] Artículo 12.e) del Real Decreto 214/1999, de 5-feb (BOE del 9 de febrero de 1999).

pensión que se le adeudan, se produce un trueque de derechos (un acto de disposición): se cambia el derecho de crédito contra la Seguridad Social por un derecho de crédito contra la entidad financiera, y este acto de disposición deberá ser valorado (144.5 LGSS) de acuerdo con la legislación del IRPF, la cual establece como principio general el criterio de devengo y la valoración de dicho cambio de derechos de acuerdo con la diferencia de su valor, que es nula^[542]. Una consecuencia práctica de este criterio de devengo es que las pensiones no contributivas no pueden ser solicitadas normalmente como subsidio o anticipo transitorio en espera del efectivo cobro de unos importes pendientes de cobro, obligando a la tramitación de dichas pensiones no contributivas para un breve plazo de abono y posteriormente su anulación por superarse el límite máximo de ingresos. Evidentemente ello será distinto en el caso de que el reconocimiento de la pensión no fuera firme, sino incierto por estar pendiente de resolución judicial, en cuyo caso ya hemos argumentado su valor nulo mientras dure tal situación incierta, y además sería razonable que se solicitara una pensión no contributiva durante tal período de incertidumbre dado que la situación de necesidad se ignora si será definitiva.

Finaliza el segundo párrafo del artículo 144.5 LGSS estableciendo dos excepciones a las reglas de cómputo anteriormente examinadas: «...con la excepción, en todo caso, de la vivienda habitualmente ocupada por el beneficiario. También se computarán las asignaciones periódicas por hijos a cargo». Para quienes sostengan la primera interpretación antes expuesta de que deben computarse las rentas ficticias que la normativa fiscal establezca por la posesión de inmuebles urbanos, la excepción de la vivienda habitual del beneficiario sería hoy una referencia obsoleta al haber desaparecido en la normativa fiscal actual la imputación de rentas por la propiedad o posesión de la vivienda habitual en un inmueble urbano^[543]. Si se acepta la segunda interpretación de que las rentas que se computan son únicamente los bienes y derechos recibidos, incluidos los derivados de las variaciones patrimoniales por actos de disposición, la excepción que se formula respecto a la vivienda habitual del beneficiario excluiría del cómputo las ganancias que se hubiesen percibido con ocasión de cualquier operación relacionada con la vivienda del beneficiario de una pensión no contributiva. Tal exclusión de cómputo concuerda con lo dispuesto en el artículo 31.4.b) de la vigente ley 40/1998 reguladora del IRPF: «Estarán exentas del Impuesto las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto: ... b) Con ocasión de la transmisión por mayores de sesenta y cinco años de su vivienda habitual.» y justamente estamos hablando de actos de disposición de la vivienda de pensionistas sin recursos mayores de sesenta y cinco años, o de inválidos que -retomando el concepto de jubilación por enfermedad- podríamos

La excepción de la vivienda.

[542] El criterio de devengo como norma general para el IRPF se establece en el artículo 14, y la valoración de las transmisiones patrimoniales en el artículo 32, ambos de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre (BOE de 10-diciembre-1998).

[543] Artículo 71.1 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre (BOE de 10 de diciembre de 1998).

asimilar a los primeros. El trato más favorable que se da a las rentas derivadas de la vivienda habitual, puede justificarse por el hecho de que una vivienda digna y adecuada^[544] se trata de un bien de primera necesidad al que las familias deben destinar una parte importante de sus ingresos^[545], y cuyo satisfactorio disfrute representa también una acción preventiva en relación a otras contingencias tuteladas por la Seguridad Social, hasta el punto de que cada vez más en otros sistemas jurídicos de nuestro entorno existen prestaciones de Seguridad Social destinadas a favorecer el alquiler o la compra de una vivienda salubre y suficiente para las necesidades familiares^[546].

Las asignaciones económicas por hijos a cargo que en la ley se exceptúan también de cómputo entre las rentas del beneficiario y de la unidad económica podían interpretarse de dos formas distintas ya que la ley no señala con precisión a qué asignaciones se refiere. La primera interpretación posible era entender que se refería a una de las prestaciones que por hijos a cargo se creaban en la misma ley que instauró las pensiones no contributivas y que actualmente se encuentra regulada en los artículos 180 y siguientes de la LGSS «una asignación económica, por cada hijo, menor de dieciocho años o afectado por una minusvalía en un grado...», y a las que la ley se refiere unas veces en singular y otras en plural por lo que de ello no puede deducirse más que una falta de criterio claro, como puede verse comparando los artículos 187.1 y 188: «...para tener la condición de beneficiarios de la asignación económica a que se refieren los artículos 180 y 182, el derecho...» y seguidamente se dice: «Las asignaciones económicas a las que se refieren los artículos 180 y 182 se devengarán...». Otra posible interpretación era considerar que las rentas que se excluían de cómputo eran todas aquellas que periódicamente fuesen abonadas para atender a los hijos a cargo de un miembro de la unidad económica, exclusión que se realizaría atendiendo únicamente a la finalidad de tales asignaciones, con independencia de quien fuese la persona o institución pagadora de las mismas. El Gobierno optó por la primera interpretación cuando reglamentó estas pensiones al precisar que tales asignaciones exentas de

La excepción de las asignaciones por hijos.

[544] El artículo 47 de la Constitución reconoce el derecho a disfrutar de ella, y encomienda a los poderes públicos las acciones de fomento para hacer efectivo tal derecho.

[545] En el Índice de Precios al Consumo actual (base 1992) la vivienda se pondera con el 10,28% del total, un valor algo inferior al 18,565% con que se ponderaba en el índice de 1983. WEN, 1996.

[546] Por ejemplo: en el Código de la Seguridad Social francesa, artículos 542.1 a 542.9: *Allocation de logement familiale. Primes de déménagement. Prêts à l'amélioration de l'habitat*; 831.1 a 831.7: *Allocation de logement des personnes âgées, des infirmes et des jeunes salariés et de certaines catégories de demandeurs d'emploi. Décrets n° 85-1353, et 85-1354, du 17 décembre 1985 (J.O. 21 décembre 1985)*. En la Unión Europea, entre 1990 y 1996 las prestaciones de Seguridad Social por vivienda fueron de las de mayor incremento porcentual, junto con las de discapacidad y las destinadas a combatir la exclusión social, y no como podría creerse las de vejez o las de asistencia sanitaria: COM-SOCIAL, 2000, página 14.

cómputo eran las «otorgadas por el sistema de la Seguridad Social»^[547] lo que excluía la posibilidad de que no se consideraran computables las asignaciones pagadas por empresas o por particulares, como las satisfechas por cónyuges divorciados para la manutención de sus hijos^[548], pero incluía las asignaciones pagadas en los regímenes especiales, incluidas las que unos meses después se establecieron^[549] -con remisión a la ley 26/1990- para los funcionarios civiles, militares y de la administración de justicia.

Se incorporó asimismo en el reglamento un nuevo supuesto de rentas excluidas de cómputo: «los subsidios de movilidad y compensación de gastos de transporte previstos en la Ley de Integración Social de los Minusválidos»^[550]. Tal exclusión es acertada por dos razones de coherencia jurídica: para respetar la compatibilidad entre prestaciones LISMI, y para preservar el cómputo individual de rentas. La excepción de los subsidios LISMI.

En cuanto a la primera razón, en virtud de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, se venían otorgando tres subsidios económicos: el de garantía de ingresos mínimos, el de ayuda de tercera persona, y el de movilidad y compensación por gastos de transporte; los tres subsidios eran plenamente compatibles entre sí, y habiéndose configurado las pensiones no contributivas de invalidez como sustitutas de los dos primeros subsidios^[551], es lógico que se haya conservado la compatibilidad de dichas pensiones con el subsidio que no ha sido derogado, ya que tal compatibilidad no sería real si dicho subsidio formara parte de un mecanismo establecido como obstáculo al percibo de las mismas tal cual es el cómputo de las rentas de la unidad familiar; debiéndose añadir que en la reglamentación de los subsidios LISMI^[552] las prestaciones asistenciales públicas que percibiera el beneficiario no se computaban como recursos personales, sino como un anticipo a deducir del subsidio únicamente cuando tales prestaciones tuviesen la misma finalidad, identidad tuitiva que no se produce en este caso, ya que mientras las finalidades de garantizar unas rentas Para respetar la compatibilidad.

[547] Artículo 12.4 RPNC.

[548] La ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas considera que son rentas exentas tanto las prestaciones por hijo a cargo reguladas en la Ley General de la Seguridad Social, como las anualidades por alimentos percibidas de los padres en virtud de decisión judicial. Artículo 7, letras h) i k) de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre (BOE de 10 de diciembre de 1998).

[549] En la disposición adicional novena de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre (BOE de 31 de diciembre de 1991).

[550] Artículo 12.4 RPNC.

[551] Mediante los mecanismos de derogación de dichos subsidios, y incompatibilidad de las pensiones con la conservación a título personal del derecho a seguir percibiéndolos. Disposiciones transitorias sexta y undécima de la LGSS.

[552] Artículo 33.2.b) del Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero (BOE de 27-feb-1984).

mínimas en caso de minusvalía y subvenir a los gastos por ayuda de tercera persona han sido adoptadas por las pensiones no contributivas, no se estableció en éstas ningún plus específico que compensase a quienes tienen una extraordinaria dificultad de movilidad los gastos extraordinarios que deben afrontar en materia de transporte.

La segunda razón para excluir a dicho subsidio del cómputo de las rentas es que los subsidios previstos en la Ley de Integración Social de los Minusválidos se otorgaron atendiendo exclusivamente a las rentas de las que careciera el propio beneficiario, tras la corrección efectuada por la sentencia del Tribunal Supremo de 1986 al Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero^[553]; significa ello que si dos personas integradas en una misma unidad económica perciben respectivamente una pensión no contributiva y un subsidio LISMI, el percibo de tal pensión no contributiva no va a suponer ninguna mengua en el importe del subsidio, lo que debe comportar respectivamente que el subsidio no dificulte en modo alguno el derecho a una pensión no contributiva, ya que por el mismo concepto de estas unidades económicas (se considera que todos los recursos de la unidad sirven para atender las necesidades de quienes la integran) si se restase de la pensión no contributiva el importe del subsidio LISMI se produciría el mismo resultado práctico que si fuese el subsidio el afectado por el importe de la pensión, resultado éste que la citada sentencia del Tribunal Supremo consideró contrario a la Ley. La primera razón expuesta (compatibilidad) aconsejaba prever la exclusión del subsidio LISMI del cómputo de rentas del propio beneficiario, y la segunda razón (cómputo individual) demandaba que tal exclusión se realizara también en el cómputo de las rentas de la unidad económica.

Para preservar el cómputo individual de rentas.

Tomemos ahora en consideración otra exclusión. Los Centros Ocupacionales son instituciones terapéuticas destinadas a quienes por estar aquejados por una grave minusvalía no pueden desarrollar una actividad en una empresa o en un Centro Especial de Empleo^[554], y «se podrán establecer sistemas de premios o recompensas en orden a fomentar la más adecuada integración del minusválido en las actividades del centro»^[555]; estos premios son, pues, instrumentos terapéuticos o prestaciones, aunque tengan un cierto carácter remuneratorio por provenir en parte del esfuerzo del beneficiario minusválido^[556]. Pues bien: tales prestaciones, que según la norma general

La excepción de los Centros Ocupacionales

[553] STS de 10 de abril de 1986 (Ar.1741). Véase también la Resolución de 6 de agosto de 1986 (BOE de 30-sep-1986) que notifica el fallo de dicha sentencia para su general conocimiento y cumplimiento.

[554] Artículo 51.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril (BOE de 30 de abril de 1982).

[555] Artículo 7.1 del Real Decreto 2274/1985, de 4 de diciembre (BOE de 9 de diciembre de 1985).

[556] El artículo 13 del Decreto de la Generalidad de Cataluña 279/1987, de 27 de agosto (DOGC de 14 de septiembre de 1987) los califica como una reversión al usuario del fruto de la venta o transacción económica de los objetos obtenidos mediante técnicas productivas contempladas en los programas individuales de rehabilitación, que gratifican al usuario de dichos centros por el esfuerzo realizado.

del artículo 144.5 LGSS deberían computarse en la renta del beneficiario y de su unidad familiar, han sido también excluidas de dicho cómputo por el artículo 12.4 del reglamento de las pensiones no contributivas, y al ser estos centros una prestación de servicios sociales prevista en la LISMI, la exclusión reglamentaria de dichos premios del cómputo de rentas que analizamos, puede considerarse justificada por los mismos argumentos expuestos en los párrafos anteriores relativos a la conservación de la compatibilidad con el resto de prestaciones LISMI.

A finales de 1996^[557] se añadió en el artículo 144.1 LGSS una nueva excepción a las rentas computables al introducirse un mecanismo de interrupción del derecho a cobrar una pensión no contributiva de invalidez en caso de que el beneficiario realizara una actividad profesional por cuenta propia o ajena, y para garantizar que la aceptación de tal actividad remunerada no se traduciría en un obstáculo para reanudar el cobro de la pensión no contributiva, «no se tendrán en cuenta, en el cómputo anual de sus rentas, las que hubiera percibido en virtud de su actividad laboral por cuenta ajena o propia en el ejercicio económico en que se produzca la extinción del contrato o cese en la actividad laboral». De esta forma se consigue que el pensionista no contributivo por invalidez no tenga reparos en aceptar una actividad remunerada que si bien mientras la realice puede significar la reducción o la suspensión de la pensión que venía percibiendo, al finalizar dicha actividad podrá ver renacer su derecho a la pensión sin mayor dificultad^[558]. Ello no obstante, debemos avanzar que la fórmula empleada para determinar el período de cómputo podría ser mejorada para evitar que se produzca alguna situación contradictoria, ya que como veremos al analizar más adelante los períodos de cómputo, los efectos de esta excepción difieren según sea el día del año en que el minusválido finalice su actividad.

La excepción de los trabajos temporales.

Téngase en cuenta que se trata de importes muy modestos: siendo corriente que oscilen entre las cincuenta y las cuatrocientas pesetas semanales.

[557] Artículo 90 de la Ley13/1996, de 30 de diciembre (BOE de 31 de diciembre de 1996).

[558] Esta excepción de cómputo cumple así con el 'incentivo', y la conservación hasta lograr un 'ingreso seguro' que prevén los apartados 5 y 6 del artículo 8 de las «Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad» aprobadas por la Asamblea General de la ONU en 1994 (A/RES/48/96, de 4 de marzo de 1994, 85ª sesión plenaria) que dicen lo siguiente:

« 5. Los programas de seguridad social deben proporcionar también incentivos para que las personas con discapacidad busquen empleo a fin de crear o restablecer sus posibilidades de generación de ingresos.

6. Los subsidios de apoyo a los ingresos deben mantenerse mientras persistan las condiciones de discapacidad, de manera que no resulten un desincentivo para que las personas con discapacidad busquen empleo. Sólo deben reducirse o darse por terminados cuando estas personas logren un ingreso adecuado y seguro »

Analizadas las excepciones que la Ley o el reglamento han establecido, debemos avanzar una observación crítica a las mismas^[559]. El hecho de que todos los ingresos de naturaleza prestacional tanto los del beneficiario como los de la unidad económica deban computarse entre las rentas que pueden subvenir a las necesidades del beneficiario, sin más excepciones que las señaladas de las asignaciones por hijo y los subsidios por movilidad y transporte, simplifica -al menos, aparentemente- la gestión de las pensiones no contributivas; pero se plantea el problema de que esta simplificación puede representar una contradicción con el resto de la política de protección social. Como veremos después al analizar el mecanismo del cálculo diferencial de las pensiones, se presume que toda prestación que reciba el beneficiario o las personas que convivan con él en su unidad económica puede destinarse para atender cualquier otra necesidad vital del beneficiario; con esta presunción se pueden abortar las específicas finalidades tuitivas que motivaron al legislador a crear determinadas prestaciones, presumiendo el legislador que es posible y prioritario que se atienda a otras necesidades. La sola posibilidad de que una prestación concedida por la Ley para atender una determinada situación de necesidad del beneficiario o de sus familiares (desempleo, viudedad, etc.) , se prevea en otro precepto legal que debe computarse entre los fondos destinados a satisfacer un estado de necesidad distinto (vejez o invalidez del beneficiario de la pensión no contributiva) casa mal con la noción de «Sistema» (conjunto ordenado de preceptos e instituciones relacionados entre sí) de Seguridad Social.

Crítica a la contradicción con los fines de otras prestaciones.

En otro orden de cosas, si deben computarse todos los bienes o derechos que reciba el beneficiario o su familia, deberían computarse todos ellos aunque sean de poco valor, y en ocasiones la realización de derechos de mínimo valor supone un coste mayor que el del propio derecho, por lo que es usual que los ciudadanos renuncien a un derecho (por ejemplo, cobrar una deuda) cuando los costes (jurídicos, de comunicaciones, etc.) sean aproximadamente iguales o superiores a tal derecho; se otorga ordinariamente en estos casos un valor nulo al derecho porque se parte de la idea del valor neto, es decir, con deducción de los gastos necesarios para obtener efectivamente dicho derecho, y si dicho valor neto es nulo o muy reducido se renuncia a ejercerlo. Ello nos obliga a plantear dos problemas: si es posible renunciar a los bienes o derechos del beneficiario o de su unidad familiar que deben ser computados, y si es posible valorar dichos bienes o derechos por su valor neto.

El coste de realización de un derecho.

La posibilidad de renunciar a un derecho se admite en nuestro ordenamiento jurídico con algunas limitaciones, así cuando se trata de derechos laborales o de Seguridad Social, dado el carácter tuitivo de sus normas, se restringe la posibilidad de renuncia de

Renuncia voluntaria a un derecho.

[559] Véase la página [296](#)

estos derechos^[560], aunque siempre es posible la inacción respecto a los mismos; en el Código Civil son numerosos los casos en que se puede renunciar a un derecho^[561] si bien existen importantes limitaciones cuando se intenta renunciar a derechos futuros^[562] o si tal renuncia atenta contra el interés o el orden público^[563]. Sin embargo, aquí no nos interesa estudiar en qué casos esta renuncia es posible, sino si en los casos en que ésta sea posible de acuerdo con la regulación jurídica propia de tal derecho, tal renuncia supondrá que el valor atribuible al derecho renunciado no se computará entre las rentas del beneficiario o de su unidad familiar a los efectos restrictivos del disfrute de una pensión no contributiva. Si se diera el caso de que una persona intentara colocarse voluntariamente en la situación de carecer de rentas suficientes mediante la renuncia de las que posee, se trataría de una maniobra jurídica antisocial que bajo la cobertura de una norma -la disponibilidad de un derecho- buscaría fraudulentamente la inaplicación del impedimento de poseer rentas suficientes, y tal maniobra debería frustrarse aplicando el artículo 6.4 del Código Civil que obliga a aplicar en estos casos la norma que se ha intentado burlar, en este caso el cómputo de las rentas recibidas.

Aunque la renuncia a un derecho económico fuese aceptable, tal renuncia no podría conllevar el no cómputo del valor del derecho renunciado, porque no es posible renunciar más que a aquello que ya se posee; ciertamente, después de la renuncia el que era titular del derecho ya no poseerá el mismo, pero debemos recordar nuevamente que el valor a computar no es el del patrimonio que haya acumulado una persona, sino el de los bienes o derechos recibidos en un determinado período de tiempo, independientemente de que después tales bienes o derechos una vez recibidos por una persona se gasten, se ahorren, o se renuncie a ellos. Existen, en consecuencia, dos actos separados: en un primer momento el interesado recibe un derecho (por ejemplo: una sentencia firme le reconoce el derecho a percibir mensualmente una pensión alimenticia desde la fecha de la demanda), y el valor que debe computarse es el de tal derecho (en el ejemplo, los importes mensuales reconocidos^[564]); si en un momento posterior el interesado renuncia a todo o parte del derecho reconocido (por ejemplo, a cobrar las mensualidades atrasadas), el valor de este derecho al que se ha renunciado no debe dejar de computarse por el simple hecho de que se haya renunciado al mismo, ya que

Valoración de un derecho renunciado.

[560] Artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, artículo 3 de la Ley General de la Seguridad Social y artículo 245 de la Ley de Procedimiento Laboral.

[561] Por ejemplo: en los artículos 513.4; 544; 546.5; 576; 833; 870; 888; 988, etc.

[562] No se puede renunciar a los alimentos futuros, aunque sí a los pasados (artículos 151 y 1814 del Código Civil); tampoco a la legítima futura (artículo 816 del mismo Código); no pueden donarse bienes futuros (artículo 635 del Código Civil).

[563] Artículo 6 del Código Civil.

[564] Cuyo criterio de valoración en caso de impuntualidad en el pago ya hemos expuesto anteriormente.

-a los efectos estudiados- es jurídicamente indiferente que se haya renunciado al dicho importe o que el interesado lo dilapide en el minuto posterior a su adquisición; porque el acto de renuncia a un derecho, como la donación del mismo u otro acto con causa liberal, es un acto de disposición de tal derecho -para el que debe poseerse la capacidad jurídica de disposición del mismo^[565]- que produce una disminución de su patrimonio, y a los efectos de las pensiones no contributivas únicamente se computan los ingresos de bienes o derechos. Si en lugar de renunciar a su derecho se hubiese conciliado la realización del mismo, aceptando cualquier otra cantidad distinta a su valor nominal, nos hallaríamos ante un acto de disposición de un bien mueble^[566] con producción de un rendimiento y, de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 144.5 LGSS, deberá ser el importe de tal rendimiento el valor a computar entre las rentas del interesado.

Distinto es el caso de la mera pasividad en la obtención de rentas. Quien no realiza ningún acto para la obtención de ingresos o rentas no puede ver computado unos posibles -pero inciertos- ingresos que ha dejado de percibir, tanto si el origen de estos hipotéticos ingresos fuera de carácter prestacional (por ejemplo: al no solicitar una pensión), derivado del trabajo (por ejemplo: al no realizar ninguna actividad, o no reaccionar contra un despido), o derivados del capital (por ejemplo: al repudiar una herencia, o al no alquilar un inmueble de su propiedad); y ello no sólo porque tales ingresos son inciertos y, por tanto, de nulo valor computable, sino también porque la ley no penaliza la inacción ni obliga al beneficiario de una pensión no contributiva o a los miembros de su unidad familiar a intentar obtener determinadas rentas previamente a la solicitud de una pensión no contributiva, posibilidad ésta que podría haber sido prevista por el legislador ya que así lo ha hecho en otras ocasiones^[567]. Como ya se ha dicho, en este análisis se parte de la idea de que únicamente son computables los derechos que se reciban y consoliden en la esfera patrimonial del beneficiario o de otras personas computables, aunque quien sostuviera que deben computarse también los derechos a los que pudieran acceder tales personas por estar previstos en la ley (por ejemplo: una pensión), incluso si no los hubieran solicitado ni recibido, podría verse

Pasividad en la obtención de rentas.

[565] Por ejemplo, en el Código Civil: artículo 1935, «las personas con capacidad de enajenar pueden renunciar a la prescripción ganada; pero no el derecho a prescribir para lo sucesivo...»; artículo 347 «Cuando en venta, legado, donación u otra disposición en que se haga referencia a cosas muebles o inmuebles...»; artículo 624, «Podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes»; artículo 992, «Pueden aceptar o repudiar una herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes...».

[566] Artículo 336 del Código Civil.

[567] En otras prestaciones previstas la ley General de la Seguridad Social sí se condiciona la obtención de las mismas a que el interesado en obtenerlas haya agotado previamente el derecho a otra prestación o no tenga otro derecho: pensiones SOVI (disposición transitoria séptima), desempleo asistencial (artículo 215.1.a), b), c) y d); 215.2; 215.3; 215.4), asignación no contributiva por hijo a cargo (artículo 183.d)), indemnización por muerte y supervivencia a familiares (artículo 177.2).

obligado a computarlos con valor cero, porque este sería el rendimiento o el valor de los efectos económicos de estos derechos no solicitados (en el ejemplo, los efectos económicos de las pensiones se anudan a la fecha de su solicitud^[568]).

Se ha planteado la duda de cómo debían considerarse los ingresos obtenidos por familiares que no formasen parte de la unidad económica definida en la ley pero que fuesen cónyuges unidos a un integrante de dicha unidad económica, cuando dichos cónyuges se rigieran por el régimen económico matrimonial de gananciales. Se ha argumentado que en tal régimen siendo los ingresos obtenidos por cualquiera de los cónyuges de naturaleza común (1344 y 1347 del Código Civil), y debiendo ser destinados tales bienes al sostenimiento de la familia (1362 del Código Civil), tales bienes debieran computarse en las rentas de la unidad económica aún cuando su origen fuese la actividad de un miembro que no perteneciese a la misma; con tal interpretación se buscaría que el cómputo de rentas se acercara más a la realidad de comunicación patrimonial, que se halla trunca en la norma por la exclusión de los parientes por afinidad que no sean el cónyuge del beneficiario. Tal interpretación, aunque ha sido defendida en algún pronunciamiento judicial^[569], debe ser rechazada por dos tipos de razones. En primer lugar, porque la ley se refiere (144.1.d) LGSS) a los ingresos «propios» del beneficiario o de los familiares convivientes, y si ello ya es indicativo de una necesaria personalización de los ingresos, el hecho de que en la descripción de los mismos se diga que se incluyen los «derivados tanto del trabajo como del capital» parece concluyente en el sentido de que ello debe conllevar la exclusión de los ingresos obtenidos por el cónyuge, ya que si bien estos ingresos devienen comunes ello sucede tras haber sido obtenidos (del trabajo o del capital) por alguno de los cónyuges en concreto que es quien los aporta, pues como dice el artículo 1344 del Código Civil «se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos»; la sociedad de gananciales no hace desaparecer la personalidad de quien obtiene unos ingresos sino que es un sistema de administración y liquidación del patrimonio conyugal; y ya hemos señalado reiteradamente que lo importante a los efectos de estas prestaciones es el flujo de ingresos y no el patrimonio acumulado. En segundo lugar, debe rechazarse que únicamente en la sociedad de gananciales exista una aportación obligada a la atención de los estados de necesidad, ya que en todo caso los cónyuges deben auxiliarse mutuamente^[570] y, por ello, también en el régimen de separación de bienes «los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del

Ingresos computables y régimen económico matrimonial de gananciales.

[568] Artículos 43.1, 146, 164, 169, 178, 189.2, 209 y 219.1 de la Ley General de la Seguridad Social.

[569] STSJ de Galicia de 12 de marzo de 1996 (Ar.597), que duda entre si la atribución al beneficiario de los ingresos de su cónyuge debe hacerse en su totalidad o por la mitad.

[570] Artículo 67 del Código Civil.

matrimonio»^[571] pudiendo para ello cualquiera de los cónyuges disponer para tal fin de los ingresos obtenidos por el otro sin necesidad de rendir cuentas^[572]. En consecuencia, las disparidades entre la real comunicación patrimonial familiar y la unidad económica que a efectos de las pensiones no contributivas señala la LGSS no puede ser corregida mediante la apelación al régimen económico de gananciales, entre otras cosas porque los problemas que se generarían serían mayores aún, ya que entonces debiera también alterarse el sistema de cómputo de los ingresos del propio beneficiario atendiendo a su régimen económico familiar, que -para mayor complejidad- podría ser variado mediante las correspondientes capitulaciones matrimoniales.

En el mismo sentido de diferenciar las rentas que son percibidas directamente por el beneficiario, y las que únicamente son administradas por él, el Tribunal Supremo^[573] ha recordado que «beneficiario según el Diccionario de la Real Academia es el que goza de una merced, la persona a cuyo favor se constituye un seguro o renta», por lo que no pueden considerarse «rentas de cualquier naturaleza» del beneficiario las prestaciones de orfandad por cuanto éstas, aun cuando son administradas de acuerdo con el Código Civil por el progenitor superviviente, no se conceden en su favor, sino que el beneficiario es exclusivamente el huérfano como titular de tales prestaciones. Incluso -aunque incidentalmente- se apunta que debería contemplarse la condición tácita de administrador de ciertas prestaciones, al considerar significativa la exclusión realizada (por el INEM en aquel caso) de las prestaciones por hijo a cargo, pese a que el titular sí es el progenitor que lo mantiene.

Las prestaciones administradas tampoco son del administrador.

El Tribunal Supremo ha dictado recientemente una sentencia en unificación de doctrina^[574] en la que se acepta la tesis de la sentencia recurrida, consistente en atribuir los ingresos gananciales por mitades a cada cónyuge, porque «es doctrina generalmente admitida que la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica, es una comunidad de bienes que, en cuanto a tal, no es sujeto de derecho. La titularidad de los bienes gananciales pertenece, conjuntamente a los comuneros que integran la comunidad: los cónyuges, que tienen participación en todos y cada uno de los bienes que la integran», al poder el beneficiario disponer directamente de tales rentas de las que es partícipe en su titularidad para subvenir sus necesidades «es lógica consecuencia que la pensión asistencial que se le reconoce por falta de rentas, sea minorada en igual cuantía que la parte que le corresponde de aquellas de naturaleza ganancial». La solución del Tribunal Supremo nos parece acertada aunque no toda su argumentación:

El Tribunal Supremo y el régimen de gananciales

[571] Artículo 1438 del Código Civil.

[572] Artículo 1439 del Código Civil.

[573] STS de 20 de octubre de 1997 (Ar.6995).

[574] STS de 10-5-2000 (Ar.2773).

en primer lugar se insiste, como en otras sentencias, en que la finalidad de la norma es subvenir la falta de rentas, cuando, a nuestro entender, la falta de rentas es un requisito y no la contingencia tutelada^[575], y las pensiones pagadas son un instrumento con un objetivo distinto al complemento de rentas; requisitos, contingencia tutelada y medios empleados, pertenecen a planos distintos^[576]. Pero la argumentación básica del Tribunal se centra en la capacidad de disposición que tiene cada uno de los cónyuges sobre la totalidad de los bienes gananciales para atender a todas las necesidades que se produzcan en la familia, con cita de los preceptos del Código Civil que permiten tal disponibilidad. La argumentación del Tribunal Supremo en base a la capacidad de disposición más bien conduciría a deducir del importe inicial de la pensión la totalidad de los ingresos gananciales y no sólo la mitad, ya que si deben tenerse en cuenta las rentas familiares administradas, todas ellas estarían a disposición del beneficiario, por lo que todas ellas deberían computarse como obstaculizadoras de la pensión; nuestra discrepancia es con tal argumentación y no con la solución, y se basa en que no es computable el patrimonio monetario del que puede disponer el beneficiario por cualquier razón sino únicamente sus rentas; en consecuencia, debe disminuirse el importe inicial de pensión en la cuota-parte de los ingresos de la comunidad, porque es esta parte de tales ingresos la que le es imputable como titular -no como administrador- de las rentas percibidas cuando la titularidad de tales ingresos corresponda a la comunidad y no a uno de sus miembros.

El Tribunal Constitucional se planteó la influencia de los regímenes familiares cuando se trataba de medir la capacidad económica de la unidad familiar. En aquel caso^[577] se trataba de medirla a los efectos de deducir de ello su capacidad tributaria, y ahora se trata de medir tal capacidad para evaluar su necesidad de tutela; pero las consideraciones del Tribunal pueden servirnos de elemento de reflexión por el paralelismo que debe haber entre los derechos y los deberes que nacen de un mismo hecho: la capacidad económica. El Tribunal constataba, en primer lugar, que existía *ope legis* una comunicación patrimonial entre cónyuges y entre padres e hijos que no se da, de modo jurídicamente necesario, en otras unidades de convivencia; esta comunicación se da «de modo palmario, claro está, cuando el régimen económico del matrimonio es el de la sociedad de gananciales o cualquiera de los otros regímenes semejantes a él existentes, como regímenes legales, en determinadas partes del territorio nacional», pero añadía que tal hecho se producía, aunque en distinta medida, en los regímenes basados en la separación, en la participación o en cualquier otro; añadía seguidamente

Capacidad económica familiar: el derecho civil y otras normas.

[575] Como ya se indicó en la página [133](#).

[576] Véase lo argumentado en la página [454](#).

[577] STC 45/1989, de 20 de febrero; fundamento jurídico 6º.

a esto, que en todos los regímenes existen o pueden existir fuentes de renta que correspondan indistintamente a ambos cónyuges; y de ello el legislador podía sacar sus consecuencias, promulgando normas que contemplasen esta capacidad económica conjunta. Tras reiterar que esta comunicación patrimonial difiere según los regímenes económicos matrimoniales y otras circunstancias, el Tribunal afirma que la norma estudiada, «en atención a su propia finalidad, no está obligada a acomodarse estrechamente a la legislación civil (que sin embargo tampoco puede ignorar)» y que, es en principio constitucionalmente lícito que el legislador dé un tratamiento uniforme a la capacidad económica de la familia «sin atender a la variedad posible en la práctica». Según esta reflexión, pues, la no diferenciación en la norma de Seguridad Social según los regímenes económico familiares no sería ninguna laguna sino una opción legítima del legislador.

La Ley ordena computar cualesquiera bienes o derechos que constituyan los ingresos o rentas del beneficiario o de las personas que integran su unidad familiar, pero no menciona que tales ingresos puedan minorarse para su valoración con los gastos que el interesado hubiera debido satisfacer relacionados con tales ingresos. La periódica declaración de las rentas anuales para liquidar el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ha hecho arraigar en la conciencia social la existencia de conceptos como gastos necesarios para la obtención de ingresos, gastos de difícil justificación, ingresos netos en contraposición a los ingresos íntegros, etc. y por ello surge la duda de si el valor que debe computarse es el valor nominal de las rentas de cualquier naturaleza, o por el contrario lo que debe valorarse es la renta disponible, o dicho de otra forma: si debe computarse el valor neto o el valor bruto de los ingresos. En la normativa fiscal^[578], la diferencia entre ambos conceptos la constituye una serie de deducciones y reducciones de diversa naturaleza, que pueden agruparse en tres categorías: a) exenciones o reducciones de valor según la naturaleza de los ingresos, b) gastos derivados de una imposición legal, y c) gastos necesarios para la obtención de los ingresos. ¿Valor neto o íntegro?

El carácter omnicomprendido de las rentas que se deben computar según el primer párrafo del artículo 144.5 LGSS, y el establecimiento en la misma ley de determinadas excepciones, excluye la posibilidad de considerar que un tipo determinado de rentas que no se gravan fiscalmente (becas, premios, pensiones de invalidez, etc.) o cuyo valor se reduce a los efectos de la base imponible (rentas del trabajo inferiores a la media, rentas irregulares en el tiempo, seguros de vida, etc.), puedan recibir el mismo tratamiento a los efectos del cómputo de las rentas disponibles por el beneficiario de una pensión no Las excepciones de cómputo están tasadas.

^[578] Artículos 17, 18, 21, 23.3, 24, 26, 28, 29, 30, etc. de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre (BOE de 10 de diciembre de 1998)

contributiva. Las razones por las que se establecen en la normativa fiscal estas exenciones o reducciones de gravamen obedecen al deseo de las autoridades económicas de incentivar determinados comportamientos económicos del sujeto pasivo, o la doble imposición de un mismo acto económico, pero este trato de favor en el aspecto fiscal no pone en duda el carácter de rentas de tales ingresos, y aunque las mismas razones que motivaron un especial trato fiscal podrían haber sido consideradas por el legislador a los efectos de la valoración de rentas que ahora examinamos, no es posible extender las excepciones de cómputo más allá de lo querido por el legislador de las pensiones no contributivas, que en parte (vivienda habitual, asignaciones por hijo a cargo) sí ha coincidido con los criterios favorecedores del ámbito fiscal.

Para cumplir con los fines que les son propios, los poderes públicos han establecido una serie de obligaciones contributivas a los ciudadanos, que deben detraer una parte de los bienes que les pertenecen para el sostenimiento de los gastos públicos^[579]. Se plantea, en consecuencia, la duda de si entre los ingresos o rentas que deben computarse como suficientes para atender las necesidades de quien solicita una pensión no contributiva, deben incluirse esta parte de rentas que las personas consideradas relevantes deben destinar al sistema tributario público, pues puede argumentarse que al no poder disponer libremente de tales importes mal podrán servir para atender a las necesidades del beneficiario de la pensión, por lo que deberían computarse únicamente los ingresos realmente disponibles una vez se hubiesen deducido de los mismos los importes que la Administración Tributaria, la Seguridad Social u otros hubieran retenido para sí.

Sin embargo, este argumento reposa sobre dos premisas dudosas: primeramente, el argumento de que únicamente deben computarse las rentas netas porque sólo ellas están disponibles para aliviar la situación de necesidad del beneficiario de una pensión no contributiva, parte del presupuesto de que las necesidades del beneficiario sólo pueden ser satisfechas mediante los ingresos o rentas de los que puede disponer libremente. Ello es bastante dudoso, ya que entre las más elementales necesidades podemos hallar algunas que pueden ser satisfechas mediante la acción de los poderes públicos, e incluso puede sostenerse que ésta es la mejor vía para lograr el efectivo disfrute de algunos derechos básicos, como los de enseñanza, salud y seguridad. La detracción por ley de parte de las rentas del beneficiario o de las personas que conviven en su unidad familiar, no significaría pues cercenar una parte de sus posibilidades de satisfacer sus necesidades, sino el establecimiento de un mecanismo colectivo de disfrute de unos derechos, y la obligatoriedad de participar en su financiación sería la base de un mecanismo de solidaridad del que precisamente resultarían beneficiados aquellos que dispusieran de escasos recursos, ya que en virtud de la progresividad fiscal, podrían

[579] Artículo 31.1 de la Constitución: «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos...»

disfrutar de los servicios públicos por un importe menos que proporcional al coste de su uso. En consecuencia, debemos negar que las rentas detraídas obligatoriamente no sirvan para la satisfacción de las necesidades del beneficiario.

En segundo lugar, se supone que, salvo las detracciones impositivas, los interesados pueden disponer libremente de sus ingresos o rentas. Sin embargo, de la misma forma que un ciudadano está obligado a pagar sus impuestos, está también jurídicamente obligado a alimentar a sus hijos y cónyuge, vestirles, proporcionarles alojamiento, y -especialmente en las personas con escasos recursos económicos- buena parte de las rentas que perciben están moral y jurídicamente predestinadas; ello no obsta para considerar que todos los pagos que realicen -sean para alquileres, compra de alimentos o pensiones alimenticias, impuestos o cotizaciones- son pagos que únicamente pueden realizarse extrayendo su importe de las rentas o ingresos que ya ha percibido el interesado, y que deben íntegramente computarse sin que puedan deducirse de tal cómputo los importes que el interesado esté obligado a realizar, sea esta obligación de carácter público (por ejemplo: impuestos) o de carácter privado (por ejemplo, devolución de un préstamo).

No puede disponerse libremente de todas las rentas percibidas.

Ciertamente, la percepción social de estos pagos difiere cuando se realizan directamente por el interesado o cuando se efectúa la retención de los mismos por el pagador, pues parece en este segundo supuesto que el interesado no ha percibido la parte de sus rentas que ha sido retenida; sin embargo el deudor ha pagado íntegramente lo que debía al acreedor de estas rentas, con la particularidad de que, por imposición legal^[580], una parte de las rentas devengadas y pagadas han debido entregarse a la administración, por cuenta del beneficiario y -en el caso de las retenciones fiscales- a cuenta del importe íntegro de sus obligaciones contributivas públicas: y si tales importes no hubiesen pertenecido al patrimonio del beneficiario no serían posibles los mecanismos de deducción del importe retenido e ingresado a cuenta que se efectúa incluso aunque el obligado a retener se apropie del importe y no lo entregue efectivamente a la Administración^[581], ni la devolución posterior al interesado de los importes ingresados en exceso^[582]. Los importes retenidos son un mecanismo de pago, y a efectos del cómputo de los ingresos percibidos no debe haber diferencia alguna entre los pagos realizados mediante el mecanismo de retención en origen o los efectuados directamente por el beneficiario, y ello tanto si se trata de importes retenidos por razones fiscales (en salarios, premios, intereses, honorarios, etc.), como si se trata de

Retenciones y pagos directos emanan del patrimonio que ya se posee.

[580] Artículo 82 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre (BOE del 10 de diciembre de 1998).

[581] Artículo 82.6 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre (BOE del 10 de diciembre de 1998)

[582] Cabe recordar que el importe de las retenciones se halla parcialmente en manos del interesado, ya que éste puede ordenar que se le retenga un porcentaje superior al mínimo establecido legalmente.

retenciones efectuadas por orden judicial para el pago de pensiones alimenticias o deudas de cualquier tipo, como si se trata de cotizaciones de Seguridad Social (una aportación especial de carácter tributario^[583]) sin que en este último caso de las cotizaciones quepa diferenciar la naturaleza del pago entre los supuestos en que dicho pago es total (por ejemplo: régimen general), o un pago a cuenta del total debido como cotización (por ejemplo: artistas en espectáculos públicos^[584]), ni entre los supuestos en que la cuota debida se ingresa mediante el mecanismo de retención (por ejemplo: régimen general), o directamente por el interesado (por ejemplo: empleados del hogar); en todos estos casos deben computarse los ingresos íntegros.

En algunos casos la obtención de unos ingresos exige necesariamente que el interesado realice unos gastos, sin los cuales no sería posible la obtención de rentas o se habrían obtenido por un montante inferior. La diversidad de actividades económicas hace difícil una tipificación de las mismas de forma que cuando se ha intentado regular su repercusión fiscal, ha debido en ocasiones finalizarse con una norma abierta «los gastos necesarios para la obtención de aquellos [rendimientos] y el importe del deterioro sufrido por los bienes de que los ingresos procedan^[585]»; debe añadirse a ello que las distintas administraciones públicas no han mantenido un criterio uniforme -entre ellas o a lo largo del tiempo- acerca de qué conceptos podían entenderse como gastos necesarios^[586]. En el caso de quienes se dedican a actividades profesionales o empresariales la diferencia entre los ingresos íntegros -entendidos como el flujo de caja que ingresa en su patrimonio a lo largo de un determinado período- y los gastos necesarios para el desarrollo de su actividad es de una importante cuantía, y parece a todas luces ilógico considerar como los ingresos o rentas que pueden ser considerados suficientes el importe de lo cobrado a sus clientes (por ejemplo: por un vendedor de frutas y verduras) sin deducir de tal importe el coste de lo debido pagar por los productos que ha vendido (en el ejemplo: lo pagado al mayorista) más otros gastos del todo imprescindibles para la comercialización de tales productos (local, luz, etc.).

Gastos
necesarios
para la
obtención de
ingresos.

[583] «No hay diferencia apenas entre el impuesto afectado y las cuotas de los asegurados» ALONSO OLEA 1998, página 418. «La doctrina de manera dominante se ha inclinado por entender que la cotización es una exacción parafiscal» BLASCO, 1998, página 178. El Tribunal Constitucional también ha afirmado la naturaleza tributaria de las cotizaciones: STC 187/1994, de 20 de junio; STC 39/1992, de 30 de marzo, entre otras.

[584] Artículo 32 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre (BOE de 25-ene-1996).

[585] Artículo 62.1 del Real Decreto 2384/1981, de 3 de agosto (BOE del 24, 26 y 27-oct-1981).

[586] Por ejemplo los gastos de guardería o las cuotas sindicales para los trabajadores por cuenta ajena.

En el artículo 144.5 de la LGSS, además de ordenarse computar «cualesquiera bienes o derechos, derivados tanto del trabajo como del capital», podemos hallar entre las normas de valoración del segundo párrafo del mismo artículo el camino para realizar una valoración de los ingresos en tales situaciones. Recordemos que cuando las personas relevantes para el cómputo «dispongan de bienes muebles o inmuebles, se tendrán en cuenta sus rendimientos efectivos», y que interpretábamos tal párrafo en el sentido de que la disposición de tales bienes se refería no a su mera posesión patrimonial sino a la realización de actos de disposición. Será esta regla de valoración aplicable a los actos de disposición la que nos proporcionará el criterio para valorar los ingresos obtenidos mediante la actividad profesional y empresarial: ya que ésta consiste precisamente en la ordenación de la actividad humana junto con la realización de múltiples actos de disposición de bienes, en consecuencia, no deberá en estos casos computarse los ingresos sino lo que rinda la actividad económica, es decir los beneficios que produzca; y precisa el texto de la ley que estos rendimientos o ganancias deberán ser efectivos, es decir, los reales y verdaderos y no los quiméricos, dudosos o nominales^[587]. La conclusión que debemos extraer es que en el caso de un trabajador por cuenta ajena, que típicamente obtiene sus ingresos sin implicarse en el riesgo de las operaciones patrimoniales de su empresario, sino exclusivamente por la entrega al mismo de su actividad física o intelectual, debe computarse el valor íntegro de las rentas obtenidas; mientras que si estas rentas se obtienen a través de actos de disposición de bienes muebles o inmuebles -como los realizados comúnmente por empresarios y profesionales- deben computarse las ganancias netas, obtenidas de restar de los ingresos íntegros los gastos realizados para obtener efectivamente el rendimiento de su negocio^[588].

Los actos de disposición de bienes como medio de obtención de rentas.

Obsérvese, finalmente, que sigue diciendo la LGSS que «Si no existen rendimientos efectivos, se valorarán según las normas establecidas para el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas». Ello supone dos cosas: primero, que en los casos en que se realicen actos de disposición de bienes con el fin de obtener unos rendimientos, pero no se obtuvieran estos resultados de la actividad (por ejemplo: en los inicios de una actividad profesional o empresarial), para el cómputo de las rentas de la unidad familiar se tendrán en cuenta las reglas establecidas en la normativa fiscal señalada, la cual

Actividad que no produce rendimiento económico.

[587] Según la definición de «efectivo» que realiza la Real Academia Española, en la cuarta edición de su diccionario (1989).

[588] Similar solución (ingresos antes de impuestos para los trabajadores, ingresos netos para los autónomos) es la adoptada por US Census BUREAU-DEFINITIONS, 1999, voz *Earnings*, con detalle de los conceptos a considerar.

excluye o limita en ciertos casos la posibilidad de computar rendimientos negativos^[589] o computa unos rendimientos presuntos al final del ejercicio (por ejemplo: las inversiones en paraísos fiscales^[590]); en segundo lugar, el remitir únicamente a la ley del Impuesto sobre las Personas Físicas exclusivamente en el supuesto de que no hubiera rendimientos efectivos, supone que en los casos en que sí existan tales rendimientos, el cálculo de los mismos deberá hacerse bajo el criterio de realidad o efectividad, no siendo admisible el cálculo de las rentas mediante las fórmulas abreviadas -como la estimación objetiva^[591]- que en ocasiones utiliza dicha normativa fiscal para calcular la base imponible.

3C- EL PERÍODO DE EVALUACIÓN

El requisito de carecer de rentas o ingresos suficientes debe cumplirse tanto en el momento de la solicitud como durante todo el período de percepción de la pensión no contributiva, ya que los artículos 144.6 y 167.2 de la LGSS afirman que «las rentas o ingresos propios, así como los ajenos computables, por razón de convivencia en una misma unidad económica...condicionan tanto el derecho a pensión como la conservación de la misma». El cómputo de las rentas disponibles, sin embargo, puede realizarse día a día, cada semana, cada mes o considerando todo un año, y es preciso concretar el intervalo de tiempo que debe tomarse como referencia para el cómputo de los ingresos familiares.

Las rentas deben computarse durante un cierto período.

La adopción de un período largo de cómputo favorece la evaluación de las rentas cuando se perciben ingresos variables, y para buena parte de la población sus ingresos futuros son impredecibles^[592]; sin embargo, ello influye sobre la tutela que se va a otorgar, ya que cuanto mayor sea este período, más se traslada al beneficiario la responsabilidad de autoasegurarse ante situaciones de necesidad mediante mecanismos de ahorro privado^[593]; veamos como ejemplo la familia de un beneficiario que reciba

Efectos de la duración del período de cómputo.

[589] Por ejemplo: artículo 21.1.b), 38.b), y 39.2 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre (BOE de 10- dic- 1998).

[590] Artículo 78 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre (BOE de 10-dic-1998).

[591] Artículo 29 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre (BOE de 10-dic-1998).

[592] DURÁN HERAS, 1993, página 113.

[593] El autoaseguramiento de un determinado período de situación de necesidad se da en nuestro sistema de Seguridad Social, en los períodos de carencia previos a la contingencia, pero raramente existen dichos períodos de espera y consiguiente autoaseguramiento posteriormente a la contingencia; aunque existen para los primeros días de Incapacidad Temporal por contingencias comunes (tres días en el régimen general, y hasta un mes en regímenes especiales), y para la mayoría de prestaciones asistenciales por desempleo (un mes de espera). Como ejemplo de una utilización más extensa de esta técnica, en el sistema australiano de Seguridad Social existen con carácter general tres períodos de espera: a) «período de espera ordinario (OWP)» de siete días, posteriores al reconocimiento provisional del derecho; b) el «período de espera de prueba de los recursos líquidos (LAWP)» de un máximo de

ingresos derivados del trabajo durante seis meses en un año y no perciba nada durante otros seis: si el período de cómputo fuera mensual, durante seis meses se consideraría que no percibe rentas suficientes y podría ser beneficiario de una pensión no contributiva; en cambio, si el período de evaluación es de un año, puede ser que se le considere receptor de rentas suficientes durante todo el año si el promedio de las que recibió en los primeros meses del año es suficientemente elevado, y en consecuencia se le denegará la pensión o se le limitará su cuantía. En una primera aproximación podemos pensar que esto beneficia a las unidades familiares con menores ingresos, ya que aquellas que antes de la solicitud hubiesen percibido rentas importantes verán denegada su pensión, mientras que las familias con escasos ingresos podrán acceder a la misma aunque pueda serles reducida. Sin embargo, podemos realizar otra aproximación al tema partiendo de la base de que muchas familias con diversos niveles de renta gastan todos o casi todos sus ingresos mensuales, y que las familias con menores ingresos son las que tienen menor capacidad de ahorro; entre dos personas con la misma situación actual de necesidad (por ejemplo: invalidez y ninguna renta) a las que se les desestime su respectiva solicitud de pensión porque en cómputo anual resulta que tienen ingresos suficientes, aquella familia que en los meses anteriores tuvo más ingresos -y por ello pudo ahorrar más- estará en mejor condición para afrontar la denegación de esta pensión. Podemos ver así que el contemplar la necesidad de tutela adoptando un período largo de evaluación resulta criticable en la medida que perjudica a las unidades familiares con menores recursos, salvo a aquellas que ya los tuvieron tan escasos que no afecten o sólo afecten parcialmente a la pensión solicitada.

La ley adopta el período de cómputo anual de las rentas del beneficiario, ya que el artículo 144.1.d) de la LGSS especifica claramente que el requisito de carecer de rentas o ingresos suficientes se valorará mediante la suma de los mismos «en cómputo anual»; asimismo el artículo 149 de la LGSS (al que remite el artículo 170) establece una declaración de ingresos referida al año inmediatamente anterior, y el artículo 145.2 de la LGSS (al que remite el artículo 168) utiliza también el cómputo anual para establecer la repercusión en el importe de la pensión de las rentas de las que ya dispongan el beneficiario y su familia. La ley establece el cómputo anual.

Otra concreción que el RPNC realiza en el artículo 11.1, es que las rentas o ingresos insuficientes son «los que disponga, o se prevea va a disponer el interesado», la disyuntiva «o» significa que ambos supuestos -ingresos actuales y futuros- van a condicionar el derecho a una pensión, pero debe entenderse ello dentro del marco que se reglamenta, es decir: dentro del año que se evalúa; supone ello, por consiguiente, que Los años anteriores son irrelevantes.

13 semanas, posteriores al reconocimiento provisional del derecho y c) «período de espera de los residentes recién llegados (NARWP)» o período de carencia de 104 semanas; estos dos últimos períodos con numerosas excepciones. *Social Security Act* §3.6.5.70; 620 a 676; 696B, etc.

ni los ingresos que haya podido percibir en años anteriores, ni los que se prevea que pueda percibir en el año siguiente al evaluado pueden afectar el derecho a la pensión; el solicitante de una pensión no deberá declarar sus ingresos de años anteriores, ya que la previsión que se realiza en el artículo 16.2 del reglamento referente a la presentación de una declaración de ingresos referida al año inmediatamente anterior es aplicable a los «beneficiarios» y no a los que aún sean únicamente solicitantes de las mismas; los artículos 149 y 170 de la LGSS se refieren asimismo a los beneficiarios, y en la disposición adicional quinta de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre -que es citada aún expresamente por el RPNC, a pesar de su derogación en 1994^[594]- prevé tal declaración para «los perceptores de pensiones» lo que excluye claramente a los solicitantes.

Sin embargo, en caso de que se solicite una pensión una vez iniciado el año, se van a computar todos los ingresos y rentas de dicho año, y no únicamente los que pudiera percibir a partir de la fecha de tal solicitud. La elección de un período largo de evaluación parte del autoaseguramiento antes comentado, y supone para el beneficiario una restricción de tutela: cuando solicita la pensión se consideran los ingresos de los meses anteriores para denegarle eventualmente su pensión, y cuando es beneficiario, puede ver suprimida o reducida su pensión en atención a la previsión de ingresos que pueda percibir él y su familia en los meses venideros^[595]. El reglamento de estas pensiones concreta que debe tomarse el año natural «de enero a diciembre» como período computable de los ingresos que pueden obstaculizar el acceso a una pensión^[596]; a consecuencia de ello, a quien le sobrevenga su situación de necesidad en los últimos meses del año, puede estar en peor situación que quien precise de la tutela social en los primeros meses, ya que a éste último le computarán los ingresos anteriores en menor medida (durante menos meses) que a quien haya tenido la mala suerte de precisar una pensión no contributiva a finales de año. Así pues, entre dos personas solicitantes de una pensión que en los doce meses anteriores a su solicitud hayan recibido en sus unidades familiares los mismos ingresos, serán tratadas de forma distinta (a los efectos del obstáculo que representan estos ingresos) según sea la fecha de su solicitud; esta diferencia de trato surge exclusivamente de un precepto reglamentario que no debía necesariamente haberse redactado de tal manera; sin embargo, la otra opción hubiera sido haber interpretado el cómputo anual como «de fecha a fecha»^[597], lo que significaría no mejorar para nadie el acceso a la pensión, sino el igualar a todos en la

El año a considerar es el natural, no de fecha a fecha.

[594] Disposición derogatoria única.r) de la Ley General de la Seguridad Social,

[595] El artículo 17 del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo (BOE del 21 de marzo de 1991) autoriza a suspender el pago de la prestación a partir de la mera expectativa de ingresos futuros.

[596] Artículos 11.1 y 17 del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo (BOE del 21 de marzo de 1991).

[597] Siguiendo el cómputo de los plazos que realiza el artículo 5 del Código Civil

peor de las opciones posibles: computar en todo caso doce meses de ingresos anteriores, por lo que no cabe propugnar la modificación del precepto reglamentario examinado, ya que de las dos interpretaciones de la ley que el reglamento podía realizar, es lógico que se haya escogido la más favorable a la accesión del derecho a la protección social.

La excepción antes mencionada e introducida en 1996 de las rentas percibidas por la actividad laboral de quienes siendo perceptores de una pensión no contributiva por invalidez fueran contratados por cuenta ajena o se estableciesen por su cuenta, junto con la adopción del cómputo anual de las rentas, provoca una situación anómala, ya que la excepción de cómputo antedicha se refiere únicamente a las rentas «que hubiera percibido en el ejercicio económico en que se produzca la extinción del contrato» y no de todas las rentas que hubiera percibido por tal concepto; por lo que reciben un tratamiento muy dispar quienes inicien y finalicen su trabajo dentro del mismo año, o quienes se hallen a caballo de dos o más años. Veámoslo comparando tres ejemplos:

La excepción de trabajo temporal y el cómputo anual.

año 2002		año 2002	
enero	100,-	cobra PNC-invalidez	
febrero	100,-	cobra PNC-invalidez	
marzo	100,-	cobra PNC-invalidez	
abril	100,-	cobra PNC-invalidez	
mayo	100,-	cobra PNC-invalidez	
junio	100,-	cobra PNC-invalidez	
julio	100,-	cobra PNC-invalidez	
agosto	200,-	Trabaja	
septiembre	200,-	Trabaja	
octubre	100,-	cobra PNC-invalidez	
noviembre	100,-	cobra PNC-invalidez	
diciembre	100,-	cobra PNC-invalidez	

Para simplificar, vamos a considerar 1200 como valor ficticio de la pensión no contributiva que puede percibir el beneficiario (es decir 100 al mes), y el trabajo que realiza le proporcionaría exactamente el doble de dicho valor, es decir, 2400 al año (o 200 por cada mes de trabajo). En el caso más simple de la excepción que examinamos, la función de la norma legal del último párrafo del artículo 144.1 LGSS sería que el beneficiario pudiera reanudar el cobro de su pensión (en el mes de octubre del ejemplo) prescindiendo de las rentas de trabajo percibidas: el hecho de integrarse en la actividad laboral aceptando un

Si el inicio y el final se hallan a mediados del año.

trabajo durante dos meses, no alteraría en lo más mínimo el importe de la pensión no contributiva a percibir en los períodos en los que no dispusiera de tal trabajo.

año 2001		año 2002		año 2001		año 2002	
enero	100,-	enero	100,-	cobra PNC	cobra PNC		
febrero	100,-	febrero	100,-	cobra PNC	cobra PNC		
marzo	100,-	marzo	100,-	cobra PNC	cobra PNC		
abril	100,-	abril	100,-	cobra PNC	cobra PNC		
mayo	100,-	mayo	100,-	cobra PNC	cobra PNC		
junio	100,-	junio	100,-	cobra PNC	cobra PNC		
julio	100,-	julio	100,-	cobra PNC	cobra PNC		
agosto	100,-	agosto	100,-	cobra PNC	cobra PNC		
septiembre	100,-	septiembre	100,-	cobra PNC	cobra PNC		
octubre	100,-	octubre	100,-	cobra PNC	cobra PNC		
noviembre	200,-	noviembre	100,-	Trabaja	cobra PNC		
diciembre	200,-	diciembre	100,-	Trabaja	cobra PNC		

Supongamos con los mismos valores que en el ejemplo anterior (es decir, como valor mensual de la pensión: 100, y el doble como valor mensual del trabajo: 200), que ahora el beneficiario de una pensión no contributiva de invalidez finaliza el trabajo para el que ha sido contratado el día 31 de diciembre del primer año. En dicho año en el que ha finalizado su contrato, las rentas obtenidas no se computan a los efectos de constituir un obstáculo para el disfrute de la pensión, por lo que -ni antes,

Si finaliza el trabajo a final del año.

ni en una regularización posterior- cabrá alterar el importe de las pensiones percibidas

durante los tres primeros trimestres de dicho año; tampoco en el año siguiente deberá efectuarse ningún cálculo: finalizado su trabajo, y dado que en el ejemplo no consideramos que se perciban otras rentas, volverá el interesado a percibir su pensión por el importe íntegro de la misma (el valor mensual ficticio de 100 que hemos tomado como ejemplo).

Sin embargo, si dicho beneficiario no hubiese finalizado su contrato hasta el primer día

año 2001	año 2002	año 2001	año 2002
enero 80,-	enero 100,-	cobra PNC	Trabaja 1 día + cobra PNC
febrero 80,-	febrero 100,-	cobra PNC	cobra PNC
marzo 80,-	marzo 100,-	cobra PNC	cobra PNC
abril 80,-	abril 100,-	cobra PNC	cobra PNC
mayo 80,-	mayo 100,-	cobra PNC	cobra PNC
junio 80,-	junio 100,-	cobra PNC	cobra PNC
julio 80,-	julio 100,-	cobra PNC	cobra PNC
agosto 80,-	agosto 100,-	cobra PNC	cobra PNC
septiembre 80,-	septiembre 100,-	cobra PNC	cobra PNC
octubre 80,-	octubre 100,-	cobra PNC	cobra PNC
noviembre 200,-	noviembre 100,-	Trabaja	cobra PNC
diciembre 200,-	diciembre 100,-	Trabaja	cobra PNC

del año siguiente o una fecha posterior, según el último inciso del art. 144.1 LGSS únicamente las rentas derivadas del trabajo durante este segundo año serían las que no computarían para una eventual denegación o reducción de la pensión no contributiva cuyo cobro se reanuda; pero las pensiones percibidas durante el primer año sí que se verían afectadas (en el ejemplo: reducidas mensualmente de 100 a 80) debido al cómputo

Si inicio y final se hallan en distintos años.

anual de los ingresos percibidos por el beneficiario en un año distinto a aquél en que finalizó su trabajo, mediante el mecanismo del cálculo diferencial de las pensiones que analizaremos posteriormente.

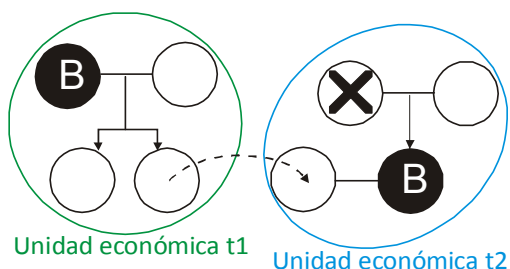
La absorción de las rentas obtenidas por el beneficiario de una pensión no contributiva que realiza el intento de integrarse en una actividad laboral dificulta la finalidad integradora de la norma, y como vemos en el ejemplo, al haber establecido la Ley como excepción del cómputo anual de las rentas únicamente el ejercicio en que el interesado cesare en su actividad laboral, se produce un trato dispar de difícil justificación, que únicamente puede ser corregido mediante la modificación de este último inciso del tercer párrafo del artículo 144.1.d) de la LGSS que limita la excepción al ejercicio en que hubiera finalizado la actividad laboral, de forma que -dentro de ciertos límites- se puedan excluir de cómputo las rentas de trabajo obtenidas con independencia de si corresponden o no al año de finalización de la actividad^[598].

Debe modificarse la LGSS para favorecer la integración laboral.

[598] Como precedente de la modificación que propugnamos puede citarse el Real Decreto 73/2000, de 21 de enero (BOE de 22 de enero del 2000) que modifica el Real Decreto 5/1997, de 10 de enero (BOE de 11 de enero de 1997). En dicha norma se modifican las reglas de cálculo de las rentas del interesado (y de su unidad familiar) en obtener un subsidio por desempleo para trabajadores eventuales agrarios; dicha modificación se realiza porque «ante la posibilidad de perder definitivamente la protección del subsidio, por la superación del límite de rentas, se puede provocar el rechazo del empleo o el ocultamiento de su realización, especialmente cuando el empleo implica movilidad geográfica»; para evitar esta consecuencia no deseada, y que es similar a lo que sucede en las pensiones no contributivas por invalidez, se excluyen todas las rentas obtenidas por el trabajo (agrario, en este caso), sin especificación temporal alguna.

En el período de cómputo anual no pueden considerarse cualesquiera rentas como computables, sino únicamente aquellas cuya naturaleza se corresponda a las que la ley ordena computar, y no las obtenidas por cualquier persona sino por quienes integran la unidad económica; cuando iniciado el año una persona pierde la cualidad de integrante de la unidad económica, sus rentas pierden el carácter de computables, y por lo que se refiere a esta persona el período de cómputo dejará en la práctica de ser anual para finalizar en el momento en que dicha persona dejó de formar parte de la unidad económica. Ciertamente podría interpretarse el artículo 144.1.d) de la LGSS y los artículos 11.2 y 12.1 del Reglamento de forma que, al fijarse sin excepción el período de cómputo anual de las rentas de quienes integran la unidad económica, todas las rentas obtenidas por dichas personas a lo largo del ejercicio económico deben ser computadas: sin embargo, podemos ver que en otros lugares de la ley se menciona claramente que

El cambio de unidad económica a mediados del período de cómputo.



1-I...

...31-XII

las rentas son computables en tanto sean ingresos de la unidad económica: «Las rentas o ingresos propios, así como los ajenos computables, por razón de convivencia en una misma unidad económica» «la suma de los ingresos o rentas anuales de la unidad económica»^[599]. El cómputo de las rentas de la unidad económica como obstáculo para acceder a una pensión no contributiva se basa

en la suposición de que se comparten las rentas de los integrantes de dicha unidad económica, y que éstas pueden servir para atender a quien se halla precisado de ayuda; la necesidad de interpretar que el período de cómputo anual se refiere a las rentas ingresadas en cada unidad económica lo podemos ver claramente si analizamos un ejemplo en el que una persona cambia a mediados de año entre dos unidades económicas (por ejemplo, por razón de matrimonio), y en cada una de estas unidades económicas existe un beneficiario de pensión no contributiva, los ingresos que pueda aportar esta persona deben computarse en una u otra de estas unidades económicas pero no es posible suponer que los dos beneficiarios de pensión pueden aprovechar los mismos ingresos; en consecuencia, si por no haberse previsto en la ley, no es posible excepcionar el período de cómputo anual, sí que es posible mantener que durante dicho período deben sumarse únicamente los ingresos que se integran en el patrimonio de cada unidad económica, y no los obtenidos por los sujetos relevantes antes o después de formar parte de dicha unidad convivencial.

[599] Apartados 1 y 3 del artículo 145 de la LGSS.

3.D- EL IMPORTE DE LOS INGRESOS SUFICIENTES Y REGLAS DE CÁLCULO

El importe anual de las rentas o ingresos suficientes, según el primer párrafo del artículo 144.1.d) de la LGSS, es igual a la suma del importe anual de la prestación definida en el artículo 145 de la misma ley, por lo que el concepto de suficiencia que se utiliza debe entenderse como «suficiente para alcanzar el nivel legal de renta». Esta definición circular de suficiencia (las rentas son suficientes porque igualan la pensión, y la pensión es suficiente porque iguala a las rentas suficientes) no sirve como valor equivalente a la exigencia de suficiencia a la que se refieren los artículos 41 y 50 de la Constitución; para verlo sólo hay que suponer que -por un error en el proceso legislativo- la ley fijase el importe de la pensión en diez mil pesetas anuales: las rentas suficientes serían las del mismo importe de diez mil pesetas al año, importe irrisorio que sería legalmente considerado como suficiente, pero que lo sería únicamente a los efectos internos de la concesión de una pensión igual a estos ingresos supuestamente suficientes; y es que si tenemos en cuenta que el cómputo de las rentas del beneficiario y de la unidad económica en la que conviva se ha establecido como un obstáculo al acceso a una pensión no contributiva, esta suficiencia que se predica de los ingresos puede ser entendida únicamente como el nivel de renta suficiente para no beneficiarse de la protección social. Es preciso, por tanto, realizar una comparación entre este nivel de rentas suficientes y un parámetro externo a la propia ley para poder valorar la suficiencia vital de dicho nivel de ingresos.

El concepto de ingresos suficientes.

Las distintas aproximaciones que se han realizado para determinar la insuficiencia de ingresos tienden generalmente a establecer una línea de corte por debajo de la cual las personas o las familias se considera que perciben ingresos insuficientes o -más crudamente- se consideran pobres, aunque alguna vez se ha definido la pobreza en términos de gastos familiares superiores a los propios ingresos^[600]. Para calcular esta línea de corte o umbral de pobreza se han utilizado tres sistemas^[601]: un valor absoluto (tener menos que un mínimo absoluto definido objetivamente), un valor relativo (tener menos que la mayoría de los demás), o un valor subjetivo (creer que no se tiene lo suficiente). La mayoría de las definiciones oficiales de bajos ingresos se basan en la fijación de un valor absoluto, sea a partir de un índice del coste de las necesidades básicas (por ejemplo, el Índice de Pobreza norteamericano -*U.S. Social Security Administration Poverty Index*-^[602]), sea a partir de una definición tácita del umbral de

El umbral de pobreza: distintos criterios empleados.

[600] TEEKENS, 1990.

[601] FÖRSTER, 1994, páginas 7 a 10.

[602] Un resumen de la evolución de elaboración de dicho índice de pobreza puede verse en US CENSUS BUREAU, 1999. Una explicación más amplia acerca de como se mide la pobreza en los Estados Unidos, puede verse en IRP, 1998, y -más resumido- en IRP, 1999. Las cifras exactas de las *poverty guidelines*

pobreza al fijarse el nivel mínimo de ingresos que da derecho a beneficiarse de programas de ayuda social (por ejemplo, la asistencia social alemana -*Bundessozialhilfe*-, el programa de ayuda social austríaco, o las pensiones no contributivas españolas). Este método permite calcular fácilmente los efectos de cualquier programa de ayuda social en los ingresos de sus beneficiarios pero puede ser criticado por la naturaleza arbitraria de la elección de lo que constituyen las necesidades básicas o el nivel mínimo de ingresos. El concepto relativo de bajos ingresos intenta superar estas dificultades considerando como bajos unos ingresos en relación a los ingresos o el nivel de bienestar del conjunto de la población; en su forma más sencilla este valor relativo se define como un porcentaje de la población (por ejemplo: el veinte por ciento) que percibe menores ingresos, lo cual permite que este umbral de pobreza evolucione paralelamente a los cambios del conjunto de la sociedad; pero el resultado es que sean cuales sean las medidas adoptadas habrá siempre el mismo porcentaje de personas consideradas como pobres. Una variante más compleja es definir los bajos ingresos como un fragmento del promedio o de la mediana de los ingresos^[603] de la población, lo que permite valorar la mayor o menor distancia que separa a unos ciudadanos de la mayoría. Los valores relativos de bajos ingresos son criterio tradicional utilizado por organismos (por ejemplo, EUROSTAT, OCDE, OIT) que realizan estudios comparativos del grado de pobreza entre distintas épocas y distintos países. Como tercera posibilidad, y para evitar la opción arbitraria por un determinado porcentaje o un nivel de ingresos mínimo, algunos estudios han establecido el nivel de rentas insuficientes en lo que resultase de sondeos de opinión pública^[604] con resultados dispares a los proporcionados por el uso de los valores absoluto y relativo de bajos ingresos^[605].

(una versión simplificada del umbral de pobreza *poverty thresholds* elaborado por el *Census Bureau*) para cada tamaño de familia, desde 1965 a 1998, en SSA-POVERTY, 1998.

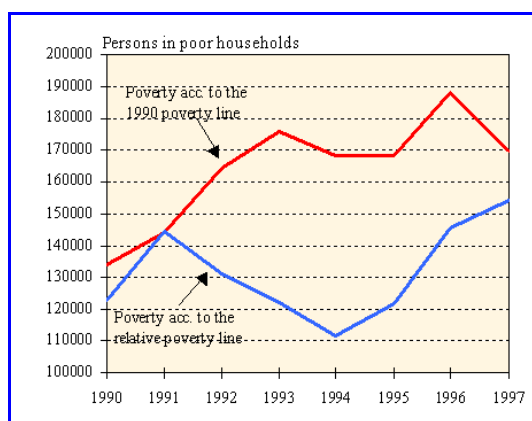
[603] El promedio o ingreso medio sería el resultado de dividir la renta total por el número de individuos que integra la población, la mediana sería el nivel de ingresos que permite diferenciar a la población en dos mitades con el mismo número de individuos en cada una, y suele dar un valor inferior al promedio. COMISIÓN IRPF, 1998.

[604] Existen numerosos estudios sobre la situación económica de las personas o familias en los que unas veces se pregunta directamente cual es el nivel de ingresos que consideran mínimo, y en otras se cuantifica el número de familias que consideran su situación económica como mala o muy mala, o la dificultad para llegar a final de mes. Como ejemplo para España pueden consultarse los estudios 2307 y 2320 del Centro de Investigaciones Sociológicas, CIS, 1999; o la Encuesta continua de presupuestos familiares, INE, 1999. Como estudio comparativo entre diversos países, véase el capítulo IV «*international comparisons*» en KEILMAN, 1997, y VAN DEN BOSCH, 1997.

[605] Una explicación de las razones de estas discrepancias con una propuesta de establecer una equivalencia entre los resultados obtenidos por los distintos métodos puede verse en VAN DEN BOSCH, 1996.

No existe, en consecuencia, un método internacionalmente uniforme para determinar cuando se carece de ingresos suficientes, y las cifras que se obtienen siguiendo los distintos métodos propuestos difieren de forma importante^[606]; la elección de uno u otro método para definir este umbral no es una cuestión neutra, ya que tal elección puede servir para justificar fácilmente distintas opciones legislativas. Por ejemplo, si escogemos como definición del umbral de pobreza un criterio relativo (rentas que se hallen por debajo de la mitad de la mediana de toda la población) como se usa por algunos organismos internacionales, en épocas de recesión económica y elevado paro, a medida que se incrementa el número de familias que necesitan de la ayuda social para poder sobrevivir disminuirá el número de personas que se hallan oficialmente por debajo del umbral de pobreza escogido, porque el nivel medio de los ingresos ha disminuido para muchas personas y quienes antes eran oficialmente pobres dejan de serlo cuando muchas más personas empobrecen también; en el gráfico adjunto puede verse la

La elección del umbral de pobreza.



comparación del número de personas que se hallaban por debajo del umbral de pobreza en un determinado país^[607] usando un criterio absoluto (línea de color rojo) o un criterio relativo (línea azul). Asimismo, pequeños cambios en el criterio elegido pueden suponer importantes variaciones en el resultado: en el ejemplo citado, en 1997 unas 155.000 personas, cerca del 3 por ciento de la población, percibía rentas inferiores al umbral de pobreza relativo; si el umbral se definiera

como el 60 en lugar del 50 por ciento de la mediana de todos los ingresos familiares, daría como resultado el doble de personas por debajo del umbral de pobreza. Se ha dicho que no existe un «derecho natural» acerca de los umbrales de pobreza, la ciencia no puede determinar qué umbrales de pobreza son aceptables para una sociedad, como máximo puede ayudarnos a decidir qué umbrales son consistentes con nuestros conocimientos generales sobre el estado económico de los hogares así como las consecuencias de las distintas opciones alternativas; los umbrales de pobreza se

[606] HAGENAARS, 1987 aplicando cuatro criterios absolutos, uno relativo, y tres de subjetivos a la población holandesa, obtuvo resultados acerca de la población que debía considerarse pobre que oscilaban entre el 5,7 y el 33,5 por ciento de la población.

[607] El país escogido como ejemplo es Finlandia. Los datos se han extraído del capítulo 4 (*Income distribution*) de STM-TRENDS, 2000.

considerarán razonables o no en base al sentido común de la colectividad o a su juicio político^[608].

En nuestro sistema de Seguridad Social cuando debe valorarse la insuficiencia de recursos económicos de los beneficiarios y sus familiares (desempleo, familiares supervivientes) existe una cierta tradición -no uniforme- de considerar que el importe que refleja las necesidades mínimas de subsistencia de una persona es el Salario Mínimo Interprofesional^[609], que es fijado anualmente por el Gobierno en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 27 del Estatuto de los Trabajadores, intervención gubernativa necesaria para garantizar el derecho que tienen los españoles a una «remuneración suficiente» (artículo 35.1 de la CE) y -como ha recordado el Tribunal Constitucional^[610]- esta intervención gubernativa, en un Estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores la justicia y la igualdad (art. 1.1 de la CE), es también el cumplimiento de la obligación de todos los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9.2 de la CE). Tras un período de dudas y contradicciones^[611] el Tribunal Supremo ha establecido en unificación de doctrina^[612] que «en aplicación del criterio de que el módulo del salario mínimo interprofesional determina el mínimo vital de subsistencia, cabe afirmar que si el obligado a prestar alimentos, bien por tener ingresos inferiores al SMI o bien aun teniéndolos superiores no puede suministrarlos al alimentista en cuantía igual o superior al SMI, tales alimentos, a efectos de la prestación de Seguridad Social discutida, no serían suficientes para entender acreditado que la persona obligada a prestar alimentos tenga la posibilidad de prestarlos, ya que el alimentista, de carecer de otros ingresos, no alcanzaría con los posibles alimentos prestados por el pariente obligado el referido mínimo vital de subsistencia». Es decir, según esta doctrina jurisprudencial *a)* el salario mínimo es el límite de subsistencia; *b)* no se está obligado a proporcionar ayuda (alimentos del art. 142 del Código Civil) a los familiares a menos que se disponga del duplo de dicho salario mínimo, de forma que por

El Salario Mínimo Interprofesional: criterio tradicional de recursos suficientes.

[608] BETSON, 1996, página 1.

[609] Para valorar lo exiguo que es el SMI español debe tenerse en cuenta que la Carta Social Europea considera que el salario mínimo neto debería ser equivalente al 60% del salario medio de cada país, mientras que en España alcanza apenas el 36%; su importe es de menos de la mitad del importe fijado en la mayoría de los países de la UE que lo tienen establecido (sólo Portugal y Grecia tenían en 1997 un SMI algo inferior al español). GUTIÉRREZ, 2000. MONEREO, 1996, página 114, considera que las pensiones del nivel contributivo deben proporcionar «un nivel decoroso», y las asistenciales no deberían ser inferiores al salario mínimo. SÁNCHEZ-URÁN, 1995, página 110, considera que las prestaciones no contributivas deben proporcionar únicamente «rentas mínimas para subsistir». En el mismo sentido: OLARTE, 1997, página 67.

[610] STC 31/1984, de 7 de marzo de 1984; F.J. 9º.

[611] Véanse las distintas líneas jurisprudenciales en CASTRO, 1998.

[612] STS 12 de marzo de 1997 (Ar.3389); quinto Fundamento de Derecho.

causa de dicha ayuda el alimentista no puede ver descender sus recursos por debajo de dicho «mínimo vital», y c) sólo existe posibilidad de proporcionar alimentos a un familiar cuando, por disponer el alimentista de dicho duplo del SMI, el alimentado pueda recibir como mínimo el mínimo vital.

El criterio antes transcrito es totalmente contradictorio con el empleado en las pensiones no contributivas ya que (y como más adelante se analizará con detalle) para los beneficiarios de las mismas y para su familia a) el umbral de recursos económicos suficientes se sitúa por debajo del salario mínimo interprofesional; b) se considera que los recursos económicos de los familiares que convivan con el beneficiario deben compartirse con el mismo, aunque dichos familiares queden por ello con rentas personales disponibles inferiores al salario mínimo interprofesional; y c) no se considera que las aportaciones económicas pequeñas por parte de los familiares que comparten ingresos con el causante puedan ser irrelevantes, sino que por el contrario, la pensión causada será inmune a la influencia de los ingresos de los familiares únicamente en cuantías superiores: las del intervalo comprendido entre el 75 por ciento y el 100 por cien del importe de la prestación. La posibilidad -incluso en la modalidad contributiva de pensiones- de que la Seguridad Social pueda mantener a un beneficiario por debajo del salario mínimo interprofesional es un tema que ha sido aceptado tras arduo debate por el Tribunal Supremo^[613], al analizar los límites a la compensación para el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas, si bien junto al hecho de que ello deriva de actos propios del beneficiario, y de que es una situación necesariamente temporal, la *ratio decidendi* era la necesidad de evitar la impunidad del fraude, circunstancias que aquí no se dan. Asimismo, la contradicción entre lo que debe entenderse por mínimo vital en distintas prestaciones es inatacable desde el principio de igualdad (art. 14 de la CE), ya que el Tribunal Constitucional ha declarado que «La genérica comparación entre las distintas prestaciones que integran la acción protectora del sistema de la Seguridad Social no es un término idóneo a efectos del juicio de igualdad. La Constitución autoriza, aunque no impone, una diferente protección en atención a las contingencias que originan las situaciones de necesidad y, por tanto, no es ilegítimo ni irrazonable que el legislador o el Gobierno puedan tomar en consideración estos factores causales para acordar un régimen jurídico diverso (ATC 573/1986)». El concepto de suficiencia de una prestación puede ser plurivalente, en atención a distintos objetivos buscados: la sustitución de rentas anteriormente percibidas, la compensación de un gastos soportados, la reparación por un daño sufrido, etc; sin embargo, sería ilógico que refiriendonos a un mismo objetivo de un mínimo vital el requisito de suficiencia que en la Constitución se expresa en los artículos 35 y 41 fuese un concepto tan flexible que el legislador pudiese adoptar en cada caso un criterio distinto, ya que esto privaría de contenido real al mandato constitucional, pues parece que no es admisible que se diga

Contradicción:
el mínimo vital
suficiente es el
SMI, o las
PNC.

[613] Por ocho votos contra siete en la STS de 14 de octubre de 1998 (Ar.8667).

que el salario mínimo es el «mínimo vital de subsistencia» y simultáneamente decir también que un importe claramente inferior es «suficiente» para atender las necesidades del inválido o anciano y las necesidades de los familiares que con él conviven. En conclusión: salvo que el legislador lo justifique suficientemente, el importe suficiente para satisfacer las mínimas necesidades de un trabajador y su familia no es distinto al importe suficiente para atender la situación de necesidad de un pensionista y su familia^[614], por lo que, o bien debemos corregir la calificación dada por el Tribunal Supremo al Salario Mínimo como mínimo vital de subsistencia, y debemos proclamar que el salario mínimo puede ser claramente más que suficiente; o bien el importe de las pensiones no contributivas, que sirve asimismo para determinar la carencia de rentas suficientes, incumple el mandato del artículo 41 de la Constitución.

Un reciente Decreto^[615] por el que se modifica la regulación para el reintegro especial de las prestaciones de la Seguridad Social indebidamente percibidas expresa en su Exposición de Motivos cual es la postura del Gobierno en cuanto al concepto de mínimo vital suficiente que venimos analizando. En esta norma se regula cual es el importe mínimo que no puede ser objeto de compensación o descuento con ocasión de tales reintegros, y -claramente inspirado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1998- se opta por considerar como intocable «la cuantía de la pensión de jubilación o invalidez, en su modalidad no contributiva, que operaría, a estos efectos, como mínimo vital de subsistencia». Tras diez años de existencia de una modalidad no contributiva de prestaciones con un umbral de ingresos y con unas pensiones de cuantía inferior a lo que hasta entonces se consideraban importes mínimos (salarios mínimos, pensiones mínimas), tiende a expandirse la consideración de que tal cuantía es el mínimo vital. Tal consideración puede apoyarse por la fuerza de los hechos: si durante años, decenas de miles de españoles -los beneficiarios de pensiones no contributivas- han vivido con tales importes, ellos son la demostración de que la cuantía de sus pensiones es suficiente. Ello nos muestra cómo se extienden las consecuencias de la argumentación circular de la suficiencia que señalábamos anteriormente: al definir el nivel mínimo de ingresos según el importe de la pensión, y la pensión como suficiente por alcanzar tal nivel de ingresos, en ausencia de un referente externo cualquier importe que se establezca como tal pensión será un importe suficiente.

El importe 'suficiente' no contributivo tiende a expandirse.

[614] Detalle este que es importante, ya que el hecho de que la evaluación de la carencia de rentas suficientes se efectúe a nivel de la familia del causante de la pensión no contributiva, imposibilita argumentar que las necesidades económicas de un activo (salario mínimo para un trabajador) son superiores a las de un beneficiario inactivo (pensión no contributiva), ya que los familiares del causante pueden ser personas en activo desempleadas u ocupadas.

[615] Real Decreto 1506/2000, de 1 de septiembre (BOE de 5 de septiembre del 2000).

El art. 145 LGSS remite a la Ley de Presupuestos Generales del Estado la fijación anual del importe de las pensiones no contributivas, y con ello el importe de las rentas que deberán considerarse suficientes. El punto de partida es pues este importe anual que para el año 2001 y un beneficiario es de 586.740 pesetas^[616], del cual no puede disponer el interesado en disfrutar de una pensión no contributiva; además de constituir el límite máximo personal del beneficiario; esta cifra -que representa algo más del setenta por ciento de los gastos medios de un hogar español^[617]- sera la única a considerar en el caso de las personas que vivan solas; sin embargo, en la mayoría de los casos existirá convivencia del beneficiario con otras personas^[618] por lo que no va a ser el único importe a considerar, ya que para valorar los recursos de la unidad económica la ley ha establecido diversas reglas.

El importe de ingresos fijado en la ley.

Observemos que se trata de un límite de rentas establecido de forma impersonal, esto es: no se realiza ninguna consideración personalizada de las necesidades económicas que pueda tener cada beneficiario; de forma que si bien en los casos de elevada minusvalía se va a otorgar una prestación más elevada, este mismo alto grado de minusvalía -que indudablemente genera necesidades económicas superiores a la media- no va a ser tomado en consideración para elevar el nivel máximo de ingresos de los que puede disponer quien pretenda acceder a una pensión no contributiva; el sistema de protección social reconoce la incapacidad como causa de no poder generar ingresos aunque con menor frecuencia la reconoce como causa de necesidades adicionales en cuanto a la suficiencia de recursos^[619]. Si las necesidades derivadas de su persona no se tendrán en cuenta, también serán irrelevantes las derivadas del entorno en el que se halle, como si dispone o no de una vivienda, o si puede disponer gratuitamente de determinados servicios públicos (transporte, guarderías, etc.) que no siempre se hallan al alcance de toda la población con dicho carácter gratuito ni se precisan con la misma intensidad. Una segunda característica es que este límite máximo de ingresos se establece de forma neutra: la ley prescinde de las causas por las que el beneficiario carece de ingresos suficientes, por lo que resultan indiferentes las causas ideológicas,

Características de este límite máximo de rentas.

[616] Artículo 40 de la ley 13/2000, de 28 de diciembre (BOE del 29 de diciembre del 2000).

[617] Según la encuesta continua de presupuestos familiares elaborada por el Instituto Nacional de Estadística, en el primer trimestre de 1999, el gasto total medio por hogar era de 737.389 pesetas, por lo que el importe fijado en la ley de Presupuestos Generales del Estado de la pensión no contributiva representa el setenta y dos por ciento de la cifra anterior. INE, 1999.

[618] En 1991 el número de hogares unipersonales en España era en general de poco más del trece por ciento, IDESCAT, 1996, sin embargo esta cifra se reduce a un dos por ciento cuando se trata de hogares en los que algún miembro percibe una pensión de jubilación, HAUSER, 1997, página 17. En ambos casos se trata de la cifra más baja de las constatadas en la Unión Europea.

[619] DURAN HERAS, 1993, página 115.

morales, fortuitas o de prodigalidad que hayan conducido a una persona a no disponer de recursos económicos suficientes.

Cuando el beneficiario no viva solo sino que esté integrado en una unidad económica de convivencia, el límite máximo de recursos equivale, según la LGSS^[620], a «la cuantía, en cómputo anual, de la pensión, más el resultado de multiplicar el setenta por ciento de dicha cifra por el número de convivientes, menos uno»^[621], o sea, que si el límite máximo de ingresos para el beneficiario es el importe de la pensión, cada otro miembro de la unidad económica se considera que dispone de ingresos suficientes desde el momento en que perciba el setenta por ciento del límite fijado para el beneficiario. Esta regla se corresponde con una similar establecida para el cálculo de la pensión, y puede justificarse diciendo que las necesidades mínimas de subsistencia de dos personas que convivan son inferiores a la mera suma de las necesidades de dos personas aisladas^[622]; es lo que los técnicos llaman las economías de escala, o dicho más llanamente: como pagan la luz a medias, precisan menos dinero para sobrevivir.

El hecho de haber tomado el porcentaje del setenta por ciento para ponderar las rentas de la segunda y sucesivas personas que compongan la unidad económica, se ha afirmado^[623] que tiene su origen en la llamada «Escala de Oxford» utilizada para ponderar las necesidades familiares; en esta escala se utilizan los siguientes coeficientes: el primer miembro de un hogar cuenta como un punto, cada miembro adulto adicional cuenta como 0,7 puntos, y cada niño cuenta como 0,5 puntos; es decir, que para obtener el mismo nivel de suficiencia económica si un adulto precisa de 1000 pesetas, un adulto con un niño precisaría de 1500, una pareja requeriría 1700, y una pareja con un niño precisaría de 2200 pesetas; recientemente la OCDE ha modificado dicha escala de forma que si al primer adulto se le atribuye un valor de 1, al segundo y sucesivos convivientes adultos se les atribuyen unas necesidades del 0,5, y a todo conviviente menor de catorce años se le puntúa con 0,3.^[624] En las pensiones no contributivas se ha adoptado la primera escala antedicha, pero únicamente a los efectos de ponderar las economías de escala del segundo adulto, es decir sin aplicar la ponderación reducida en el caso de la

[620] Más adelante se examinará el cálculo de la pensión en caso de convivencia de dos beneficiarios y la peculiar regla contenida en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000 en el artículo 39 de la Ley 54/1999, de 29 de diciembre (BOE del 30 de diciembre de 1999).

[621] Artículo 144.2 de la LGSS.

[622] La Exposición de Motivos de la Ley 26/1990 de 20 de diciembre argumentaba en base a «la innegable repercusión de la convivencia en las economías de los miembros del grupo».

[623] DURÁN HERAS, 1993, página 115.

[624] HAUSER, 1997, página 6.

población infantil, que queda equiparada en cuanto a necesidades económicas a los adultos.

La elección por el legislador de dicha escala de ponderación de las necesidades familiares en el caso de las pensiones no contributivas pone de relieve la falta de un criterio uniforme en la normativa española de protección social acerca de cómo deben estimarse las economías de escala en una unidad familiar. Para evidenciar esta disparidad basta comparar el criterio usado en las pensiones no contributivas (0,7 para el segundo y siguientes convivientes); el usado en los subsidios por desempleo en el artículo 215 LGSS (todos los familiares tienen valor 1); el utilizado en los subsidios por desempleo a trabajadores eventuales agrarios^[625] (decreciente: el segundo conviviente adulto con valor 1, tercero y cuarto: 0,75, quinto y siguientes: 0,5, y valores distintos para los menores de dieciséis años). Asimismo en las ayudas por hijo a cargo se aplican criterios distintos: en el artículo 181 LGSS se valora el segundo y posteriores hijos en un 0,15; en la normativa catalana de ayudas a menores de tres años^[626] la escala puntúa con valor 1 los cuatro primeros convivientes, y a partir del quinto las rentas se multiplican por un coeficiente decreciente. 0,91, 0,83, 0,77).

Disparidad de criterios para las economías de escala en la legislación española.

No existe tampoco unanimidad en la doctrina y en la legislación comparada para utilizar una determinada escala para adaptar las necesidades económicas al tamaño de una familia: en un estudio comparativo de treinta escalas distintas se advierte que existen notables diferencias de comportamiento entre países, edades, composición familiar y niveles de renta; asimismo se muestra que las variaciones no son lineales^[627]. Un problema adicional es que se han realizado muchos estudios acerca de las economías de escala en los gastos relativos a los niños en una familia, pero se han investigado mucho menos las diferencias entre uno o dos adultos^[628].

Existen distintos criterios doctrinales para las economías de escala.

Las distintas escalas de equivalencia pueden ser agrupadas en cuatro grandes grupos que producen resultados dispares en la «elasticidad de la equivalencia» (medida -entre 0 y 1- en que aumentan las necesidades familiares con el incremento del tamaño familiar): a) juicio estadístico: usado por la OCDE (1982), EUROSTAT (1990) y el *US Bureau of Labor Statistics family budgets*, con un valor 0.74; b) juicio programático, usado para calcular los beneficios obtenidos en programas de asistencia social en Suiza, Suecia, Reino Unido y USA, y que había sido utilizado por la OCDE en 1976, con un valor de 0,55;

Comparación entre escalas de equivalencia.

[625] Real Decreto 5/1997, de 10 de enero (BOE de 11 de enero de 1997).

[626] Orden de 16 de marzo del 2000 (DOGC de 8 de mayo del 2000).

[627] BUHMANN, 1988

[628] BETSON, 1996, página 37.

c) escalas basadas en los patrones de gastos de consumo familiar, emanados de estudios familiares en Canadá, USA y Francia, con un valor de elasticidad entre 0,4 y 0,5; y d) medidas basadas directamente en estudios de opinión, que dan siempre los más bajos valores: alrededor del 0,25^[629]. De la comparación con los distintos criterios posibles se puede concluir que el valor de economía de escala utilizado en España en el cálculo del límite máximo de ingresos de las pensiones no contributivas no es ni irracional, ya que es uno de los valores admitidos internacionalmente, ni lesivo para quienes desean acceder a una prestación, ya que de entre los distintos valores posibles^[630] se ha escogido uno de los que menor economía de escala supone -y, en consecuencia, permite compaginar mayores ingresos familiares con la prestación- y asimismo se ha realizado una equiparación del gasto que representan los niños con el de los adultos que cabe calificar de generosa, ya que todos los estudios consultados señalan que aquéllos suponen un menor incremento de gasto que el de un adulto. Esta equiparación tiene una repercusión no despreciable si tenemos en cuenta que España es el país de la Unión Europea en el que más hogares se componen de parejas con hijos^[631].

El argumento de que el importe de las prestaciones puede tener en cuenta las economías de escala producidas por la convivencia es consistente; sin embargo, en su aplicación práctica a las pensiones no contributivas debemos tener en cuenta que hereda todos los defectos de la configuración de la unidad económica que ya hemos examinado, ya que el ahorro de gastos antedicho se produce siempre que se dé una situación de convivencia entre dos personas, exista o no una relación de parentesco entre ellas^[632]. El Tribunal Constitucional en el análisis de una norma que intentaba establecer la capacidad económica de una unidad familiar dictaminó que las economías de escala no podían aceptarse como fundamento normativo en aquel caso por dos razones: *a)* porque la definición de unidad familiar no incluía a las unidades de convivencia de otro género [distinto a la pareja de cónyuges] cuando en ellas serían presumibles las mismas economías de escala, y *b)* porque de acuerdo con la definición legal de la unidad familiar algunos familiares convivientes con los cónyuges no formaban

Economía de
escala y
finalidad de la
norma.

[629] FÖRSTER, 1994. Un resumen de las variables a considerar en este tema puede hallarse en la introducción al estudio de SMEEDING, 1999.

[630] BETSON, 1996, páginas 23 y 24, expone una lista de distintos cálculos del porcentaje de incremento de las necesidades al incrementar la convivencia de una a dos personas adultas, que oscila entre el 23 y el 83 por ciento, siendo esta última cifra únicamente válida para convivientes de edad avanzada.

[631] España encabeza el conjunto de países con el 56% de parejas con hijos (el 64% si sumamos las familias monoparentales con hijos) seguido de Portugal, Grecia e Italia; en el extremo opuesto se hallan Suecia, Dinamarca y Finlandia en el que este tipo de familias representa aproximadamente una cuarta parte del total, IDESCAT, 1996.

[632] Como se afirma claramente en la memoria adjunta al Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes, y se menciona expresamente a las uniones no matrimoniales, los convivientes sin parentesco, y los convivientes con parentesco no matrimonial. CONGRESO, 1990, página 814.

parte de la unidad familiar mientras que en todo caso los cónyuges e hijos menores de edad formaban parte de la misma^[633]. Si la norma busca tener en cuenta las economías de escala, parece que sería mejor en lugar de tomar a la unidad familiar como núcleo de referencia, utilizar el concepto de hogar -ya utilizado en otros países por algunos programas de ayuda a quienes no disponen de ingresos suficientes-; entendiendo por tal hogar al conjunto de personas -que incluye a una o más familias o a personas sin relación de parentesco- que conviven en un mismo domicilio^[634].

En 1990/1991, cuando se establecieron las pensiones no contributivas y se fijó el umbral de pobreza en 364.000 pesetas, la media de los gastos familiares por cápita era en España de 741.740 pesetas (901.671 en Cataluña), pero aplicando la escala de Oxford dicha media de gasto era de 986.040 pesetas por unidad de consumo (1.205.827 en Cataluña) por lo que dicho umbral representaba algo menos del 37 por ciento del gasto medio familiar ponderado según la citada escala (30,19% en Cataluña)^[635], porcentajes muy inferiores al 50 por ciento del gasto medio ponderado que el Instituto Nacional de Estadística -siguiendo la definición de EUROSTAT- utilizaba para determinar el porcentaje de hogares que se hallaban por debajo del umbral de pobreza^[636], por lo que debemos concluir que el límite máximo de ingresos para poder solicitar una pensión no contributiva se estableció atendiendo además a otros criterios distintos que la medida objetiva de un umbral de pobreza. Una razón adicional para establecer este límite máximo de ingresos parece hallarse en la contemplación del supuesto hartado normal de una pareja, en la que uno de los cónyuges ha realizado una carrera profesional y ha podido acceder a una pensión contributiva, mientras que su cónyuge abandonó hace años el mercado de trabajo por lo que no reúne las condiciones para obtener una pensión similar: si el primero percibe el importe mínimo de una pensión contributiva de jubilación o de incapacidad permanente con cónyuge a cargo (para el año 2001: 1.029.700 pesetas), se supera ya el límite máximo de ingresos computables para una

Valor relativo del límite máximo de ingresos.

[633] STC 45/1989, de 20 de febrero, F.J. 6º, siguiendo lo que ya había manifestado el fundamento jurídico noveno de la STC 209/1988, de 10 de noviembre.

[634] HHS, 1998.

[635] IDESCAT, 1991, Aunque la cifra de ingresos es algo inferior a la de gastos, se advierte en una nota metodológica que el método de obtención de la información estadística empleado tiende a subestimar los ingresos. Téngase además en cuenta que en 1997 la encuesta continua de presupuestos familiares cambió su metodología por lo que estas cifras no son comparables con las anteriormente citadas correspondientes al año 1999. INE, 1997.

[636] IDESCAT, 1990. Con tal criterio se hallarían bajo el umbral de pobreza el 17,5 por ciento de las familias españolas, una de las cifras más altas de Europa.

pareja de adultos (para el año 2001: 997.458 pesetas)^[637], obstaculizando así la posible solicitud por el otro cónyuge de una pensión no contributiva.

Para calcular el límite máximo de ingresos en el supuesto de una pareja de adultos que convivan en una unidad económica familiar, deberemos tener en cuenta si evaluamos las rentas correspondientes al año 2000 la novedosa regla contenida en el artículo 39 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000. En dicho artículo se estableció por vez primera un importe especial de la pensión para el supuesto de dos beneficiarios: 940.296 pesetas íntegras anuales. La peculiaridad -y fuente de dudas interpretativas- es que este importe no equivale al 170 por ciento de la pensión establecida para un sólo beneficiario, que se fijó en 563.570 pesetas anuales; es decir, que no sigue con la tradicional 1ª regla de cálculo contenida en el segundo párrafo del artículo 145.1 LGSS; a la existencia de dudas interpretativas colabora el hecho de que ni en el articulado de la Ley ni en su Exposición de Motivos existe indicación adicional alguna al mero establecimiento de tal cuantía, ni se explica el origen de la misma; y coadyuva a la dificultad interpretativa el hecho de que esta nueva regla acerca del importe de las pensiones no contributivas no se haya acompañado de ningún cambio en el redactado de la LGSS.

El límite de rentas en el año 2000 para dos beneficiarios.

Ante el escueto redactado de la Ley que para el año 2000 dice escuetamente: «dos beneficiarios: 940.296 pesetas», debemos interpretar primeramente a qué supuesto exacto se refiere, determinando cuando existen estos dos beneficiarios. A nuestro entender, se refiere al supuesto de dos beneficiarios que vivan juntos en una misma unidad económica de las definidas en el artículo 144.4 LGSS, porque éste es el único supuesto en que dos beneficiarios cualquiera de pensiones no contributivas son considerados conjuntamente por la LGSS (artículo 145.1). Dado que el importe establecido para dos beneficiarios es más pequeño que el que resultaría de aplicar la fórmula anteriormente vigente, y más reducido que el importe que resultaría considerando aisladamente cada uno de los dos beneficiarios aludidos, se trata de una norma restrictiva de un derecho, que no debe ser interpretada extensivamente; por lo tanto, debemos descartar que pueda aplicarse a dos beneficiarios que convivan en un mismo domicilio pero que -por la ausencia de los lazos familiares relevantes- no formen parte de una misma unidad económica de las definidas en la LGSS. Asimismo la posibilidad de que estos dos beneficiarios puedan ser dos cualesquiera que no convivan

¿Quiénes son estos dos beneficiarios?.

[637] Igualmente en años anteriores: en 1999 la pensión mínima contributiva con cónyuge a cargo se fijó en 938.700 pesetas, importe ligeramente superior al límite de rentas de 903.329 aplicable a un matrimonio que solicitase una pensión no contributiva; para 1998 el importe establecido era de 922.040 y 887.264, respectivamente; para 1997 dichas cifras eran, respectivamente, 903.070 y 868.938; y para 1996, los citados importes eran de 880.180 y 846.804 pesetas. En todos estos años el límite máximo de ingresos de una pareja a los efectos de una pensión no contributiva es el 96,2 por ciento de la pensión mínima con cónyuge a cargo (para el año 2000, existió una especialísima regla de cálculo).

juntos debe descartarse por llevar al absurdo, ya que considerar dos beneficiarios cualesquiera sería aplicable a todos los beneficiarios de pensiones no contributivas en España, y, en consecuencia, convertiría en inaplicable el precepto inmediatamente anterior al analizado: el que señala un importe de la pensión para un beneficiario.

Hasta 1999, las reglas de cálculo del importe de las pensiones no contributivas y del límite máximo de ingresos para acceder a ellas se hallaban bien coordinadas en la LGSS. El límite máximo de ingresos era el mismo que el importe de la pensión (artículo 144.1.d) LGSS), y para dos beneficiarios el límite de ingresos era el 170 por ciento del establecido para uno sólo (artículo 144.2 LGSS), y esto quedaba bien coordinado con el cálculo de la pensión cuando convivían dos beneficiarios: también el 70 por ciento de la pensión fijada para uno sólo (artículo 145.1.b) LGSS). Al haberse fijado en el año 2000 una regla especial para la pensión de dos beneficiarios surge el problema inicial de determinar si tal regla debe limitarse a los exclusivos efectos del importe de la pensión, o si afecta también al cálculo del límite máximo de rentas disponibles por parte de tales beneficiarios. Como ya se ha comentado no se ha realizado modificación ni derogación alguna al texto de la LGSS; por consiguiente, la antinomia entre el texto de la Ley de Presupuestos y la LGSS debe resolverse de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2 del Código Civil acerca del alcance de la derogación por una ley posterior «se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior». Pues bien, el texto de la nueva Ley resulta incompatible con parte del artículo 145.1 LGSS acerca del cálculo del importe, pero no es incompatible con la pervivencia íntegra del artículo 144.2, porque en el mismo se remite el importe del límite máximo de ingresos al importe de la pensión, y esta pensión a la que se alude puede ser de importe distinto de acuerdo con las circunstancias que considere el legislador (en este caso, la convivencia de dos beneficiarios). Al limitar la derogación tácita a sus justos términos, descartamos la posibilidad de que el supuesto previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000 pueda extenderse a otras situaciones distintas a las de la presencia de dos beneficiarios; concretamente, el límite máximo de rentas de una unidad económica formada por dos personas, de las cuales sólo una sea o pretenda ser beneficiaria de una pensión no contributiva, es un supuesto distinto, y, por consiguiente, se calculará dicho límite máximo de rentas según la regla tradicional a partir de la pensión inicialmente prevista para un beneficiario. La consecuencia es clara: de la misma forma que se establece un importe de pensión distinto en caso de dos beneficiarios convivientes, el límite máximo de ingresos también será distinto según si el segundo miembro de una unidad económica sea o no asimismo un beneficiario de pensiones no contributivas.

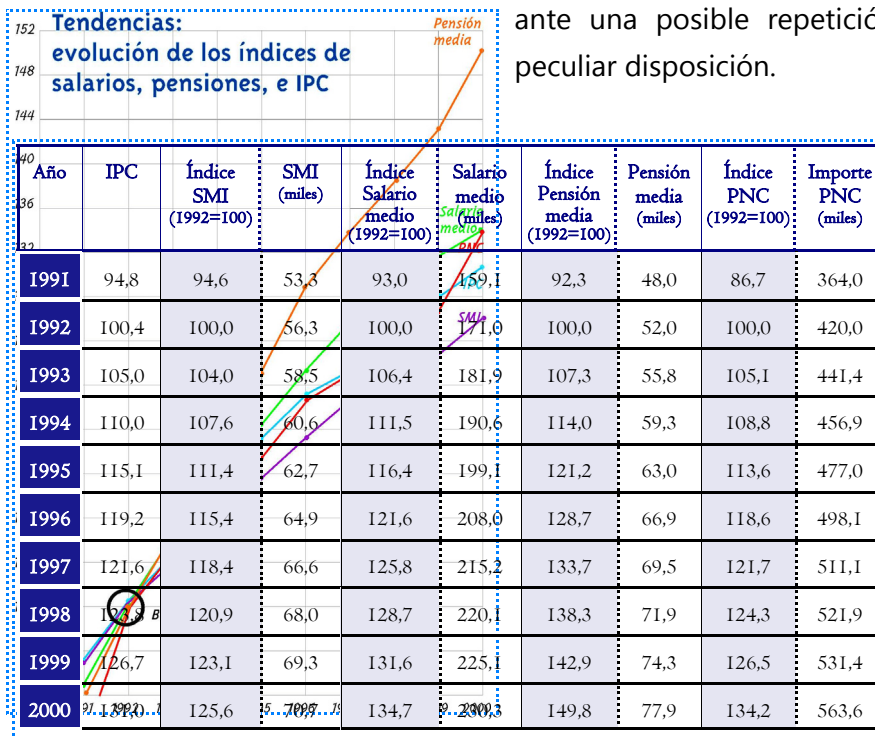
Existe un nuevo límite máximo de ingresos.

La parquedad expositiva del legislador al establecer el importe de la pensión -y en consecuencia el límite máximo de ingresos- para dos beneficiarios, plantea algunas

Tres beneficiarios: remisión.

dudas al intentar establecer cual debe ser el límite máximo de rentas de una unidad económica en la que convivan tres beneficiarios. El supuesto se dará seguramente con poca frecuencia, pero no es imposible: basta pensar en cuanto a la contingencia de invalidez los supuestos de enfermedades ocasionadas o favorecidas por una anomalía genética, que pueden fácilmente afectar a varios miembros de una misma familia; por otra parte, siendo tan menguado el importe de estas pensiones, no deberá extrañarnos que los familiares beneficiarios (por ejemplo, unos hermanos) tiendan a vivir juntos, ya que posiblemente puedan sobrevivir con el importe mensual que perciben, pero difícilmente podrán hacerlo de forma independiente. Al depender del importe de la pensión el cálculo del límite máximo de rentas, examinaremos con detenimiento este supuesto de tres beneficiarios en los epígrafes correspondientes al cálculo del importe de la prestación, ya que aunque para el año 2001 esta peculiar regla relativa a dos beneficiarios no se ha reproducido, merece ser examinada, ya que hasta que no hayan transcurrido los años necesarios para que pueda descartarse por prescripción toda reclamación, revisión y recurso, esta regla conserva su aplicabilidad en el examen de las rentas de los beneficiarios; aparte de su interés

ante una posible repetición futura de esta peculiar disposición.



Si analizamos la evolución del importe de las rentas suficientes que impiden obtener una pensión no contributiva, mediante la comparación con la evolución del Índice de Precios al Consumo, el

Salario Mínimo Interprofesional, y los salarios medios cobrados por los trabajadores,^[638] podremos ver que dicho importe de las rentas 'suficientes' (o lo que es lo mismo, el importe de la pensión) ha seguido una evolución muy similar a la del índice de precios,

[638] Cifras obtenidas de la edición electrónica del Boletín de Estadísticas Laborales en BEL-GANANCIA; BEL-IPC; BEL-PENSIONES; BEL-SALARIOS; y BEL-SS, salvo las relativas al importe de las pensiones no contributivas que se han obtenido de las Leyes Generales de Presupuestos del Estado de cada año.

ligeramente superior a la del salario mínimo^[639], y, entre 1996 y 1999, inferior a la evolución del salario promedio pagado a los trabajadores en activo, lo que concuerda con la disminución en los últimos años de la relación del gasto de protección social/PIB^[640]; en el año 2000, el incremento de estas pensiones ha sido proporcionalmente superior, corrigiéndose así la anterior tendencia. Sin embargo, la evolución de las pensiones no contributivas continúa muy lejos de la de las pensiones medias, y si bien ello puede explicarse por diversos factores, especialmente por el mecanismo de sustitución de las pensiones contributivas que tienen una vida mucho más larga que las pensiones no contributivas; el resultado final es que, si bien la implantación de dichas pensiones contribuyó a disminuir las desigualdades sociales al proporcionar una renta a algunas personas que carecían de todo ingreso, durante los últimos nueve años han crecido más rápidamente los importes percibidos por quienes trabajan o cobran una pensión contributiva, que los percibidos por los beneficiarios de una pensión no contributiva.

Prosigue el artículo 144 de la LGSS estableciendo en su apartado tercero una regla de cálculo para los supuestos en que el beneficiario de una pensión no contributiva conviva con sus ascendientes o descendientes en primer grado, es decir, con alguno de sus padres o hijos, en cuyo caso el límite de acumulación de recursos anteriormente analizado se multiplicará por dos veces y media^[641]. En el segundo párrafo del artículo 11.2 del reglamento se precisa que los ascendientes o descendientes pueden ser consanguíneos o por adopción, reafirmando así el principio de igualdad entre las filiaciones que constatábamos ya en la definición reglamentaria de la unidad de convivencia. La Exposición de Motivos de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, dedica un párrafo a justificar esta regla especial referente a la convivencia con ascendientes o descendientes, diciendo que «tiene por objeto tanto favorecer la integración de las personas mayores en unidades familiares constituidas por sus hijos, como la protección de los minusválidos. En estos supuestos, los ingresos de los padres o, en su caso, de los hijos del pensionista no impiden el acceso a la pensión de los beneficiarios que convivan con ellos, si no superan dos veces y media el límite general establecido. De esta manera, se evita un obstáculo adicional para el acogimiento de los padres ancianos o inválidos en los hogares de los hijos, así como se establece un mecanismo adicional

Convivencia
con padres o
hijos.

[639] A diferencia de lo que sucedía con las prestaciones LISMI que en el período 1984 a 1992 se incrementaron mucho menos que el salario mínimo, Datos y gráficos en: BELLO, 1992, páginas 203 a 206 del tomo I.

[640] Datos extraídos de: DGOSS-PRESTACIONES, 1999; Y EUROSTAT, 1999.

[641] En el proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes, este multiplicador era únicamente de dos veces el importe del límite previsto para otros dos convivientes no unidos por un parentesco en línea recta. Asimismo se refería únicamente al solicitante que conviviera con un hijo (con sus descendientes en primer grado, decía). BOCG-Congreso, serie A, número 1-I, de 22-dic-1989.

de protección en favor de los minusválidos, puesto que la convivencia, por sí misma, no va a determinar la pérdida o minoración de los derechos de pensión».

Efectivamente, la multiplicación por 2,5 de los límites máximos representa un cambio importante del requisito de carecer de rentas insuficientes. Para valorar dicho cambio podemos analizarlo en relación a los importes mínimos y medios de los salarios y de las pensiones, con el fin de analizar qué repercusión tiene la incorporación de un trabajador o de un pensionista en la unidad de convivencia. Si para un matrimonio en el que uno de los cónyuges perciba una pensión no contributiva el límite máximo de ingresos es en el año 2000 de 958.069 pesetas, en caso de que se incorpore a esta unidad económica el padre del beneficiario o un hijo de dicho matrimonio, el límite pasaría a ser de 3.381.420 pesetas, es decir, dicho límite máximo sufre un incremento de 2.423.351 pesetas que es claramente superior al importe medio de las pensiones de jubilación actuales (1.241.912 pesetas)^[642] pero inferior al salario medio de los trabajadores (2.961.960 pesetas)^[643]. Podemos suponer, pues, que en la mayoría de los casos la incorporación de un padre jubilado no supondrá ni imposibilidad ni merma en la pensión no contributiva del beneficiario; sin embargo, en caso de que este matrimonio se incorpore a la vivienda de un hijo que trabaje, sí puede representar en la mayor parte de supuestos la imposibilidad de acceder a esta prestación, ya que el límite máximo de ingresos en esta unidad económica de tres personas se halla muy cercano a dicho salario medio de un trabajador. Si un beneficiario convive con su cónyuge y éste percibe una pensión contributiva de invalidez o jubilación, tanto si percibe éste del importe medio de dichas pensiones (1.241.912 pesetas), como si únicamente cobra el importe mínimo de la pensión con cónyuge a cargo (989.100 pesetas)^[644], o si percibe el salario mínimo interprofesional (989.520 pesetas)^[645] resultará imposible el acceso a la pensión; sin embargo, si incorporan a su unidad familiar a un progenitor del interesado en obtener una pensión no contributiva, el incremento del límite máximo permitirá a dicho interesado obtener la pensión. Ello no obstante, al analizar las personas relevantes en la configuración de la unidad económica ya hemos señalado las incongruencias que se producían, ya que el incremento de dos veces y media del límite se produce únicamente si en el hogar se acoge al padre del beneficiario, pero no si se acoge al padre de cualquier otro integrante de la unidad económica como por ejemplo el padre del cónyuge no pensionista, o sea el suegro del mismo; asimismo si el beneficiario se casa

Efectos prácticos de la regla en caso de convivencia con ascendientes.

[642] Según cifras publicadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales referidas al mes de marzo de 1999: BEL-SS, 1999; BEL-PENSIONES, 1999.

[643] Según cifras publicadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales relativas al cuarto trimestre de 1998: BEL-SALARIOS, 1999; BEL-GANANCIA, 1999

[644] Real Decreto 5/1999, de 8 de enero (BOE del 9 de enero de 1999).

[645] Real Decreto 2817/1998, de 23 de diciembre (BOE del 30 de diciembre de 1998).

con un trabajador o con un pensionista contributivo puede perder su pensión, pero en caso de establecer una simple convivencia *more uxorio* con dicha persona no afectará en modo alguno su pensión no contributiva. En consecuencia, la finalidad anunciada en la Ley 26/1990 que instauró las pensiones no contributivas de favorecer el acogimiento de padres ancianos y de minusválidos se queda a medio camino, ya que únicamente se favorece el acogimiento en un hogar en algunos de los supuestos posibles.

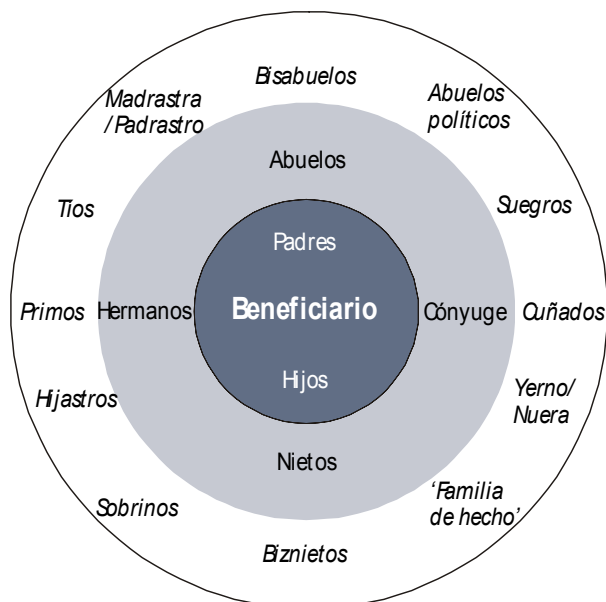
En resumen, las cifras del límite máximo de ingresos o rentas que pueden poseer los beneficiarios de una pensión no contributiva y la unidad económica formada por quienes con ellos convivan, en algunos supuestos habituales^[646], son las siguientes:

Ejemplos de límites máximos de ingresos.

Composición Unidad Económica	Límite de rentas en el 2001	Cálculo del límite de rentas
Beneficiario	586.740	Importe de la pensión
Beneficiario + cónyuge	997.458	pensión + (pensión × 70%)
Beneficiario + cónyuge + hermano del pensionista	1.408.176	pensión + [(pensión × 70%) × 2]
Beneficiario + cónyuge + hijo	3.520.440	(pensión + [(pensión × 70%) × 2]) × 2,5
Beneficiario + hermano + padre + madre	4.547.235	(pensión + [(pensión × 70%) × 3]) × 2,5

Si consideramos conjuntamente las normas relativas a la composición de la unidad económica y las relativas al límite máximo de ingresos de dichas unidades, podremos

Clasificación de los parientes según su repercusión en las PNC.



observar que existen tres situaciones distintas de convivencia junto con el beneficiario, que esquematizamos en el gráfico adjunto: un núcleo reducido de personas (en el gráfico se señalan con color intenso) que elevan sustancialmente el nivel máximo de rentas, de forma que la convivencia con ellas en la mayoría de ocasiones no ocasionará ninguna dificultad para percibir una pensión no contributiva; un segundo círculo de parientes (en el gráfico se señalan con color tenue) que si conviven con el beneficiario y

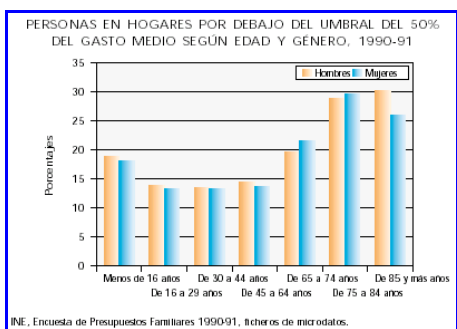
[646] La situación de convivencia de las personas mayores de sesenta y cinco años en España es la siguiente: 16,1% viven solos, 54,4% con su cónyuge o pareja, 22,7% con sus hijos, 3,5% con otros familiares, 0,3% con un asistente, 2,8% otras situaciones. Estos porcentajes cambian con la edad, de forma que el 45,8 de los mayores de 80 años viven con sus hijos. Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, citado por ANDRADE 1999., pagina 27.

perciben rentas que superen el setenta por ciento del importe de la pensión no contributiva van a ocasionar o una merma del importe de la pensión o la imposibilidad de obtenerla: algo crudamente podríamos decir que son parientes que a menudo perjudican la pensión del beneficiario; y, en tercer lugar, el resto de personas que pueden convivir con el mismo (en la zona blanca del gráfico) cuya convivencia con el beneficiario y las rentas que puedan percibir resultan absolutamente irrelevantes para el disfrute por el beneficiario de su pensión no contributiva, ya que dichas personas no forman parte de la unidad económica definida en el artículo 144.4 de la LGSS.

4.- EL REQUISITO COMÚN DE TENER UNA DETERMINADA EDAD

Tener una determinada edad es un requisito que en la modalidad contributiva de la Seguridad Social se exige en algunas prestaciones, señalando como personas merecedoras de recibir la protección social o aquellas que tienen menos de un determinado número de años (por ejemplo: orfandad) o aquellas que han sobrepasado cierta edad (por ejemplo: jubilación); tal requisito de tener determinada edad no se formula arbitrariamente, ya que puede pensarse que el legislador presume que la corta o la avanzada edad son causas relevantes de disminución de la capacidad para afrontar determinados sucesos vitales^[647], y por dicho motivo les hace objeto de la protección

La edad es un requisito lógico.



IMRSERO, 2000

pública, por lo que puede considerarse que la edad es un requisito cuya exigencia es coherente con la finalidad protectora del sistema. En las pensiones no contributivas, tanto en la de jubilación como en la correspondiente a la contingencia de invalidez, tener determinada edad es un requisito para disfrutar de las mismas, aunque ciertamente no se formula tal requisito en los mismos términos para cada una de ellas.

4.A- LA EDAD EN LA PENSIÓN NO CONTRIBUTIVA DE INVALIDEZ

El artículo 144.1.a) LGSS establece que los beneficiarios de una pensión de invalidez en su modalidad no contributiva deberán ser mayores de dieciocho años y menores de

La edad mínima es distinta a la de la modalidad contributiva.

[647] Y así se constata estadísticamente, como puede verse en la ilustración adjunta relativa a los años 1990-91 en los que se implantaron en España las pensiones no contributivas: además de quienes no han alcanzado aún la edad laboral, la carencia de rentas es notable en las personas de edad avanzada. IMRSERO, 2000, página 14.

sesenta y cinco. El hecho de haber establecido el límite inferior de edad en dieciocho años diferencia esta prestación de su homónima contributiva en la que no existe tal límite inferior establecido explícitamente, aunque tácitamente ésta se halla en los dieciséis años, ya que en la modalidad contributiva el derecho depende en algunos casos de cotizaciones anteriores que se efectúan en función de una actividad laboral, y en todo caso porque la determinación de la incapacidad en la modalidad contributiva se realiza en relación a la profesión que ejercía el interesado con anterioridad^[648], todo lo cual nos lleva a considerar la edad mínima de acceso al trabajo como edad mínima para la percepción de una pensión de invalidez contributiva, salvo dos supuestos excepcionales de trabajo anterior a la edad de 16 años: el primero sería la infracción de la edad mínima, en cuyo caso si deben pagarse igualmente los salarios aunque el contrato resulte nulo (art. 9.2 ET), deberá cotizarse por ellos y debe ser posible una declaración de incapacidad contributiva porque, como se dijo para otra prestación, «la mera invocación de unas medidas de protección que no fueron ejercitadas en su día para proteger la salud e integridad del menor, no pueden servir ahora para que negándose la evidencia, se deriven unas consecuencias perjudiciales... a quien en su día no se protegió adecuadamente»^[649]; el segundo supuesto es la «intervención» de menores en espectáculos públicos previa autorización administrativa (art. 6.4 ET), cuyo supuesto más frecuente parece ser el rodaje de un spot publicitario; aunque las normas de cotización y de protección de la Seguridad Social guardan total silencio sobre el tema, esta intervención en un espectáculo difícilmente puede decirse que no se trate de una actividad retribuida, y realizada por cuenta ajena, y en caso de que por accidente quedase el menor inválido en tan pronta edad, no debería negársele la protección social que nuestro sistema anuda a la realización de actividades económicas.

Este criterio adoptado por el legislador de establecer la edad mínima en dieciocho años resulta también coherente con la de la mayoría de edad (art. 12 CE) que supone la capacidad para ser objeto de deberes y derechos y parece coordinarse con las prestaciones por hijo a cargo reguladas en los artículos 180 a 190 LGSS; sin embargo, esta coordinación no es completa. En las prestaciones por hijos se parte del principio de que las familias deben recibir una ayuda económica de la colectividad por los hijos que estén a su cargo hasta que estos cumplan los dieciocho años, o más allá si éstos padecen alguna minusvalía, de forma que podemos afirmar que se considera que deben ser beneficiarios de la ayuda económica quienes no son plenamente capaces para todos los actos de su vida, o quienes tienen menguadas sus posibilidades por hallarse afectados por una discapacidad, pero quienes se hayan emancipado antes de los dieciocho años por alguno de los cauces previstos en los artículos 314 a 321 del Código Civil

Los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho.

[648] Segundo párrafo del artículo 137.2 LGSS.

[649] STSJ de Asturias de 23-dic-1993 A.5137.

(matrimonio, concesión paterna, concesión judicial, vida independiente), al no hallarse a cargo de sus padres no van a beneficiarse de las prestaciones por hijo a cargo, ni tampoco podrían en caso de invalidez acceder a una pensión no contributiva, y dado que la emancipación es irrevocable en la mayoría de los casos^[650], en el supuesto de verse el hijo emancipado aquejado por una invalidez severa, sería discutible que pudiese volverse a causar una prestación por hijo a cargo. Incluso en un caso tal situación puede producirse a partir de los catorce años, ya que según el artículo 48 del Código Civil existe la posibilidad -con autorización judicial- de contraer matrimonio, y según el artículo 316 del mismo Código «el matrimonio produce el derecho a la emancipación». Existe, por consiguiente, una laguna de protección que debería ser subsanada, ya que si en ciertos casos legalmente se reconoce a una persona menor de edad la capacidad para regir su vida, para trabajar, y para tributar y contribuir con sus cotizaciones a la Seguridad Social, debería ser protegido en caso de infortunio en igualdad de condiciones que a quienes sean mayores de dieciocho años^[651].

Más allá de la articulación coherente entre los distintos institutos jurídicos relacionados con la edad de quien padezca una minusvalía, podemos preguntarnos si existe una razón objetiva, externa a la propia voluntad del poder normativo que ha promulgado dichas disposiciones, que justifique que las pensiones de invalidez no contributivas no se concedan hasta pasada una determinada edad, en el caso presente: desde los dieciocho años; ya que el hallarse en el supuesto protegido de estar afectado por una deficiencia, previsiblemente permanente, que modifique su capacidad (136.2 LGSS) puede darse en una persona de forma congénita, como reconoce expresamente el citado texto legal. Por ejemplo, podemos cuestionarnos si quienes están afectados por una parálisis cerebral infantil, deberían poder percibir desde su diagnóstico una pensión, en lugar de causar primero las asignaciones por hijo minusválido y posteriormente plantearse la opción entre ésta y la prestación de invalidez. Prescindiendo ahora de las ventajas económicas de una u otra posibilidad, por ser esto una opción cuantitativa del legislador, que puede cambiar con ocasión de las operaciones anuales de revalorización de los importes de las prestaciones, y que no es fundamento de la existencia del límite mínimo de edad, deberemos considerar que -ante todo- es específico de toda forma clínica de discapacidad neuro-psíquica de la primera infancia el dinamismo evolutivo, carácter común a todas las condiciones clínicas, incluso las más graves y las más precoces, y que este carácter dinámico interesa diversas vertientes (motoras, cognitivas, psico-relacionales) y su constante y recíproca interacción; la otra característica peculiar es la

Edad mínima en la pensión de invalidez: no es irracional.

[650] Únicamente se prevé la posible revocación de la emancipación por vida independiente del mayor de dieciséis años consentida por los padres: artículo 319 del Código Civil.

[651] Por ejemplo, las pensiones finlandesas por invalidez -tanto las contributivas como las no contributivas-, se conceden a partir de los dieciséis años. KELA-GUIDE, 2000, páginas 44 y 80-81.

plasticidad de los diversos sistemas (biológico, psico-afectivo, neuro-psicológico) de la primera infancia (se halla demostrada la flexibilidad y la específica plasticidad del sistema nervioso central en la edad precoz y es conocido el concepto de vicarianza funcional; de ello se deriva que pueden configurarse situaciones clínicas muy diferentes y en continua modificación, consiguientes a la constante interacción entre factores madurativos y factores patológicos. La misma definición médica del ejemplo anteriormente planteado: la parálisis cerebral infantil, que es el más típico cuadro de forma neurológica fija, reza así: "*it's a disorder...persistent but no unchanging*", o sea irreversible pero no invariable^[652]. De ello podemos deducir que no es irrazonable que, como norma general, las pensiones de invalidez «previsiblemente permanente» no se hayan establecido hasta la mayoría de edad.

Sin embargo, establecer las pensiones de invalidez desde la edad de los dieciocho años no es tampoco una exigencia ineludible, ya que si bien es cierto que el dinamismo evolutivo, la plasticidad de los sistemas biológicos y la interacción del individuo con el ambiente dificultan el fijar una situación clínica de discapacidad en edades tempranas, ello podría corregirse también con un adecuado sistema de revisiones periódicas. Una demostración de que es posible valorar una situación de invalidez antes de la mayoría de edad podemos hallarla en el hecho de que el sistema de valoración de la minusvalía (el baremo que analizaremos más adelante) según los respectivos preceptos reglamentarios^[653], es idéntico para las prestaciones por hijo minusválido y para las pensiones de invalidez, en ambos casos se valoran por el mismo organismo y con el mismo criterio las consecuencias presumiblemente permanentes de las deficiencias físicas, sensoriales o psíquicas del sujeto. Asimismo, si en virtud de estas mayores posibilidades evolutivas del estado del interesado negásemos la posibilidad de valorar una minusvalía antes de la mayoría de edad, deberíamos concluir que los trabajadores que no han alcanzado dicha edad no podrían acceder a una pensión de incapacidad permanente, lo que es claramente contrario a la dicción de la ley. Como ejemplo adicional de que es posible la valoración de la discapacidad -utilizando otro baremo distinto^[654]-, la Seguridad Social norteamericana establece si una persona es minusválida,

Invalidez antes de los 18 años: podría haberse establecido así.

[652] BECUCCI, 1997.

[653] Disposición adicional primera del Real Decreto 356/1991, de 15 de marzo (BOE 21 de marzo de 1991); y disposición adicional segunda del Real Decreto 357/1990, de 15 de marzo (BOE 21 de marzo de 1991)

[654] La Seguridad Social norteamericana (SSA) no utiliza las tablas JAMA ya que éstas conducen a determinar un porcentaje de minusvalía, mientras que la SSA únicamente contempla la dualidad de ser o no ser minusválido, en función de un extenso baremo reglamentario específico que describe cuadros médicos complejos con un conjunto de patologías normalmente asociadas. Por ejemplo: 9.09 *Diabetis melitus* con A.- neuropatía demostrada por una desorganización motora persistente y significativa en dos extremidades; o, B.- acidosis, durante al menos dos meses documentada por análisis clínicos; o, C.- amputación en la región tarsal o superior debido a necrosis; o, D.- *retinitis proliferans*, con determinados grados de deficiencia visual. El *Appendix 1 to subpart P of Part 404 of Title 20 del Code of Federal*

incluyendo a quienes no han llegado a la edad de 18 años, en base a la misma lista de deficiencias, o a una deficiencia médicamente constatada que sea de una severidad equivalente a las originadas por las deficiencias listadas en el baremo^[655], o que represente una limitación funcional severa^[656]. De lo antedicho puede concluirse que desde el punto de vista de su evaluación médica sería posible establecer una misma prestación para las personas afectadas por una minusvalía, con independencia de su edad; pero de ello no se sigue que el establecimiento de la edad mínima de la pensión de invalidez sea irracional, siempre que existan otros motivos para que existan dos prestaciones distintas y alternativas para una misma situación de necesidad, lo que deberemos valorar al examinar la incompatibilidad de estas pensiones de invalidez no contributiva con las asignaciones por hijo minusválido.

En el otro extremo, el límite de los 65 años como máximo para solicitar una pensión de invalidez no contributiva es coherente con el criterio mantenido en la modalidad contributiva de que a partir de dicha edad las discapacidades que puedan aquejar a una persona pueden considerarse -al menos en buena parte- como propias de la edad, y por ello no se permitía instar una revisión por agravación de las incapacidades ya evaluadas^[657] y, desde la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social^[658], tampoco se permite el reconocimiento de nuevas pensiones a partir de dicha edad salvo -medida garantista- que no pueda accederse a una pensión de jubilación. Coherentemente con este criterio que, de momento^[659], es el que rige para las pensiones contributivas, y también con la finalidad de acercar a criterios internacionales

65 años, un límite similar al de la modalidad contributiva

Regulations, que contiene el mencionado baremo, puede consultarse en http://www.ssa.gov/OP_Home/cfr20/404/404-ap09.htm

[655] *Social Security Act (Public Law 74-271)*, Sec. 1614 [42 U.S.C. 1382c]. a.1. Puede consultarse en http://www.ssa.gov/OP_Home/ssact/title16b/1614.htm

[656] El concepto de limitación funcional severa fue introducido en la ley a partir de 1996, a consecuencia de una sentencia del Tribunal Supremo norteamericano [Sullivan v. Zebley, 493 UY.S. 521 (1990)] que reprochó que no podía demostrarse para los niños con la misma facilidad que para los adultos una situación de «severidad equivalente» a las discapacidades listadas en el baremo.

[657] Primer párrafo del artículo 143.2 LGSS.

[658] Ley 24/1997, de 15 de julio (BOE de 16 de julio de 1997); su desarrollo se ha efectuado en el Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre (BOE de 13 de noviembre de 1997).

[659] El Acuerdo de Reforma de la Seguridad Social firmado el 9 de abril del 2001 prevé «introducir en la legislación de la Seguridad Social otras modificaciones como: la posibilidad de acceder a las pensiones de incapacidad permanente, aunque el trabajador tenga 65 o más años y reúna las condiciones de acceso a la pensión de jubilación, cuando la causa originaria de la incapacidad deriva de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional [...] en cualquiera de los regímenes del sistema de la Seguireidad Social» ACUERDO, 2001, página 36; sin embargo, por el momento ello no se ha previsto en el proyecto de Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social que se discute en las Cortes, y que sí incluye otras previsiones del citado Acuerdo. BOCG-Congreso, serie A, núm 50-1, de 10 de octubre del 2001.

las cifras de prestaciones por invalidez pagadas, cuando sus beneficiarios cumplan los sesenta y cinco años de edad las pensiones por invalidez contributiva pasan a denominarse pensiones de jubilación sin cambiar su primigenio régimen jurídico^[660]. Las pensiones no contributivas no se vieron afectadas por esta última norma, ya que el artículo octavo de la Ley 24/1997 únicamente modificó aspectos relativos a la modalidad contributiva de pensiones; como más adelante examinaremos con detenimiento, no fue hasta el año 2000 que las pensiones no contributivas de invalidez pasaron a transmutarse en pensiones de jubilación al cumplir sus beneficiarios los 65 años de edad.

El texto de la LGSS permitía hasta finalizar el año 1999 dos interpretaciones posibles acerca de los efectos del cumplimiento de la edad de 65 años por parte de un beneficiario de una pensión no contributiva de invalidez. Dado que el cambio producido por la Ley 55/1999 es relativamente reciente y consideramos interesante contemplar la situación anteriormente existente. Por una parte el artículo 144.1 dice que «Tendrán derecho a la pensión de invalidez, en su modalidad no contributiva, las personas que cumplan los siguientes requisitos: a) ser mayor de dieciocho años y menor de sesenta y cinco años de edad», por consiguiente quien sea mayor de sesenta y cinco años no tiene derecho a dicha pensión al haberle sobrevenido la pérdida de un requisito legal; sin embargo, en el apartado 6 del mismo artículo se indican una serie de requisitos que condicionan tanto la obtención de la pensión como la conservación de la misma, y entre estos requisitos no se halla el de la edad; se plantea la duda, en suma, de si el cumplimiento de la edad de sesenta y cinco años era causa de extinción de la pensión de invalidez no contributiva: según el primer apartado del artículo 144 LGSS parece que sí, según el último apartado del mismo artículo parece que no.

Efectos de la edad de 65 años: hasta 1999 existían dos interpretaciones.

El reglamento de estas pensiones^[661] seguramente por seguir a las pensiones contributivas, optó en 1991 por la segunda de estas interpretaciones, ya que en su artículo primero reproduce el primer párrafo del artículo 144 LGSS con una importante adición, al decir «ser mayor de dieciocho años y menor de sesenta y cinco años de edad, *en la fecha de la solicitud*»; el requisito de la edad se transformaba así en un requisito a cumplir únicamente en el momento inicial, pues si bien no se dice que «únicamente» debe cumplirse en aquel momento, tal interpretación reglamentaria de que se quería decir únicamente en la fecha de la solicitud se confirma cuando se reglamentan las causas de extinción de la pensión: se contemplan las citadas en el apartado sexto del artículo 144 LGSS, se añade como causa de extinción el fallecimiento del beneficiario, y no se menciona el sobrepasar la edad de sesenta y cinco años. En resumen, se consagraba reglamentariamente la pensión no contributiva de invalidez

La edad en la fecha de solicitud.

[660] Artículo 143.4 LGSS.

[661] Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo (BOE del 21 de marzo de 1991).

como pensión vitalicia. Aunque esta interpretación reglamentaria de la pensión como vitalicia quedaba en puridad consagrada por la no inclusión de la edad de sesenta y cinco años entre las causas de extinción de esta pensión, ya que en el momento de la solicitud evidentemente sí debe cumplirse con el requisito de la edad y lo que era discutible es si únicamente debía cumplirse en aquel momento; al tratarse del requisito de la edad vamos a analizarlo ahora y no entre las causas de extinción.

Esta opción del poder reglamentario ya hemos dicho que no era la única posible, por lo que puede opinarse acerca de que fuera la más acorde con el texto de la Ley, y ahora ha tomado una nueva dimensión al haber seguido las pensiones no contributivas el mismo camino que desde 1997 sufren las pensiones de invalidez contributivas cuando su beneficiario cumple la edad de sesenta y cinco años. Debe observarse que en ningún momento, ni en la Ley 26/1990 que instauró las pensiones no contributivas ni en el texto refundido actual de la LGSS, se menciona a las pensiones no contributivas de invalidez como pensiones vitalicias, mientras que esta precisión se usa con normalidad para diversas prestaciones en otros artículos de la LGSS: 139.2; 160; 171.1; 174.1. Para interpretar las pensiones de invalidez no contributiva como vitalicias, el poder reglamentario tuvo que suponer que en el artículo 144.6 LGSS se hallaba implícito el término «únicamente», es decir, que de los cuatro requisitos que se exigen en el párrafo primero del artículo 144, únicamente tres de ellos condicionaban tanto la obtención como la conservación de una pensión: los requisitos de renta, residencia y grado de minusvalía, pero no el de la edad; pero ello se contradice con el hecho de que el reglamento no dudó en añadir una nueva causa de extinción: el fallecimiento del beneficiario, causa lógica ya que en nuestro sistema no existe un traspaso de pensiones a los herederos. Si se consideró que no era preciso realizar una modificación de la Ley para subsanar la omisión del fallecimiento como causa de extinción, puede considerarse que era porque no se mencionaba explícitamente en el texto legal que las causas de extinción mencionadas fuesen las únicas; dicho de otra forma: si el texto del artículo 144.6 LGSS es enunciativo y no limitativo, esto puede aplicarse tanto al fallecimiento del beneficiario como a la edad de sesenta y cinco años como causas de extinción de la pensión no contributiva. Existía otro argumento en favor de considerar el apartado 6 del artículo 144 como mero recordatorio de los requisitos que se establecen anteriormente en el artículo 144.1: en el texto original de la ley 26/1990 cuando se estableció el que sería entonces el artículo 137.bis.7 de la LGSS se mencionaban únicamente los requisitos de renta y residencia, y al efectuarse la refundición en el actual texto aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, el legislador delegado incluyó la mención al grado de minusvalía por considerarlo «obvio»^[662], obviedad que nace de que es un requisito ya exigido en el apartado primero; una vez más, si podía añadirse una causa de extinción

La ley no mencionaba la pensión de invalidez no contributiva como vitalicia.

[662] MEMORIA LGSS, 1993, página 125.

sin que fuese necesaria una modificación legislativa era porque las mencionadas inicialmente eran un texto enunciativo cuya finalidad no era establecer, sino recordar que los requisitos establecidos en el apartado 1 deben cumplirse durante toda la vida de la prestación, y ello podía predicarse también del requisito de tener una edad inferior a los sesenta y cinco años.

Por otra parte, para configurar estas pensiones como vitalicias -como antes hemos señalado- el reglamento modificó el requisito de la edad disminuyendo su exigencia al único momento de la solicitud; esta modificación no tendría mucha trascendencia si fuese la única conclusión lógica a la que pudiese llegar el poder reglamentario, pero resulta que sin tener que suponer lo que la ley no dice: que estas pensiones son vitalicias, y que tener menos de sesenta y cinco años es un requisito a cumplir exclusivamente en el momento de la solicitud, el texto de la ley es perfectamente coherente, de forma que al cumplir la edad límite los beneficiarios de una pensión no contributiva de invalidez podrían pasar en la mayoría de los casos a percibir igual pensión de jubilación, y no tan sólo podrían sino que normalmente deberían ver de oficio ver reconocida tal pensión de jubilación, ya que todos los datos necesarios para conceder dicha pensión de jubilación no contributiva (edad, falta de rentas, residencia) ya obrarían en poder de la Entidad Gestora^[663]. La similitud de requisitos y de importe de la prestación, y el encadenamiento de edades entre las pensiones de invalidez y de jubilación parecen abonar la interpretación de que, en la modalidad no contributiva, las pensiones de invalidez estaban pensadas para encadenarse en el tiempo con las pensiones de jubilación.

Era posible encadenar la pensión de invalidez con la de jubilación.

Otras dos razones pueden añadirse, aunque ello implique entrar en un aspecto que analizaremos con detalle posteriormente: la primera es que en la Ley no se menciona para las pensiones de invalidez no contributiva que a partir de los sesenta y cinco años ya no pueda revisarse el grado de minusvalía (esta previsión figura únicamente en el desarrollo reglamentario), mientras que para las pensiones contributivas sí que existe esta previsión en el texto de la ley; ello puede ser un indicio más de que la ley no contemplaba que las pensiones de invalidez fuesen a durar más allá de los sesenta y cinco años de edad del beneficiario y por ello no era necesario establecer ningún precepto similar a los contenidos en el primero y en el último párrafo del artículo 143.2 LGSS que permiten en la modalidad contributiva instar las revisiones sólo mientras el beneficiario no haya cumplido la edad mínima para acceder a una pensión de jubilación.

La ley no menciona las revisiones posteriores a 65 años.

La segunda razón es la diferencia en la especial «carencia» prevista para estas prestaciones: mientras que para la pensión de invalidez se exigen cinco años de

Carencia menor en la pensión de invalidez.

^[663] El artículo 35.f) de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre (BOE de 27 de noviembre y 28 de diciembre de 1992, y de 27 de enero de 1993) indica que los ciudadanos tienen derecho a no presentar documentos que ya se encuentren en poder de la administración actuante.

residencia, para la pensión de jubilación se exigen diez; si ambas pensiones fueran vitalicias, las pensiones de invalidez -al concederse en una edad más temprana- se pagarían de promedio durante más tiempo que las pensiones de jubilación, y no parece lógico que se exija la carencia más corta para la pensión que más largamente se va a pagar en igualdad de cumplimiento de todos los demás requisitos; el establecimiento de una carencia más reducida para las pensiones de invalidez más bien parece ser un indicio de que los beneficiarios iban a percibir las durante menos tiempo porque dichas pensiones de invalidez no eran vitalicias; aunque este argumento no es concluyente, ya que puede considerarse que existían otros motivos para establecer una carencia más reducida para las pensiones de invalidez que para las pensiones de jubilación. Ciertamente es que en diversos textos jurídicos internacionales se prevé una carencia más breve para las pensiones de invalidez que para las de jubilación, pero no necesariamente contando con que ambas sean vitalicias ya que se prevé asimismo que las pensiones de invalidez pueden ser pagadas hasta su substitución por una prestación de vejez^[664] mientras que las de vejez deben ser pagadas «durante toda la duración de la contingencia». Esta diferencia en el requisito de carencia entre las pensiones de jubilación y las de invalidez es lo que representaba un pequeño obstáculo para un cambio de la interpretación reglamentaria, ya que podría traer consigo una grave consecuencia para un sector de los beneficiarios (aunque pequeño, digno de atención) que saldría perjudicado con ella: los que no podrían encadenar las dos pensiones serían quienes hubiesen accedido a una pensión de invalidez no contributiva con una edad entre sesenta y sesenta y cinco años, si su período anterior de residencia en España fue de cinco años, ya que durante el período de percepción de la pensión de invalidez no acumularían la carencia de residencia necesaria para alcanzar los diez años exigidos para la pensión no contributiva de jubilación en cuantía suficiente (diez años) para obtener el reconocimiento de la misma al cumplir los sesenta y cinco años.

En conclusión, podían sostenerse dos interpretaciones acerca de la duración máxima de la pensión de invalidez no contributiva, lo que inducía a incertidumbre^[665]; el reglamento optó por la interpretación que aseguraba la máxima continuidad de protección a los beneficiarios, aunque nos parece que hubiera sido más coherente con el texto de la Ley

Conclusión:
hasta 1999 la pensión de invalidez más bien no era vitalicia.

[664] Por ejemplo, el artículo 58 del Convenio número 102 de la OIT, de 1952; el artículo 58 del Código Europeo de Seguridad Social de 1964, número 48 del Consejo de Europa; o el artículo 37.1 del Convenio Europeo de Seguridad Social, número 78 del Consejo de Europa, de 1972.

[665] La doctrina no adoptó una postura unánime, existiendo pronunciamientos en favor del carácter vitalicio de la pensión de invalidez (por ejemplo, BLASCO, 1999, página 538 -aunque en 1991 sostuvo otra postura, como se dirá-; y CAMPS, 1992, página 17), otros señalaban simplemente que la edad se situaba entre la fijada para las prestaciones familiares y la pensión de jubilación (así, MARTÍNEZ, 1991, página 45); y otros autores consideraban el cumplimiento de los 65 años como causa de extinción (como BLASCO, 1991, página 73; ORDEIG, 1993, páginas 426 y 427; MONTOYA-SS, 1998, página 393; TAPIA, 1991, página 172; VIDAL, 1996, página 334)

entender que la pensión de invalidez no contributiva no era vitalicia sino que se extinguía al cumplir el beneficiario la edad de sesenta y cinco años, igual que si sobrevenia la pérdida de algún otro de los requisitos que el artículo 144.1 LGSS exige para tener derecho a dicha pensión.

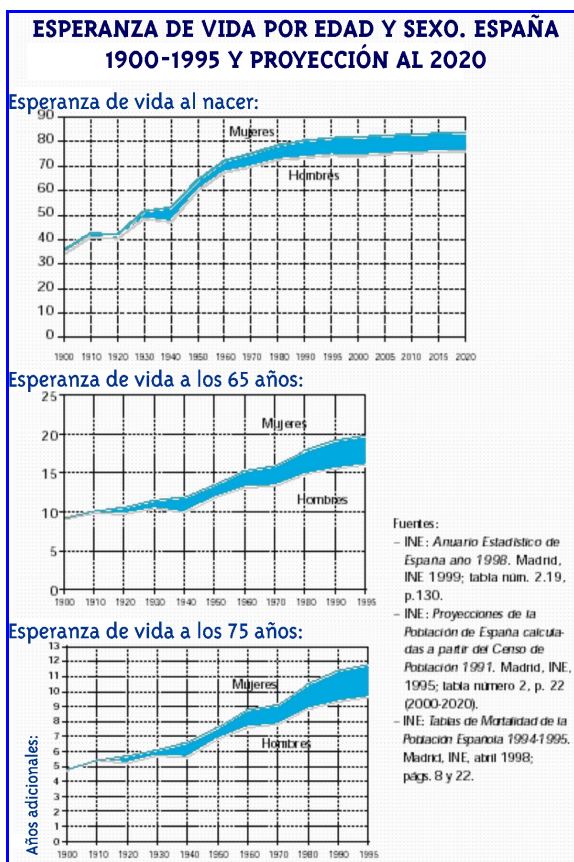
A partir del año 2000 rige el nuevo apartado 3 añadido al artículo 148 LGSS^[666] que dice: «Las pensiones de invalidez no contributivas, cuando sus beneficiarios cumplan la edad de sesenta y cinco años, pasarán a denominarse pensiones de jubilación. La nueva denominación no implicará modificación alguna respecto de las condiciones de la prestación que viniesen percibiendo» con un redactado sustancialmente igual al del artículo 143.4 LGSS para las pensiones contributivas. Si lo que se produce es un mero cambio de denominación («pasarán a denominarse») pero la pensión continúa siendo la misma («la prestación que viniesen percibiendo»), significa que el legislador entiende que tal pensión es vitalicia. Por consiguiente, queda cerrado el camino a toda especulación acerca de que pueda haberse producido *ope legis* una extinción de las pensiones de invalidez no contributivas al cumplir el beneficiario los sesenta y cinco años de edad, y desaparece la consiguiente necesidad de reconocer a los antiguos pensionistas por invalidez una nueva pensión de jubilación, lo que hubiese sido preciso si se hubiera entendido que tal extinción se había producido, y que persistía en el mismo sujeto la situación de necesidad, aunque basada en la edad y no en el particular estado físico del beneficiario.

Desde el año 2000 claramente son pensiones vitalicias.

^[666] Añadido por el artículo 22.6 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre (BOE de 30-diciembre-1999).

4.B: EL REQUISITO DE LA EDAD EN LA PENSIÓN NO CONTRIBUTIVA DE JUBILACIÓN

El artículo 167.1 LGSS establece que las personas interesadas en obtener una pensión no contributiva de jubilación deben haber cumplido los sesenta y cinco años, la misma edad que el artículo 161.1.a) fija como edad ordinaria de jubilación en la modalidad contributiva de esta prestación. La edad de sesenta y cinco años como edad de jubilación permanece en nuestro país desde hace muchos años, ya que ésta era también la edad ordinaria fijada en el Retiro Obrero^[668] y en el SOVI^[669], aunque en países de nuestro entorno la edad requerida para acceder a una pensión de vejez no era unánime^[670]. La conservación de la misma edad no debe sorprendernos a pesar de los años transcurridos ya que, aunque es notorio que la esperanza de vida ha cambiado notablemente desde la creación del Retiro Obrero en 1919 (en 1900 la esperanza de vida al nacer era para los varones de 34 años, en 1950 era de 60



IMSERO, 2000

[667] La expresión 'edad de jubilación' tiene dos acepciones que -aunque relacionadas- son distintas: una, es la edad utilizada como criterio para la retirada del trabajo (que puede referirse a uno en concreto, o a todo trabajo); la otra acepción, es la edad para acceder a las pensiones; ambas edades no tienen necesariamente que coincidir. APARICIO, 1999, páginas 77-78.

[668] Base Primera.3 del Real Decreto de 11 de marzo de 1919 (Gaceta del 12 de marzo de 1919): «...365 pesetas anuales desde la edad de sesenta y cinco años».

[669] Artículo 6 de la Ley de 1 de septiembre de 1939 (BOE del 9 de septiembre de 1939). Téngase en cuenta es que ni el nombre de «Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez» ni las siglas SOVI aparecen en la mayoría de los textos legales de la época, aunque es de uso corriente en la actualidad para referirse a este sistema de protección social; la primera disposición en que se utiliza la mención de «Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez» es la Orden del Ministerio de Trabajo de 15-7-64 que utiliza esta expresión en algunos artículos (1; 2.4; 4.3; 4.4; etc.), y en otros artículos sigue utilizando la expresión tradicional de «Seguro de Vejez e Invalidez» (2.2; 4.5), expresión ésta que continuará utilizándose en los textos legales posteriores (por ejemplo: Disposición Transitoria Segunda.1.1ª de la LGSS de 1974).

[670] Cuando se establecieron en España las pensiones no contributivas, si bien muchos países seguían el mismo criterio de concederlas a partir de los 65 años (por ejemplo: Francia e Italia), las pensiones de vejez se causaban en Bélgica a los 65 años únicamente para los hombres, las mujeres podían causarlas a los 60 años; en Dinamarca se causaban a los 67 años, y en Gran Bretaña a los 60 años. PANIZO, 1991, páginas 14 y 15.

años y hoy sobrepasa los 75 años), los avances más notables se han logrado en la reducción de la mortalidad infantil especialmente a partir de 1945^[671], siendo mínimos los cambios en la esperanza de vida de la población que logra sobrepasar la edad de sesenta años: si para los varones en 1950 era hasta los setenta y cinco años, en 1980 era hasta algo menos de los setenta y ocho años, y actualmente se sitúa hacia los ochenta años.^[672] Tal uniformidad en el tiempo podemos verla también en los instrumentos jurídicos internacionales; así la edad de 65 años es tanto la edad que el Convenio 35 de la OIT de 1933^[673] establece para la pensión de vejez, como la que dos décadas después establece el Convenio 102 de 1952^[674], una década después también el Código Europeo de Seguridad Social de 1964^[675] afirma que, salvo especiales circunstancias demográficas, la edad prescrita para las prestaciones de vejez no deberá exceder de sesenta y cinco años, edad de referencia que se repite en el Código Europeo de Seguridad Social (revisado) de 1990^[676]; por ello no deberá extrañarnos que sea en dicha edad en la que la mayoría de países europeos se conceda normalmente el derecho a percibir una pensión de vejez, siendo la tendencia actual a la derogación de las excepciones existentes que permitían anticipar la edad a partir de la cual puede percibirse tal prestación^[677]. El Acuerdo para la Reforma de la Seguridad Social firmado el 9 de abril del 2001 por el Gobierno y los agentes sociales, prevé mantener la edad de 65 años como edad mínima de acceso a la pensión de jubilación, junto con medidas de flexibilidad que

[671] Prácticamente, hasta la II Guerra Mundial esa esperanza de vida al nacer no superaba los cincuenta años más que en muy pocos países del mundo, dándose la paradoja de que en torno a ese dramático acontecimiento: la guerra más mortífera, surgieron los descubrimientos sanitarios de insecticidas, antibióticos, cirugía, etc. que permitieron pocos años más tarde que aumentara notablemente la población. FOESSA, 1970, página 757.

[672] La esperanza de vida actual a diversas edades puede consultarse en IDESCAT, 1997. La evolución histórica de la población española y su esperanza de vida en LA VANGUARDIA de 26 de enero de 1993; FOESSA, 1970, páginas 756 y ss., y FOESSA, 1975, páginas 21 y ss.

[673] Relativo al seguro obligatorio de vejez de los asalariados en las empresas industriales y comerciales, en las profesiones liberales, en el trabajo a domicilio y en el servicio doméstico. No ha sido ratificado por España. El texto de su artículo 4 se repite en el Convenio número 36 de la OIT relativo al seguro obligatorio de vejez de los asalariados en empresas agrícolas.

[674] Ratificado por España en 1988 (BOE del 6 de octubre de 1988).

[675] Número 48 del Consejo de Europa, ratificado por España en 1994 (BOE de 17 de marzo de 1995).

[676] Número 139 de los del Consejo de Europa. No ha sido ratificado por España.

[677] MISSOC, 1998. En las pp. 260-263 la edad de retiro en los diversos países; en pp. 17-18 análisis de la tendencia actual. En 1998, sólo el 32 % de los hombres y apenas el 15% de las mujeres de entre 60 y 64 años seguían participando en el mercado de trabajo, COM-SOCIAL, 2000, página 11.

faciliten tanto el anticipar parcialmente la jubilación como la continuación de la actividad laboral más allá de dicha edad^[678].

Al igual que en la pensión de invalidez no contributiva, la ley no califica expresamente a la pensión de jubilación no contributiva como una prestación vitalicia; sin embargo, tal como está redactado el requisito de la edad en el artículo 167.1 LGSS: «habiendo cumplido sesenta y cinco años de edad» resulta innecesaria tal afirmación del carácter vitalicio, ya que no puede ser de otra manera puesto que, en ausencia de todo precepto que limite la duración de la pensión, en cualquier otro momento posterior a la concesión de la prestación -y por tanto sobrepasada dicha edad- se cumple el requisito exigido de haber cumplido los sesenta y cinco años, por lo que debemos concluir que el carácter vitalicio de la pensión se halla establecido en base al juego conjunto de los dos elementos mencionados: requisito inicial de la edad, y la ausencia de un límite cronológico extintivo de la pensión no contributiva de jubilación.

Jubilación vitalicia, aunque no se diga expresamente.

5.- REQUISITO ESPECÍFICO: EL GRADO DE MINUSVALÍA

5.A: EL CONCEPTO DE MINUSVALÍA Y OTROS CON ÉL RELACIONADOS

Para la concesión de una prestación por invalidez, la ley exige que el beneficiario sea inválido, porque se trata de verificar que el interesado se halla incurrido en la contingencia protegida, y esta invalidez, analizada aquí como un requisito para obtener una prestación, nos interesa saber cómo debe ser estimada y constatada. Sin embargo, la ley no exige como requisito «la invalidez» sino que el artículo 144.1.c) LGSS indica como tercer requisito para tener derecho a una pensión no contributiva de invalidez «estar afectado por una minusvalía o por una enfermedad crónica en un grado...», y asimismo el apartado 6 del artículo 145 LGSS se refiere a la afectación que sufran unas personas por su minusvalía o enfermedad; en términos solamente parecidos, en otros artículos de la Ley (144.6; 148.1) se habla de «grado de enfermedad crónica o minusvalía», que no es exactamente lo mismo: ya que una cosa es tener una enfermedad desarrollada al 100% y otra es que la persona esté afectada en un 100% debido a una enfermedad. Si unimos los artículos anteriormente citados a la definición de la invalidez contenida en el artículo 136.2 LGSS (antiguo 134.2 antes de la Ley 39/1999) en el que se indica que en la modalidad no contributiva «podrán ser constitutivas de invalidez las deficiencias, previsiblemente permanentes, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las padecen»,

El requisito exigido es un grado de minusvalía.

[678] En el proyecto de Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOCG-Congreso, serie A, núm. 50-1, de 10 de octubre del 2001) se desarrollan únicamente las previsiones relativas a la jubilación parcial anticipada, no así las destinadas a estimular la actividad más allá de los 65 años.

observaremos que no se define claramente qué enlace lógico existe entre los conceptos utilizados (invalidez, deficiencia, minusvalía, enfermedad); y, como ya se comentó en otra ocasión^[679], si extendemos nuestro análisis a otros textos legales, la relación entre los conceptos deviene totalmente confusa.

Esta confusión terminológica no es exclusiva de nuestro país. La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha liderado el esfuerzo para hallar una terminología común, que es una herramienta imprescindible para la cooperación en el terreno médico, jurídico, sociológico, de la rehabilitación, ayudas técnicas, integración laboral, etc. En relación a las enfermedades existe ya un trabajo consolidado, y la Clasificación Internacional de Enfermedades elaborada por la OMS, de la que ya se ha efectuado la décima revisión en 1990, constituye un estándar internacional: de los tres tomos de esta obra, traducida a treinta y siete idiomas distintos, que atribuye un código distinto a 12.420 enfermedades conocidas, se afirma que es la publicación científica de referencia más citada del mundo^[680]; el segundo paso: partir de esta clasificación de enfermedades para realizar una clasificación internacional de sus consecuencias posteriores, ha evolucionado más lentamente, ya que la primera clasificación de tales deficiencias y discapacidades fue propuesta en la vigésimo novena asamblea de la OMS en mayo de 1976, difundida en 1980 y tardó diez años más en ser aprobada oficialmente por los Estados miembros^[681]; y una segunda clasificación ha sido recientemente aprobada en el 2001. La primera clasificación de las consecuencias de la enfermedad suponía la superación de la concepción heredada de Pasteur desde finales del siglo XIX que contemplaba un sistema lineal con un agente causante y como consecuencia una enfermedad, por lo que si se suprimía el agente causal podía esperarse la desaparición de la enfermedad; esta concepción relegaba a un segundo plano una realidad existente desde tiempo inmemorial: que las enfermedades pueden dejar secuelas cuando ésta se ha curado completamente (por ejemplo: una poliomielitis), o cuando aún sin una curación completa ésta evoluciona a una forma crónica (por ejemplo: una poliartritis reumatoide); a iniciativa de la OMS se clarifican unos conceptos que hasta entonces habían venido lastrados por una carga peyorativa heredada de tiempos muy remotos^[682].

Confusión en la terminología.

[679] FARGAS, 1991.

[680] WHO-CIM, 1998. Esta clasificación es también usada en la mayoría de países europeos para otras valoraciones corporales como las secuelas derivadas de accidentes de tráfico, dado que no tan sólo no existe un criterio internacionalmente uniforme, sino que la mayoría de países no cuentan con baremos oficiales. PÉREZ, 1997, página 45.

[681] Las clasificaciones de secuelas que se citan se hallan en WHO-ICIDH-2, 1997, y WHO-ICIDH, 1980. Una explicación de conceptos y de distintos usos de esta clasificación en Francia en HANDITEC, 1999.

[682] En España es a partir de la LISMI de 1982 que se produce un cambio significativo de sensibilidad y concepciones legales españolas acerca de las minusvalías, tanto por los cambios terminológicos (ya no se hablará más de subnormales) como por el tratamiento específico otorgado. Como ejemplo de una

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en 1994 una resolución denominada «Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad»^[683] en la que se definía la minusvalía como «la pérdida o limitación de oportunidades de participar en la vida de la comunidad en condiciones de igualdad con los demás» y anunciaba que la revisión de la clasificación internacional de deficiencias, discapacidades y minusvalías de 1980 perdería su enfoque demasiado médico para adoptar una visión más de relación social. En otra resolución adoptada el mismo año^[684], instaba a que «se ultimen los trabajos en curso relativos a la creación de un índice de discapacidad» en base a las 'Normas Uniformes' antes citadas y a continuar con la recopilación de datos estadísticos que permitieran la creación de indicadores mundiales de discapacidad. La Organización Mundial de la Salud finalizó a principios del año 2001 la revisión de la clasificación internacional de discapacidades y deficiencias, y los documentos que hasta entonces habían sido conocidos con las siglas ICIDH-2 pasaron a denominarse CIF (ICF, en inglés) al adoptarse oficialmente la denominación «Clasificación Internacional del Funcionamiento, de las Discapacidades y de los Estados de Salud»^[685]; que no es un mero cambio de terminología para seguir huyendo

La más reciente visión internacional de la discapacidad: la 'CIF'.

peculiar asociación de conceptos asistenciales puede verse un Plan Inicial de Inversiones del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social por valor de miles de millones de pesetas: el capítulo III que concentra más del 80 por ciento del total del presupuesto se destina a «ayudas individualizadas a los indigentes, enfermos, disminuidos, desamparados e incapacitados» y el capítulo siguiente a «indigentes, enfermos y subnormales incapacitados y desamparados», esta norma no es muy lejana sino posterior la vigencia de la Constitución, ya que corresponde a la Orden de 14 de marzo de 1979 (BOE de 25-abril-1979). Si nos remontamos tiempo atrás podemos encontrar ejemplos de una ancestral asimilación de las discapacidades como «impurezas» de la persona, «Nunca ninguno de tus futuros descendientes que tenga un defecto físico podrá acercarse al altar para ofrecer el alimento que pertenece a su Dios: ni un ciego, ni un cojo, ni uno que tenga la nariz aplastada o las orejas deformadas, o la pierna o el brazo rotos, ni uno que sea jorobado o raquítrico, o enfermo de los ojos o de la piel, con sarna o tiña, o un castrado. Ninguno de la estirpe de Arón que tenga un defecto físico no debe acercarse a ofrecer el alimento que pertenece a su Dios. Podrá comer lo que pertenece a su Dios, tanto de las ofrendas santas como de las muy santas; mas por casusa de su defecto, no debe entrar detrás del velo ni acercarse al altar. Así no profanará mis cosas santas, porque yo, el Señor, las santifico» LEVÍTICO, XXI, 18-23. [Nota: traducción de la biblia catalana interconfesional, otras traducciones pueden variar ligeramente el texto. El Levítico es un texto normativo que regula el ejercicio del sacerdocio por parte de los miembros de la tribu de Leví. Al impuro -que puede serlo como castigo personal o de sus antepasados- se le asegura su manutención, no se le expulsa, pero queda marginado del destino fundamental de todos los de su tribu: el sacerdocio]. Una síntesis histórica de la consideración social del minusválido (del exterminio a la tutela) en Cervero, 1995, página 16 y ss.

[683] A/RES/48/96, de 4 de marzo de 1994 (85ª sesión plenaria). Puede consultarse en ONURES, 2001. Como se advierte en el apartado 14 de su preámbulo, tales Normas Uniformes no son de cumplimiento obligatorio, salvo cuando se conviertan en normas internacionales consuetudinarias al ser aplicadas por un gran número de Estados con la intención de respetarlas como derecho internacional. Aún cuando les falte el efecto imperativo directo como norma jurídica, puede considerarse que tales Normas Uniformes proporcionan ya el estándar o normalización comúnmente deseable.

[684] A/RES/48/99, de 11 de marzo de 1994 (85ª sesión plenaria).

[685] Aprobada en la 54ª Asamblea Mundial de la Salud, el 22 de mayo del 2001 (punto 13.9 del orden del día). La clasificación y documentos relativos a la misma puede consultarse en WHO-CIF, 2001, y los trabajos previos en WHO-ICIDH-2, 1997.

de la carga emotiva que determinadas palabras acumulan con el tiempo, sino que esta clasificación internacional adopta una nueva aproximación al estado de salud de las personas. Como explica en su introducción^[686], se intenta realizar una síntesis entre los modelos 'médico' y 'social' de aproximación a la discapacidad y el funcionamiento de una persona; para ello se evalúan las deficiencias entendidas como una desviación de la 'norma' generalmente aceptada del estado biomédico del cuerpo, a través del examen de las estructuras y funciones corporales^[687], para seguidamente plantearse las actividades que puede realizar el sujeto, y el entorno social y físico en el que se halla. En el formulario de examen que se proporciona junto a la clasificación^[688] puede verse muy gráficamente la nueva orientación: tras una página de datos personales, se solicitan dos páginas de evaluación de deficiencias de las funciones y estructuras corporales, que son valoradas en una escala de cinco grados (normal, problema ligero, mediano, moderado, grave o completo^[689]); la misma extensión y método se dedica a examinar las limitaciones o restricciones que pueda sufrir el sujeto en sus actividades diarias como lavarse, relacionarse con otras personas, asistir a una escuela, participar en actos religiosos, andar, conducir, etc. Seguidamente se pasa a evaluar el entorno del afectado para ponderar el diseño y equipamiento de su vivienda, la existencia de familiares cercanos o amigos, o la disponibilidad de servicios de salud, educativos, legales, etc; y sigue posteriormente el formulario con varias páginas dedicadas a preguntas relativas a aspectos sanitarios (por ejemplo, si fuma, si usa gafas, etc.), y a su participación en actividades sociales (por ejemplo, si tiene alguna dificultad para fregar el suelo de su vivienda, o si tiene dificultades para hallar nuevos amigos). En resumen y prescindiendo de los detalles, se evalúa la salud del sujeto, principalmente a través de su capacidad para participar en actividades familiares, sociales y para cuidar de sí mismo; los datos de su estado físico son sólo un elemento más de su estado de salud, que se concibe básicamente en una perspectiva de relación y desarrollo social; esta evaluación no está destinada únicamente a personas con discapacidades, sino a describir el estado de salud de cualquier persona.

Este método más reciente de la valoración de las discapacidades y la salud de un sujeto no ha podido ser recogido aún en la legislación española, por lo que puede resultarnos

La terminología internacional del CIDH.

[686] WHO-CIF, 2001. La introducción (27 páginas) puede consultarse separadamente en español y formato electrónico en <http://www.who.int/classification/icf/intros/ICF-Spa-Intro.pdf>

[687] Se rechaza explícitamente referirse a 'órganos' por considerar que es una definición poco clara, ya que implica la existencia de una unidad o entidad cuyos límites son imprecisos.

[688] WHO-Check, 2001.

[689] En las páginas dedicadas al modo de empleo se realiza la siguiente conversión de los conceptos a porcentajes: No hay problema (ninguno, insignificante...) = 0-4%; problema ligero (poco, escaso...) = 5-24%; problema moderado (medio, regular...) = 25-49%; problema grave (mucho, extremo...) = 50-95%; problema completo (total...) = 96-100% WHO-CIF, 2001, página 24 de la introducción.

más útil referirnos a la hasta hace poco terminología internacional utilizada por la Organización Mundial de la Salud y conocida por sus siglas: CIDIH / ICIDH, ya que eran los que regían internacionalmente cuando se promulgó el actual baremo de valoración de minusvalías. Según ella, deben distinguirse tres planos distintos posteriores a la enfermedad, cada uno de los cuales puede conducir al siguiente:

- la deficiencia: «toda pérdida de sustancia o alteración de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica». La deficiencia corresponde a la lesión -temporal o permanente- de un tejido, miembro, órgano sistema funcional o mecanismo corporal, y no implica que el individuo deba ser considerado necesariamente como enfermo. Existen aparatos que pueden sustituir la parte afectada (prótesis) o reemplazar su función (órtesis). Una misma enfermedad puede ocasionar distintas deficiencias, por ejemplo: la enfermedad de la diabetes puede conllevar una retinopatía causante de una deficiencia visual, o una artritis que cause una deficiencia motora, o un coma que supone una deficiencia cuantitativa de la consciencia.

- la discapacidad o la incapacidad: «la reducción o pérdida de la capacidad funcional o de la actividad como consecuencia de una deficiencia». Es la objetivización de las deficiencias en la actividad de la vida diaria en el ámbito más inmediato de una persona, y se caracteriza por los excesos o los déficits de comportamiento o de funciones normalmente esperados. Existen ayudas técnicas o personales que pueden ayudar o reemplazar la función, como un bastón para andar o un electrodoméstico que triture la comida. Un ejemplo de discapacidad: una deficiencia del habla puede ocasionar una incapacidad de comunicarse.

- El handicap^[690] o desventaja: es el resultado para un individuo concreto de una deficiencia o de una incapacidad que limita o impide el cumplimiento de un papel normal en relación a su familia, sociedad y independencia, de acuerdo a su edad, sexo y factores sociales y culturales. El handicap representa las consecuencias, sociales y de relación con el entorno, de las deficiencias y las incapacidades; y entre estas desventajas se hallan la dependencia física, la dependencia económica y el aislamiento social. Puede incidirse sobre el entorno, por ejemplo: suprimiendo barreras arquitectónicas, para disminuir esta desventaja.

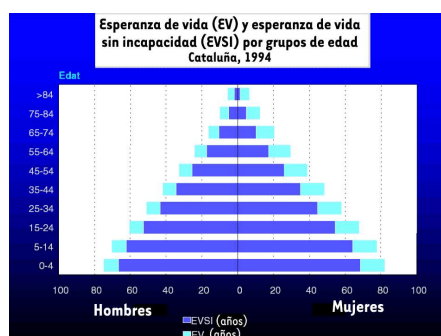
Podemos ver en un ejemplo el encadenamiento de estos planos distintos: Una enfermedad de artrosis de cadera puede causar una deficiencia motriz, la deficiencia motriz de los miembros inferiores puede ser responsable de la incapacidad de subir escaleras, y esta incapacidad locomotora puede ocasionar el handicap de una

[690] La palabra handicap no está aceptada en nuestro idioma, si bien este término figura en el Diccionario Manual de la Real Academia Española de 1989 con la significación -entre otras- de condición o circunstancia desventajosa. Si bien en algunos textos se ha traducido como desventaja, minusvalía o minusvalidez, el anglicismo «handicap» -de origen deportivo- se halla muy extendido en la literatura social de todos los idiomas, incluso en francés (poco proclive a aceptar anglicismos) se ha aceptado el adjetivo *handicapé* y se usa en textos legales.

dependencia física, pudiéndose incluso precisar la ayuda permanente de una tercera persona^[691]. Las propuestas de mejora de esta terminología son numerosas, pero lo importante es que la terminología actual considera tanto las necesidades individuales como las deficiencias de la sociedad que condicionan las posibilidades de una persona^[692].

Si para la estimación de la población a proteger por la contingencia de vejez el dato fundamental será la esperanza de vida, en sus dos modalidades: esperanza de vida al nacer (para estimar cuantos van a llegar a los 65 años), y esperanza de vida a partir de los 65 años (para estimar durante cuanto tiempo se pagarán las pensiones), en el caso de la invalidez estos datos son insuficientes, ya que deben combinarse con las estadísticas de morbilidad, dando lugar a un indicador^[693] -usado a menudo en informes internacionales^[694]- conocido como «Esperanza de vida sin incapacidad», «esperanza de vida en salud», o términos similares, que nos servirá para evaluar tanto a partir de qué edad es previsible que una persona sufra una disminución importante de sus capacidades personales, como para aproximarnos a un perfil de las personas que se hallan en esta situación; asimismo, la segmentación de los datos -no sólo por edades, sino también por género y por niveles de renta- es un elemento imprescindible para orientar una política equitativa ante las situaciones de necesidad relacionadas con la salud^[695]. Por ejemplo, aunque la esperanza de vida es superior en las mujeres, la proporción de la esperanza de vida libre de incapacidad es inferior para ellas, y ello en cualquier edad, ya en todos los tramos existe un diferencial de 4 a 5 años de expectativa de incapacidad^[696].

Conocer la población afectada.



Fuente: GENCAT, 2001

«Esperanza de vida sin incapacidad», «esperanza de vida en salud», o términos similares, que nos servirá para evaluar tanto a partir de qué edad es previsible que una persona sufra una disminución importante de sus capacidades personales, como para aproximarnos a un perfil de las personas que se hallan en esta situación; asimismo, la segmentación de los datos -no sólo por edades, sino también por género y por niveles de renta- es un elemento imprescindible para orientar una política equitativa ante las situaciones de necesidad relacionadas con la salud^[695]. Por ejemplo, aunque la esperanza de vida es superior en las mujeres, la proporción de la esperanza de vida libre de incapacidad es inferior para ellas, y ello en cualquier edad, ya en todos los tramos existe un diferencial de 4 a 5 años de expectativa de incapacidad^[696].

[691] CONSEIL, 1989; JONES, 1997; HANDITEC, 1999 y *Arrêté du 9 janvier 1989* (BOMEN 23 février 1989) [F].

[692] ONU-DISCAPACIDAD, 1992, página 81 del tomo II. Para una comparación de las definiciones usadas por la Organización Mundial de la Salud, la Asociación Médica Americana, y otras fuentes legales y doctrinales americanas véase el Apéndice A en DEMETER, 1996. Página 606.

[693] Acerca de la historia de este indicador y de sus limitaciones: GISPERT, 1991.

[694] Veáanse, por ejemplo: DESPLANQUES, 2001; CESNU, 2000. O los abundantes datos y documentos recopilados en las bases de datos del *Institut national d'études démographiques*. REVES.

[695] Una aproximación al tema en BENACH, 2000.

[696] SEGURA, 2000.

Para la aplicación de las medidas tuitivas previstas por los poderes públicos, éstos han elaborado históricamente diversas clasificaciones, habiendo evolucionado éstas notablemente a lo largo del tiempo desde los criterios de la Ley de Pobres inglesa de 1834 que determinaba las categorías de personas que tenían derecho a recibir la «beneficencia exterior» a las casas de trabajo: eran los enfermos, los dementes, los deficientes (ciegos, sordomudos, y -en un tiempo posterior- cojos y deformes), y los viejos y débiles. La evolución de la respuesta social ante las discapacidades ha ido evolucionando primero hacia la secularización (S. XVII a finales del XIX), después hacia la burocratización (finales del S. XIX a mediados del XX), posteriormente hacia la medicalización (mediados del S. XX) y la tendencia a finales del S. XX es la de la particularización^[697]. Las instituciones que otorgan prestaciones sociales es lógico que deseen medir la discapacidad o grado el desajuste entre las demandas de todo tipo (laborales, sociales, familiares, etc.) y las capacidades de respuesta de los individuos; para llevar a cabo tal evaluación se han desarrollado diversos sistemas de medida o baremos, basados en tomar como elemento de referencia a la persona -en sentido general- totalmente válida y asignar unos valores a cada una de las pérdidas que esta persona totalmente teórica puede sufrir. En su propio planteamiento inicial estos sistemas presentan sus defectos: al ser instrumentos de medida deben ser aplicables a la totalidad de la población, y se valora -con referencia a un ente abstracto considerado normal- la pérdida de una parte anatómica o de una función con independencia del individuo de que se trate; pero la trascendencia que tiene esa pérdida en cada individuo concreto es distinta en función de múltiples factores como la edad, el sexo, el nivel de formación, el tipo de actividad laboral y de ocio desarrollados, las circunstancias familiares, etc.; y por otra parte, por muy previsor y minucioso que sea tal baremo, siempre existirán secuelas, patologías, discapacidades y estados mórbidos que no hayan sido previstos. En consecuencia, los baremos son siempre instrumentos de medida incompletos y parcialmente erróneos^[698]; en el más usado de ellos: las tablas JAMA americanas -que comentaremos más adelante- reconocen que no pueden establecer un porcentaje de minusvalía para todas las situaciones de discapacidad, aunque sí para la mayoría, y deben finalmente sugerir al médico evaluador que establezca el porcentaje por comparación con otras situaciones similares de discapacidad o limitación para realizar las actividades de la vida diaria.^[699]

Los baremos:
necesarios e
inexactos.

[697] GOODWIN, 1996. Página 10.

[698] HERNÁNDEZ, 1996, página 337.

[699] AMA, 2001, página 11.

5.B: EL BAREMO ESPAÑOL PARA EVALUAR EL GRADO DE MINUSVALÍA

Si es reciente el esfuerzo internacional unificador de la terminología de las consecuencias de la enfermedad, y dado que la CIDIH aunque aborda una clasificación en siete grados distintos de la severidad de cada incapacidad no establece un mecanismo cuantitativo, está aún lejos la unificación de los criterios de medida de tales consecuencias, por lo que no deberá extrañarnos la disparidad metodológica existente en la doctrina científica^[700] y entre los diversos países, y -como consecuencia de ello- la dispar atribución de un grado de afectación determinado para obtener los beneficios de la protección social. En España, la disposición adicional segunda de la Ley 26/1990 delegaba en el Real Decreto de desarrollo de las pensiones no contributivas la aprobación del baremo de calificación «del grado de minusvalía o de la enfermedad crónica padecida a efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez en su modalidad no contributiva», delegación que en el artículo 148.1 del texto refundido de la LGSS se ha transformado en «será aprobado por el Gobierno»; en la Disposición Adicional Segunda del reglamento se efectuó una remisión a un baremo publicado en 1984^[701], que era el baremo que ya venía

Múltiples baremos existentes.

^[700] HERNÁNDEZ, 1996, páginas 340 y siguientes explica diez de estos sistemas de valoración distintos: Sistema empírico, Criterio objetivo de Fernández Rozas, Método de McBride simplificado, Baremo de lesiones mutilaciones y deformaciones de carácter definitivo y no invalidante, Baremo de indemnización por accidentes de tráfico, tablas JAMA, Baremos francés de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, Clasificación internacional de la OMS, Baremo de la Sociedad de medicina legal y de Criminología de Francia, y Baremo internacional de invalideces postraumáticas (no se incorporan las importantes modificaciones que su impulsor: L. Mélenec realizó en 1990). No son por supuesto todos los posibles, BOROBIA, 1989, páginas 98 y ss. analiza además de algunos de los anteriores a otros diez distintos, entre ellos a otros tres utilizados en España: el de la Mutua de Previsión Social Lagunaro (Mondragón), el aplicable a los mutilados de guerra que no pertenecieran al Cuerpo de Caballeros Mutilados: Decreto 670/1976 de 5 de marzo (BOE de 7-abr-1976); y el aplicable a los militares que sufrieron lesiones o mutilaciones durante la guerra civil: Orden de 24 de febrero de 1979 (BOE de 28-feb-79 y de 1-mar-79).

Además de los baremos citados, en España se han utilizado muchos otros baremos para valorar y cuantificar las discapacidades de las personas, como los aplicables a: militares lesionados integrantes del Cuerpo de Caballeros Mutilados de Guerra: Real Decreto 712/1977, de 1 de abril (BOE de 23 al 26-abr-1977); víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual: Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo (BOE de 27-may-1997); alistados para cumplir el Servicio Militar: Real Decreto 1107/1993, de 9 de julio (BOE de 11-ago-1993); Policía nacional: Orden de 11 de enero de 1988 (BOE de 19-ene-1988), y Real Decreto 614/1995, de 21 de abril (BOE de 18-may-1995); Guardia Civil: Orden de 9 de abril de 1996 (BOE de 16-abr-1996); Mossos d'Esquadra: Resolución de 1 de marzo de 1995 (DOGC de 13-mar-1995); Ertainza: Decreto 315/1994, de 19 de julio (BOPV de 19-ago-1994); militares profesionales: Orden de 27 de diciembre de 1997 (BOE de 31-dic-1997); conductores de vehículos: Real Decreto 2272/1985, de 4 de diciembre (BOE de 9-dic-1985, y Real Decreto 1467/1982, de 28 de mayo (BOE de 6-jul-1982); licencias y permisos de armas: Real Decreto 2487/1998, de 20 de noviembre (BOE de 3-dic-1998); patrones de embarcaciones: Resolución de 22 de junio de 1990 (BOE de 6-jul-1990); etc. No podemos dejar de resaltar, por el elevado número de casos en que se utiliza, el baremo aplicable a lesionados en accidentes de circulación: Ley 30/1995, de 8 de noviembre (BOE de 9-nov-1995); y, por pertenecer al ámbito laboral, el baremo -hoy derogado- de accidentes de trabajo y enfermedad profesional: Decreto de 22 de junio de 1956 (BOE de 15-jul-1956); y el baremo de lesiones permanentes no invalidantes: Orden de 15 de abril de 1969 (BOE de 8-may-1969).

^[701] El Anexo I a la Orden de 8 de marzo de 1984 (BOE de 16 y 17-mar-1984). A la citada orden le acompañan también otros baremos: el Anexo II relativo a la dificultad de encontrar empleo a causa de la minusvalía; el Anexo III, para determinar la necesidad de asistencia por una tercera persona; y el

siendo aplicado para la determinación de la condición de minusválido en las prestaciones LISMI^[702] (sustituido recientemente por el nuevo baremo de 1999^[703]), y que es el mismo que -con algunos pequeños retoques^[704]- había sido utilizado desde los años setenta por los servicios sociales^[705] de atención a minusválidos (baremo conocido por «tablas JAMA»^[706]). La elección de este baremo era presumible, ya que la ley estableció los criterios valorativos (factores físicos, psíquicos o sensoriales así como los factores sociales complementarios) utilizando la terminología usada en dicho baremo, y esta opción continuista facilitaba la substitución de las antiguas prestaciones LISMI por las nuevas pensiones no contributivas sin problemas de calificación de sus beneficiarios.

El reglamento de las pensiones no contributivas prometía en su Disposición Adicional Segunda.2 una actualización del baremo de valoración de las minusvalías que no se ha llevado a cabo hasta diez años después, desoyendo también la clara recomendación que se hacía en la cuarta edición americana de las tablas: «La American Medical Association desaconseja firmemente la utilización de ediciones que no sean la más reciente de las *Guías*, ya que la información que contienen no se basa en los datos más recientes y

La necesaria reforma del baremo español de 1984.

Anexo IV, relativo a las dificultades de transporte.

[702] Ley de Integración Social del Minusválido: la Ley 13/1982, de 7 de abril (BOE de 30-abr-1982); su desarrollo se efectúa por el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero (BOE de 27-feb-1984).

[703] Real Decreto 1971/1999 (BOE de 26-enero-2000; con una importante corrección de errores en el BOE de 13-mar-2000).

[704] Introducción del apartado referido a las escoliosis. BOROBIA, 1989, página 141. Este autor realiza en las páginas 98 a 159 un estudio comparativo de distintos baremos usados en España y en otros países tomando como elemento de comparación las puntuaciones que otorgan a las alteraciones en la articulación de la cadera, con resultados dispares.

[705] El Servicio Social de Recuperación y Rehabilitación de Minusválidos (SEREM) tenía atribuida, por Orden de 24 de noviembre de 1971 (BOE de 1-dic-1971), el reconocimiento de la condición de minusválido, previa la determinación de la clase y grado de disminución efectuados por las llamadas Unidades Provinciales de Valoración que dependían del SEREM y del Instituto Nacional de Previsión. Para determinar si cumplían con la condición de estar «afectadas, como mínimo, por una disminución de su capacidad física o psíquica del 33 por 100, que les impida obtener o conservar empleo adecuado» se utilizaron estas tablas, si bien dicha utilización no estaba apoyada en una expresa disposición legal sino en el criterio técnico de los profesionales que integraban las Unidades Provinciales de Valoración.

[706] Por haber sido publicadas por la revista JAMA: The Journal of the American Medical Association, bajo el título *Guides to the Evaluation of Permanent Impairment*. El resumen de los números recientes de la revista puede consultarse en <http://www.ama-assn.org/public/journals/jama/jamahome.htm>. En España se reprodujo la primera recopilación de las mismas de 1971 (entre 1958 y agosto de 1970 se iban publicando en la revista JAMA), pero debe tenerse en cuenta que la estructura de estas tablas ha sido modificada por la propia AMA en sucesivas versiones: la segunda fue publicada en 1984, la tercera edición es del año 1988, una revisión menor de esta tercera edición se publicó en 1990, la cuarta edición fue publicada en 1993, y la quinta edición está fechada en noviembre del 2000, aunque publicada en el 2001.

actualizados»^[707]. La recomendación no es baladí ya que si comparamos las tablas aplicadas en España desde 1984 hasta 1999 con las contenidas en las ediciones americanas de los mismos años y especialmente con la cuarta edición, observaremos importantes diferencias entre las mismas, ya que *a)* se han variado los valores asignados a distintas deficiencias^[708]; *b)* los valores que se consideran normales en una persona sana se han alterado notablemente en muchas ocasiones, y en consecuencia, varía asimismo la valoración de la minusvalía en caso de pérdida o alteración de una función^[709]; *c)* se han incorporado nuevos parámetros a valorar^[710]; *d)* se incorporan procedimientos de valoración multicausal^[711]; y *e)* se incorporan gráficos y instrucciones sobre el uso de técnicas e instrumentos de medida^[712]. Sin perjuicio de que el gobierno ha ignorado durante muchos años la necesidad de que el baremo de 1984 fuese revisado o sustituido (Se han señalado, entre otras razones, para adaptarlo a los avances técnicos en el tratamiento de las patologías, como las lentes intraoculares^[713], los trasplantes, los efectos adversos farmacológicos^[714]), debe reconocerse que el uso continuado del mismo significó una notable mejora de la calificación de los minusválidos

[707] AMA, 1995, página 5: «*The American Medical Association strongly discourages the use of any but the most recent edition of the Guides, because the information in it would not be based on the most recent and up-to-date material*».

[708] Por ejemplo: la pérdida total del dedo índice equivale en el baremo español al 25 por 100 de la mano, en la última edición se rebaja al 20 por 100, en cambio la pérdida del dedo meñique se aumenta del 5 al 10 por 100.

[709] Por ejemplo: en la articulación del hombro la amplitud media de abducción y aducción era de 180 grados, mientras que en la última edición de las tablas se considera normal un movimiento de 230 grados; en la columna cervical la flexión-extensión normal ha aumentado de 60 a 100 grados; en la articulación metacarpofalángica la amplitud media de flexión-extensión era considerada normal con 45 grados mientras que en la última edición este valor es de 60 grados; el valor de espiración forzada en un segundo (VEF 1.0) para un varón adulto de 182 cm. de altura y 50 años se consideraba normal 3,49 litros mientras que en la última edición se consideran 4,12 litros.

[710] Por ejemplo: la atrofia muscular, la audición de las frecuencias de 3000 Hz, las desfiguraciones faciales y cutáneas, o el dolor.

[711] Por ejemplo: para valorar la discapacidad producida por una artritis se considera que tan importante es la pérdida de movimiento en sí como la discapacidad producida por el dolor o la debilidad.

[712] Por ejemplo: uso correcto de los goniómetros o de los inclinómetros, o protocolos de exploración.

[713] PATRICIO, 1992, página 73 del tomo I. Otro ejemplo de que todo baremo presenta lagunas, aunque tenga la reputación de exhaustivo como las tablas JAMA, podemos hallarlo en los criterios de valoración de minusvalías en pacientes afectados por el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) dictados por la Dirección General del INSERSO en 1992, (texto íntegro en GONZALO-CÓDIGO, 1995, nota 1 en página 3363) a raíz de las ayudas de carácter indemnizatorio que se instauraron en el Real Decreto-Ley 9/1993, de 28 de mayo (BOE de 1-junio-1993) para quienes resultaron contaminados en el sistema sanitario público (1147 hemofílicos y 175 trasfundidos con hemoderivados contaminados, entre 1981 y 1985: CRIADO, 1999, página 956).

[714] Estos tres últimos aspectos han sido recogidos en la versión de 1993 de las tablas JAMA (Criado, 1999, página 655).

en relación a la confusión existente antes de la LISMI de 1982, confusión que se producía por la pluralidad de organismos de valoración, la proliferación normativa^[715], y la diversa sistemática aplicada que en unos casos se dejaba al criterio de los profesionales y en otros se limitaba a una limitadísima lista de deficiencias^[716].

El nivel de concreción de la puntuación asignada a cada deficiencia es diverso en los distintos epígrafes del baremo, en buena parte debido a la mayor facilidad de medida de algunas deficiencias como las limitaciones de movimiento de las articulaciones o las sensoriales de vista y oído, comparado con otras como los trastornos de personalidad. Y si bien los distintos métodos utilizados no permiten una comparación entre los porcentajes de discapacidad que en cada país se atribuyan a unas mismas secuelas^[717], una ojeada a otros sistemas de evaluación nos permiten apreciar que en el baremo español de 1984 se observa la ausencia de valoración de algunas situaciones, por

La dispar
concreción en
el baremo de
1984.

[715] En el momento de entrar en vigor la LISMI existían más de 380 normas relativas a los minusválidos, concretamente: 24 leyes, 83 decretos y 1 real decreto, 218 órdenes, 54 resoluciones, y 4 circulares. COROMINAS, 1992, páginas 13 y 20 del Tomo I. Entre los distintos baremos utilizados en España para evaluar la importancia de las secuelas que presente una persona, merecen destacarse dos por una peculiaridad: permitían establecer porcentajes de afectación superiores al 100 por 100, se trata del Decreto 670/1976, de 5 de marzo (BOE de 6 y 7-abril-1976); y el Real Decreto-Ley 43/1978, de 21 de diciembre (BOE de 22-diciembre-1978), peculiaridad incomprensible ya que incluso para graves situaciones un baremo no debería pasar del 99 por 100, ya que el 100 por 100 de pérdida de las capacidades personales corresponde a la muerte: MÉLENNEC, 1997, página 2.

[716] Como los seis supuestos que otorgaban la calificación de «subnormal» según las Órdenes de 22 de febrero de 1969 (BOE de 25-febrero-1969) y de 8 de mayo de 1970 (BOE de 21-mayo-1970): 1.-Ciegos con una visión menor de 20/200 en ambos ojos después de la oportuna corrección; 2.-Sordomudos y sordos profundos, con una pérdida auditiva de más de 75 decibelios; 3.-Afectados por la pérdida total o en sus partes esenciales de las dos extremidades superiores o inferiores o de una extremidad superior y otra inferior, conceptuándose como partes esenciales la mano y el pie; 4.-Parapléjicos, hemipléjicos y tetrapléjicos; 5.-Oligofrénicos con retraso mental valorado en un coeficiente intelectual inferior al 0,50; 6.-Paralíticos cerebrales. La misma técnica de una reducida lista se utiliza en la Orden de presidencia del Gobierno, de 13 de octubre de 1980 (BOE de 15-octubre-1980), pero con una importante ampliación de los supuestos de deficiencias psíquicas. Este método también sigue utilizándose aún en algunas prestaciones de otros países europeos como la *Allocation pour personnes gravement handicapées*, de Luxemburgo: ADAPTH, 1999.

[717] Si comparamos el baremo español de 1984 con otros dos baremos uno francés (*Décret* 93-1216, de 4 de noviembre de 1993 [*Journal Officiel* del 6-nov-1993] *relatif au guide- barème applicable pour l'attribution de diverses prestations aux personnes handicapées*) y otro Canadiense-Québequois (*Décret* 1948-82 [*Gazette officielle du Québec* de 15 de septiembre de 1982] *Reglement sur le bareme des déficits anatomo-physiologiques*) podremos observar mínimas diferencias en las deficiencias de las extremidades, por ejemplo la amputación de una mano supone respectivamente el 54%, entre el 50 y el 75%, y el 55%; sin embargo las diferencias son notables en otros casos comparados como la sordera total (35; 80; 30%), cicatrices viciosas (0; 1a 10; 0,5 a 2%), deficiencia mental severa con C.I. 21 a 34 que requiera disponibilidad continua y supervisión intermitente (65 a 84; 80 o más; 45% o más), y diabetes de difícil control con máxima afectación (25 a 40; 50 a 75; 15 a 20%). Debe tenerse en cuenta que en los distintos países las prestaciones por incapacidad se conceden a partir de un grado distinto de afectación. Se ha señalado (BOROBIA, 1989, página 106; CRIADO, 1999, página 938) también como una de las causas de disparidad entre baremos las discrepancias acerca del estado «normal» incluso en aparatos de fácil medida con el goniómetro como el aparato locomotor, que es también el más frecuentemente valorado; y si se discrepa -a veces, de forma notable- de cual es el grado de flexión-extensión normal, lógicamente se proporcionarán porcentajes de pérdida distintos en los arcos de movimiento.

ejemplo: el dolor; la adicción a determinadas sustancias; o los perjuicios estéticos visibles, que -al margen de las repercusiones funcionales- constituyen una alteración de la integridad física con repercusión en las capacidades futuras del sujeto afectado^[718]; en algunos epígrafes se echa en falta una mayor concreción de los criterios de valoración atendiendo al amplísimo margen que se delega en el profesional evaluador, especialmente en los casos que este margen alcanza o supera los 30 puntos (por ejemplo, clase 4 de las deficiencias hepáticas: de 60% a 90%) o márgenes superiores que incluso alcanzan la totalidad del porcentaje (plexo braquial: de 0% a 100%). Como consecuencia de estos amplios márgenes de determinación y de la falta de actualización de este baremo durante muchos años, y repitiendo la historia anterior a la LISMI, provocó que los profesionales adscritos a los centros de valoración adoptaran unos criterios internos orientativos no reconocidos por ninguna norma y de aplicación no homogénea, como la cronicidad, la resistencia al tratamiento, pronóstico, interferencia funcional, etc.^[719]; e hizo surgir nuevamente el establecimiento de criterios extranormativos de baremación que, difundidos mediante circulares internas, atentan contra el principio de publicidad de las normas recogido en el artículo 9 de la Constitución^[720].

En los últimos días de 1999^[721] el Gobierno promulgó un nuevo baremo para el reconocimiento y valoración del grado de minusvalía, seguido tres meses más tarde de una importantísima -por su amplitud- corrección de errores. El nuevo baremo continúa utilizando en general el sistema de las tablas JAMA, y representa una mejora técnica en la medida que utiliza una versión de las mismas más moderna que la primera que había servido de base al baremo de 1984, aunque no sigue siempre los criterios de la última -ni tan sólo la penúltima- versión de dichas tablas, ni incorpora los gráficos, instrucciones y ejemplos que acompañan a la versión original de tales tablas, cuya consulta puede resultar útil a quien precise utilizarlas. A efectos prácticos, quienes sean evaluados de acuerdo con las nuevas tablas no puede decirse con carácter uniforme que les resultará más o menos fácil cumplir con el requisito del grado de minusvalía exigido, ya que en unos casos el nuevo baremo resulta más desfavorable que el anterior, como, podemos

El baremo de valoración de minusvalías de 1999.

[718] Mientras que las secuelas que afecten al patrimonio estético objetivo (belleza) o subjetivo (autoestima) han sido contempladas en los baremos aplicables en caso de accidentes de tráfico tanto en la anterior Orden de 5 de marzo de 1991 (BOE de 11-marzo-1991) como en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (BOE de 9-noviembre-1995).

[719] PATRICIO, 1992, página 73 del tomo I.

[720] GONZALO-CÓDIGO, 1995, en nota 1 en las páginas 3362 y 3363, da cuenta de una circular de la dirección general del INSERSO, relativa a los criterios de valoración de la minusvalía de los afectados por el virus de la inmunodeficiencia humana.

[721] Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre de 1999 (BOE de 26-enero-2000); corrección de errores en el BOE de 13-marzo-2000.

ver en un par de ejemplos del sistema musculoesquelético: la deficiencia del 100 por cien de una extremidad superior o amputación total de la misma en el baremo anterior equivalía (tabla 21) a una discapacidad global del 60%, mientras que en el nuevo baremo (tabla 3) le concede sólo el 49%, debiéndose tener en cuenta además el distinto tratamiento que se da al hecho de que las discapacidades se hallen o no en la extremidad preferida; la amputación a nivel de la articulación de la rodilla representaba en el anterior baremo un 36% de discapacidad global (tablas 38 y 43), mientras que en el nuevo baremo se reduce al 32 por ciento (tablas 43 y 28); también en la valoración de las deficiencias de la piel se aprecia un cambio importante: el nuevo baremo no sigue los criterios de las tablas JAMA y del baremo anterior, y en comparación con ellos otorga valoraciones claramente inferiores, introduciendo elementos cuantitativos de valoración discutibles como la duración de las hospitalizaciones recurrentes^[722]. En otros aspectos el nuevo baremo es novedoso por incorporar la valoración de aspectos que no eran considerados en el anterior, como sucede con la valoración de las inmunodeficiencias; o en la incorporación de dos métodos alternativos para la valoración de las deficiencias que afectan a la columna vertebral: las Estimaciones Basadas en el Diagnóstico, y el Modelo de Amplitud de Movimiento, siguiendo en este aspecto una de las novedades que incorporó la cuarta edición de las tablas JAMA^[723]. En la valoración de las discapacidades auditivas se ha incorporado en el nuevo baremo la valoración de la pérdida a 3000 Hz realizándose la correspondiente corrección en las tablas de conversión de la suma de pérdidas en porcentajes, y la correspondencia entre dichos porcentajes de pérdida de audición binaural; y la repercusión de tales deficiencias en el porcentaje de discapacidad global de la persona es más favorable para el interesado que en el antiguo baremo. En la valoración de las cardiopatías se han ampliado notablemente los criterios valorativos acercándose en general a los contenidos en las tablas JAMA, aunque no en todos los casos (cardiopatías congénitas) o con algunos valores inferiores a los que se reconocen en dichas tablas (hipertensión). En suma, en la comparación de los baremos antiguo, nuevo y JAMA podemos hallar algunos ejemplo en los que el nuevo baremo les resulta más beneficioso sea por tener en cuenta factores antes no valorados, sea por asignárseles un grado superior; y, por el contrario, en bastantes otros casos el

[722] A consecuencia de los nuevos criterios de valoración para los afectados por el VIH que perciben estas pensiones se han suprimido pensiones a algunos antiguos perceptores, que en algunos casos han dejado de tomar la medicación recetada para alcanzar nuevamente el grado de minusvalía. Un reportaje del problema en EL PAÍS, de 29-jul-2001, el anuncio del Ministerio de Trabajo de suavizar los requisitos para estas personas en EL PAÍS de 4-ago-2001. En España existen unos 150.000 portadores del VIH, 30.000 han desarrollado la enfermedad, de ellos 11.000 perciben una pensión no contributiva, y unas 6000 personas perciben asignaciones por hijo minusválido debido a esta enfermedad.

[723] En ellas se advierte (página 94) de la novedad de esta aproximación y que, a pesar de haber sido desarrollado con el consejo de múltiples especialistas, el desarrollo futuro de las mismas puede llevar a conclusiones distintas.

nuevo baremo es más restrictivo, al adjudicar valores inferiores a las discapacidades evaluadas.

Las diferencias de valoración entre los baremos de 1999 y de 1984 no deben causar problema alguno, a corto plazo, a quienes hubiesen obtenido con anterioridad el reconocimiento de un grado de minusvalía superior al 33 por ciento, ya que la disposición transitoria única del Real Decreto 1971/1999 establece que no necesitarán de un nuevo reconocimiento. No obstante, ello se acompaña de la advertencia de que tal respeto a la actuación anterior de la Administración se realiza sin perjuicio de las posibles revisiones que puedan realizarse, sea de oficio, sea a instancia de parte; por lo que la garantía de permanencia en el cumplimiento de este requisito se remite, en definitiva, a la normativa que regula las mencionadas revisiones de grado, y no puede tomarse en modo alguno como garantía de que les será conservado a los interesados en el futuro el grado que anteriormente les había sido reconocido^[724].

Conservar el grado reconocido.

Este baremo determina el grado de minusvalía mediante la adición de dos puntuaciones, una primera medida, relativa a la «discapacidad», que traduce en un porcentaje de minusvalía; y una segunda puntuación, de «factores sociales complementarios» que, según las circunstancias personales y del entorno del afectado, le otorgan un porcentaje adicional. Expresado en la terminología internacional antes expuesta, en el baremo español se valoran básicamente las deficiencias^[725], en algunos casos las incapacidades, y asimismo se complementa mediante una valoración de handicaps personales, expresándose todo ello en un porcentaje de minusvalía o handicap global único. El uso de este baremo para hallar este porcentaje global no es sencillo, como podemos ver siguiendo un ejemplo ficticio y relativamente simple de una persona con una limitación de la articulación interfalángica del dedo gordo de un pie, con una pérdida de flexión de 10 grados; y una amputación de la otra extremidad inferior a nivel de la articulación de la rodilla. La valoración debe realizarse en tres fases: uso de las tablas de valoración, combinación de los valores hallados, y suma de factores complementarios; en cada una de ellas haremos referencias paralelas al nuevo baremo de 1999 y el antiguo baremo de 1984.

Uso del baremo para determinar el grado de minusvalía: las tablas de valoración.

a) Primero debe localizarse en el índice de tablas situado en el inicio del apartado A el capítulo al que corresponde la secuela que se desea valorar: en el ejemplo, el pie corresponde al Capítulo II «sistema musculoesquelético», que equivale a lo que en el baremo de 1984 era el capítulo I «extremidades y columna».

[724] Véase en la nota [732](#) una referencia a unos casos de pérdida de la pensión no contributiva debido a la aplicación del nuevo baremo a un determinado colectivo de enfermos.

[725] DOMENECH, 1997, página 7.

b) Buscar la tabla que describa la secuela a valorar, en este caso es la número 39 «limitación de movimiento de los dedos del pie»; mientras que en el baremo de 1984 era la 24 en el apartado «tabla de limitación del movimiento»,

Valoramos el dedo del pie que ha perdido 10 grados de capacidad de flexión de la siguiente forma: en la primera columna vamos al primer apartado «primer dedo», subapartado IF (que significa «interfalángica» mientras el otro: MTF, significa «metatarsofalángica»), vemos que la pérdida de menos de 20 grados se califica de leve, y se considera en esta segunda columna que ello significa un 3% de deficiencia del pie, equivalente a un 2% de deficiencia de la extremidad inferior, equivalencia que podemos verificar en la tabla 41 de la misma página.

En el baremo de 1984 la pérdida de la capacidad de flexión en 10 grados (10 perdidos y 20 grados conservados) le corresponde un porcentaje de 15. Este porcentaje indica la repercusión de la limitación del movimiento en el total de funciones del dedo gordo (que -evidentemente- aunque de forma limitada, aún resulta útil). Debíamos acudir ahora a la tabla 27 que traduce las limitaciones del dedo gordo del pie a limitación del pie en su conjunto, buscar el valor 15 y ver que al intervalo de menoscabo del dedo gordo entre 14 a 19 corresponde un porcentaje de 3 de menoscabo del pie. El trámite siguiente era hallar la repercusión de esta afectación del pie en el conjunto de la extremidad inferior, para ello examinábamos la tabla 35 en la que se indica que al porcentaje de menoscabo de 3 del pie, corresponde un menoscabo de 2 en el conjunto de la extremidad. Es decir, se obtiene el mismo resultado en ambos baremos, aunque obsérvese que el baremo de 1999 no tan sólo ha variado -simplificándolo- en número de tablas a consultar, sino que ha desaparecido toda valoración de una limitación de 20 grados o más del dedo gordo del pie, mientras que en el de 1984 se consideraba que la pérdida podía llegar a los 30 grados.

c) Seguidamente averiguamos en la tabla 28 (en el baremo anterior era la tabla 43) que un porcentaje del 2% de discapacidad en la extremidad inferior equivale a un porcentaje de minusvalía del 1% referido al global de la persona.

d) Debemos repetir ahora el mismo mecanismo anteriormente detallado para hallar en la tabla 43 correspondiente a amputaciones de la extremidad inferior que la desarticulación de la rodilla supone un 80% de deficiencia de la extremidad, lo que según la tabla 28 supone un 32% de discapacidad de la persona. Si usáramos el baremo de 1984, veríamos que en la tabla 38 la amputación a nivel de la rodilla representaba un 90% de menoscabo de la extremidad; y en la tabla 43 veíamos que esta discapacidad del 90% de la extremidad equivalía al 36% referido a la persona global.

Antes de seguir adelante, podemos constatar a simple vista que en el ejemplo propuesto, siguiendo el baremo de 1984 el interesado obtenía el grado mínimo de valoración de minusvalía, ya que tan sólo con la última deficiencia examinada se le reconocía un porcentaje superior al 35 por ciento, mientras que siguiendo el nuevo

baremo no es seguro que alcance dicho límite ya que dependerá para ello de la puntuación que pueda sumar debido a los factores sociales complementarios.

A diferencia de las tablas JAMA que realizan una foto del grado de discapacidad de una persona, sin juzgar en qué momento debe de realizarse la misma, la normativa española se halla condicionada por el precepto del artículo 136.2 LGSS que indica que «en la modalidad no contributiva, podrán ser constitutivas de invalidez, las deficiencias previsiblemente permanentes...». Este requisito de permanencia presunta de las consecuencias de la enfermedad o accidente se desarrolla en el baremo español de 1999, indicando^[726] que deben entenderse como deficiencias permanentes las no recuperables, es decir sin posibilidad razonable de recuperación o mejoría, por lo que en cada capítulo se fija un período mínimo que debe transcurrir entre el diagnóstico e inicio del tratamiento y la valoración del estado del sujeto. En efecto, para valorar determinadas deficiencias se establece con rotundidad un período mínimo de evolución de la enfermedad de seis meses desde el diagnóstico e inicio del tratamiento, por ejemplo todas las afecciones del aparato respiratorio, todas las afecciones cardíacas y enfermedades del sistema vascular, todas las enfermedades hematológicas incluidas las inmunodeficiencias, todas las enfermedades del tubo digestivo y enfermedades hepáticas; a quienes padezcan una grave enfermedad cardíaca o sufran una infección por VIH, aunque estuviesen en fase terminal debe negárseles la valoración de su estado de discapacidad porque, habiéndose retrasado en demasía en acudir a diagnosticarse y recibir tratamiento médico, deben esperar seis meses a que dicho tratamiento surta sus efectos. A este período de carencia inicial se le une otro posterior: «Cuando esté indicado el tratamiento quirúrgico, la valoración se realizará a partir de los seis meses del postoperatorio. Si el enfermo rechaza dicho tratamiento sin motivo justificado, no será valorable. En el caso de enfermos sometidos a trasplante cardíaco, la valoración se efectuará 6 meses después del mismo, de acuerdo con su función residual...»^[727]; una vez más el tratamiento -inclusive un trasplante- es el centro: si el trasplante se demora (meses o años tal vez) la valoración se demora hasta seis meses después del trasplante, salvo -claro está- que el beneficiario fallezca antes^[728]. Tal situación quedaba paliada en parte con el precepto siguiente: «...durante estos seis meses se mantendrá

El carácter definitivo de las deficiencias y el período de seis meses.

[726] Apartado 3º del Capítulo 1 del baremo, dedicado a «normas generales».

[727] Epígrafes 2 y 3 del apartado de «normas de carácter general para la deficiencia originada por cardiopatías» del capítulo 5 del baremo de 1999. Una norma igual existe para los trasplantes de riñón en el epígrafe 4 de las normas generales del capítulo 8.

[728] Lo que -por suerte- no sucede a menudo, «la gran experiencia acumulada ha hecho posible que en 1999, se hayan salvado 8,5 pacientes de cada 10 que hubieran tenido una muerte prácticamente segura» ALMENAR, 2000. En el mismo número pueden hallarse cifras referidas a otros trasplantes (renal, pulmonar, hepático) ligeramente menos exitosos. Si bien la espera media de un trasplante de riñón en Cataluña fue en 1999 entre dos y tres años, debe tenerse en cuenta que algunos pacientes esperan infructuosamente toda su vida sin hallar un órgano compatible.

la valoración que previamente tuviera el enfermo»; la norma es acertada salvo que la misma se refiere únicamente a los seis meses posteriores a un trasplante, con efectos para quien ya tuviera una valoración anterior, y sin que exista otra igual para el período en que el interesado espera dicho trasplante u otra intervención quirúrgica. Únicamente en el caso de los afectados por trastornos hepáticos la norma del capítulo 7 es distinta para quienes sean susceptibles de trasplante u otro tratamiento quirúrgico por enfermedades de hígado^[729] hablándose de «reevaluación»: «2.- En el caso de que el enfermo sea susceptible de tratamiento quirúrgico, el grado de discapacidad será reevaluado a los 6 meses de haberlo realizado» y en el mismo sentido de reevaluación se expresan las reglas 3 y 4 siguientes a la transcrita, sin que se explicita en el baremo el motivo de esta diferencia de trato; precisamente el hecho de que en otros lugares del baremo se hable de reevaluación tras el acto quirúrgico, impide interpretar que en los supuestos primeramente citados cuando se habla de valoración pueda entenderse como reevaluación o revisión de una valoración anterior. En resumen, lo que se señala aquí, es que la interpretación literal del baremo reglamentario indica que mientras haya una posibilidad de mejora debido a un tratamiento aún no iniciado o debido a un acto quirúrgico aún no realizado, la valoración de la minusvalía no debe llevarse a cabo hasta seis meses después de estos actos, con la lógica consecuencia de que el interesado no podrá acceder a una pensión no contributiva por no poder acreditar un requisito esencial; al no existir límite de tiempo en esta espera, el resultado puede ser la denegación total de la protección social.

El precepto reglamentario que ha instaurado un período de carencia desde el inicio del tratamiento puede ser criticado por dos motivos: primeramente, porque el reglamento realiza una presunción de que antes de seis meses del inicio del tratamiento no es posible considerar como definitiva ninguna incapacidad de los capítulos mencionados; y segundo, porque formulado este período de carencia valorativa en términos absolutamente indiscriminados conduce a negar totalmente una realidad por el simple hecho de que ésta pueda cambiar parcialmente, cuando -por el contrario- es posible afirmar como compatibles la presencia de un estado previsiblemente definitivo con una evolución dentro de una determinada franja de posible mejora o empeoramiento; basta para confirmarlo el hecho de que en la modalidad contributiva de prestaciones por invalidez permanente se afirme que «no será necesaria el alta médica para la valoración de la invalidez permanente en los casos en que concurren secuelas definitivas» (2º párrafo del art. 136.1 LGSS) que prosigue con la consideración de inválido permanente de quienes sin haber recuperado su capacidad esperan la calificación sin prestaciones de incapacidad temporal por haber agotado las mismas. En consecuencia, cuando, aplicado literalmente, el Real Decreto 1971/1999 que establece el nuevo baremo niega

Interpretación del período de espera de seis meses.

[729] Epígrafes 2 y 4 del apartado de las normas de carácter general para la valoración de la deficiencia originada por enfermedades del hígado, vías biliares e hipertensión portal.

llanamente la posibilidad de valorar la discapacidad hasta pasados seis meses de ciertos actos terapéuticos, habría restringido indebidamente el concepto legal de invalidez, lo que conllevaría la inaplicación de tales períodos de espera; debe por tanto propugnarse una interpretación correctora en un doble sentido: 1º) que los preceptos antes examinados cuando instauran un período de espera de seis meses lo hacen como presunción *iuris tantum* de que antes de dicho período las deficiencias no pueden ser calificadas como definitivas, por ser la admisión de prueba en contrario la regla general de las presunciones^[730]; y 2º) la ausencia de posibilidades de recuperación de una deficiencia como requisito para que ésta pueda ser valorada debe entenderse que es a corto plazo, de forma que -al igual que en la modalidad no contributiva (art. 136.1 LGSS)- no será obstáculo para la calificación la posible mejora si esta es incierta o a largo plazo; en consecuencia, la posible mejora debida a un trasplante u otra intervención quirúrgica sólo paralizará el proceso de valoración de las discapacidades si esta intervención se realiza a corto plazo, entendiéndose por tal el período de tiempo utilizado reiteradamente en el baremo: seis meses desde el diagnóstico e inicio del tratamiento, sin perjuicio de que pueda procederse a una reevaluación de las capacidades personales transcurrido el mismo período de seis meses tras haberse efectuado dicho trasplante.

El baremo español de 1999 ha introducido una serie de elementos cuantitativos precisos para evaluar los grados de discapacidad que suponen una novedad en el sistema evaluador. Estos elementos no figuraban en el anterior baremo de 1984 ni figuran en algunos casos en las tablas JAMA originales, o figuran con una precisión menor que la expresada en el baremo español; la mayor concreción de algunos conceptos antes indeterminados debe valorarse positivamente, sin embargo, es discutible que tal concreción deba traducirse en una valoración más restrictiva del grado de minusvalía, como podemos ver en un par de supuestos:

Concreciones
a conceptos
antes
indeterminado
S.

A) en la valoración del porcentaje atribuible a deficiencias de la piel, ambos baremos siguen una clasificación muy similar en cinco clases, definidas cada una de ellas por el grado en que se presentan tres elementos: la persistencia de las alteraciones, la afectación a las actividades de la vida diaria, y la frecuencia con que necesitan ser tratadas estas afectaciones. Las diferencias entre las tablas JAMA originales y el baremo español son de dos clases: primeramente el baremo español asigna a cada una de las clases un rango de grado de discapacidad menor que el asignado en las tablas JAMA (por ejemplo, la clase 4: en España oscila del 50 al 70%, y en las tablas americanas del 55 al 84%); y, en segundo lugar, las descripciones del supuesto que permite la clasificación incorporan cifras que dejan un menor grado de apreciación al evaluador (por ejemplo: donde las tablas dicen «puede incluir intermitentes confinamientos en casa u otro lugar»,

[730] Primer párrafo del artículo 1251 del Código Civil: «las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba»

en el baremo se dice «requiere hospitalizaciones con una periodicidad igual o superior a 1 cada 2 meses»)

B) En la valoración de la discapacidad atribuible a deficiencias del riñón el baremo español además de utilizar criterios clínicos claramente más restrictivos que las tablas JAMA (por ejemplo: a una medida de aclaramiento de creatinina^[731] de 20 ml/min el baremo español le asignaría un grado del 24%, y las tablas JAMA un mínimo del 60%); cuando en las tablas JAMA se valora el hecho de que el paciente necesite tratamiento frecuente en el baremo español se cuantifica como «precisa atención médica documentada más de tres veces o más de 30 días al año», si bien tal definición presenta bastante amplitud en lo referente a qué debe entenderse como «atención médica» que -a falta de mayor concreción normativa- incluirá cualquier acto médico incluida la consulta ambulatoria.

El hecho de que se utilice en varios supuestos como criterio de valoración del grado de minusvalía la frecuencia con la que la persona afectada requiere ser atendido médicamente o ser hospitalizado puede ser problemática. Ciertamente el hecho de permanecer ingresado en una institución sanitaria es un hecho que influye en la capacidad del afectado para realizar sus actividades habituales, y por ello no puede descartarse totalmente este criterio; sin embargo existen varios elementos en pro de una reducción de este criterio, ya que la decisión de hospitalizar o no a un enfermo se toma no únicamente en función de su estado físico, sino también de la calidad sanitaria y asistencial de su entorno doméstico, del riesgo de complicaciones nosocomiales, y otros factores ambientales -como la falta de plazas hospitalarias en una zona y tiempo determinados-, por lo que dos personas con idéntico estado físico, que estén obligadas al mismo grado de inmovilidad y reposo periódico pueden ver ordenado en grado distinto que el reposo o tratamiento se realicen en su domicilio o en una institución hospitalaria por motivos ajenos al estado de la persona afectada; asimismo el uso de determinadas técnicas terapéuticas puede cambiar significativamente el número de visitas u hospitalizaciones requeridas, sin que cambie en el mismo grado la capacidad del sujeto para obtener recursos económicos propios; como ejemplos de ello podemos citar la diálisis a domicilio o en un hospital, o la administración de ciertos «cócteles» medicamentosos en infecciones por VIH. Asimilar la estancia en el domicilio a plena capacidad y acto hospitalario a incapacidad puede no responder a la realidad, y -lo que

[731] El aclaramiento de creatinina es el más exacto reflejo de la función renal y cuantifica el grado de disfunción de las vías urinarias altas: AMA, 1995, página 250. Actualmente se considera que la cifra normal se halla entre 100-120 ml/min, aunque hasta que no desciende a menos de la mitad de dicho valor el paciente suele ser asintomático y no ve afectadas las actividades de su vida diaria. La tasa tomada como ejemplo corresponde a una situación de pre-diálisis. En el baremo de la Seguridad Social norteamericana (SSA) se considera inválidos a quienes presenten una tasa de aclaramiento de creatinina de 20 ml/min o inferior, durante al menos 3 meses si además presentan alguna otra disfunción de las listadas en el baremo como osteoporosis notable, episodios de pericarditis, hematocrito del 30 por cien o inferior, etc. CODE OF FEDERAL REGULATIONS (CFR) 404: Appendix 2 to Subpart P, Sec. 6.02.C to part A.

es peor- puede condicionar por razones económicas (conservar la pensión) la elección de someterse a un determinado acto o técnica médica^[732].

En la comparación entre las tablas JAMA originales y el baremo español de 1999 publicado en el BOE hay una diferencia que es importante destacar por cuanto afecta a la fiabilidad de las magnitudes que intenta evaluar el baremo y de la exactitud del grado de minusvalía que se certifique. En las tablas JAMA existe un apartado^[733] que lleva por título «Interpolación, Medida y Redondeo» en el que se indica que, a menos que exista un estándar generalmente aceptado, como algunas pruebas analíticas de laboratorio, dos medidas realizadas por el mismo examinador al mismo sujeto puede esperarse que se diferencien entre sí hasta un 10 por ciento; se recuerda que si bien dos evaluaciones realizadas por observadores expertos y en ocasiones distintas deben ser consistentes, evidentemente, las mediciones repetidas incrementarán la credibilidad de los datos; y, finalmente, se indica que el resultado final, tanto si se han examinado uno como varios sistemas orgánicos, puede ser redondeado al valor terminado en 0 o 5 más cercano^[734]. A continuación, se indica que en caso de que un tratamiento haga desaparecer aparentemente todos los signos y síntomas de una enfermedad que subsiste (por ejemplo, diabetes tratada con insulina, o hipertiroidismo tratado con levotiroxina) es discutible que el paciente haya recuperado su anterior estado de buena salud, por lo que puede incrementarse hasta un 3 por ciento la discapacidad valorada^[735]. Asimismo en algunos capítulos se indica que el resultado de las medidas puede ser redondeado (por ejemplo, la pérdida de movimiento de la extremidad superior, a los 10° más cercanos). Estas salvedades a la precisión valorativa^[736], que no se indican en el baremo español, y que son acumulativas, resulta de sumo interés conocerlas para cuando el operador jurídico se interrogue sobre la exactitud de una valoración efectuada, cuando valore la conveniencia de solicitar un nuevo examen, o cuando deba valorar dictámenes contradictorios que discrepen en su resultado numérico. En consecuencia, debe

La temeraria exactitud del baremo español.

[732] Véanse las protestas de los afectados por el VIH -alguno de ellos desde hace 16 años- tras serles retiradas las prestaciones no contributivas, ya que de acuerdo con el nuevo baremo no alcanzan el grado de minusvalía que antes se les había reconocido.

[733] AMA, 1995, página 9. En la última edición de las tablas JAMA el redondeo se aplica sólo al número entero más próximo, (AMA, 2001, página 20) pero en algunos capítulos como el referido a la columna vertebral -uno de los que más cambios ha experimentado en la quinta edición- se han establecido otros redondeos. Salvo alguna cita puntual, no nos referiremos aquí a la quinta edición de las tablas JAMA, ya que no pudieron ser consideradas para elaborar el reglamento español de 1999.

[734] No se menciona nada acerca de la conducta a seguir en caso de que equidiste entre ambos valores (redondear por defecto, o por exceso), lo que es una pequeña carencia técnica de concreción.

[735] Ello se mantiene en la 5a edición de las tablas americanas: AMA, 2001, página 20.

[736] En la quinta edición de las tablas JAMA (AMA, 2001, página 5) se reconoce que se disponía de datos muy limitados para establecer algunos de los porcentajes que se establecieron en la cuarta edición, ello no obstante algunos se mantienen a falta de datos científicos que aconsejen un cambio no arbitrario.

mantenerse un prudente escepticismo ante la aparente exactitud de las valoraciones que se efectúen de acuerdo con el baremo español, que no ha recogido las limitaciones que impone el estado actual de la ciencia^[737].

Un elemento característico del baremo y de las tablas JAMA es la utilización de la tabla de valores combinados para calcular el porcentaje de afectación global de la persona cuando en un mismo sujeto se dan varias deficiencias o incapacidades; cuando una persona tiene varias afectaciones, como en el ejemplo examinado anteriormente, los distintos valores de deficiencia no pueden simplemente sumarse, salvo en algunos casos que se explicitan en el propio baremo, sino que deben combinarse usando la «tabla de valores combinados» que se halla al final del apartado A del baremo, y que proporciona un valor conjunto distinto de la mera suma. Se parte de la idea que una segunda y sucesivas discapacidades al afectar a una capacidad que ya se hallaba limitada representan un grado de pérdida inferior a la que representaría cada una de ellas por sí sola en un individuo sin afectación previa, lo que expresado de forma numérica y simple sería así: si una persona en plenas facultadas «vale» 100, una deficiencia del 10% reduce su valor a $(100-10) = 90$; una nueva pérdida del 10% no significa que pierda nuevamente 10 puntos, sino el 10% de su «valor» tras la primera pérdida, es decir, el 10% de $90 = 9$, por lo que la combinación de las dos pérdidas del 10 por ciento representan $10 + 9 = 19$ puntos porcentuales de pérdida, y no 20 como resultaría de la mera suma de los dos porcentajes iniciales. Una consecuencia práctica a tener en cuenta es que cuanto más elevado es el grado de minusvalía, se precisa que la segunda afectación sea más importante para producir un aumento significativo del porcentaje anteriormente acreditado. En la última edición de las tablas JAMA se recogen las críticas que ha recibido este sistema reconociendo que no se ha establecido científicamente cual es el mejor sistema para combinar diversas discapacidades; y que en algunos casos la segunda discapacidad puede agravar la primera, por lo que el resultado -que en la combinación de valores da un resultado final menor que la suma aritmética- debería ser incluso mayor que la suma de ambos porcentajes de pérdida, por ejemplo: cuando un deficiente visual pierde la capacidad de utilizar sus manos; los autores prometen estudiar alternativas a la tabla de valores combinados para futuras ediciones de las tablas^[738].

La tabla de valores combinados en el baremo: fundamento.

[737] La Organización Mundial de la Salud, en la introducción a su nueva Clasificación (WHO-CIF, página 24), considera que dados los márgenes de error existentes, «para lograr una aplicación uniforme es necesario desarrollar procedimientos de valoración mediante el desarrollo de proyectos de investigación».

[738] AMA, 2001, página 10.

la traducción literal de las instrucciones contenidas en las tablas JAMA^[739], y sin las cuales el lector del Real Decreto no puede saber como utilizar dicha tabla de valores combinados, siendo insuficiente la mención realizada en el quinto párrafo de la introducción al baremo, que dice únicamente: «Al final del anexo 1.A se ofrece una tabla de valores combinados que debe utilizarse siguiendo las indicaciones que se especifican en cada uno de los capítulos», ya que en los capítulos se contienen referencias a cuando los distintos valores hallados deben sumarse entre sí^[740], cuando los valores deben combinarse mediante una tabla especial^[741], o cuando debe de hacerse mediante la tabla general de valores combinados^[742], pero no existe indicación alguna de como debe utilizarse la tabla comentada para que los cinco mil números que contienen dichas tablas se doten de significado. La laguna debe considerarse un error, y debe integrarse mediante los antecedentes de la norma, y dado que -como ya se ha indicado- el contenido de esta tabla en el baremo de 1999 es idéntico a la que acompañaba el baremo de 1984, podemos suponer que las instrucciones para su uso son también idénticas.

En dichas instrucciones de 1984 se indicaba que la tabla se había elaborado en base a la siguiente fórmula: $A\% + B\% (100\% - A\%) = \text{valor combinado de } A\% \text{ y } B\%$ (donde A y B se escriben como decimales). Esta fórmula (conocida como fórmula de Balthazard) que se expresa aquí tal como se indica en el baremo de 1984, se ha expresado a menudo también así $\{ [(100 - M) \times m] \div 100 \} + M = \% \text{ global}$; siendo «M» el valor mayor, y «m» el valor menor. Debe precisarse, empero, que en esta fórmula pueden permutarse el valor mayor y el menor (como puede verificarse fácilmente resolviendo la ecuación:

La fórmula en que se basa la tabla de valores combinados y sus antecedentes históricos.

[739] Veanse las páginas 7534 del BOE de 17 de marzo de 1984; la página 322 de AMA, 1995; y la página 3403 del BOE de 26 de enero del 2000. En la 5a edición de las tablas norteamericanas se mantienen idénticas estas instrucciones: AMA, 2001. Página 604.

[740] Por ejemplo: «Deberán sumarse los porcentajes de deficiencia de flexión y extensión para obtener el porcentaje de deficiencia de la extremidad superior» en el epígrafe dedicado a la «Flexión y extensión» del apartado 3 «Evaluación de las deficiencias de la articulación de la muñeca» del subapartado relativo a la extremidad superior, del capítulo I relativo al «Sistema musculoesquelético».

[741] Por ejemplo: «El porcentaje de deficiencia de la visión debida a disminución de la AV [léase: agudeza visual] en ambos ojos se obtiene aplicando la tabla 1» en el apartado de «Criterios de valoración de deficiencias visuales» del capítulo 12 relativo al «Aparato visual».

[742] Por ejemplo: «Las discapacidades originadas por las tres últimas clases de deficiencias pueden combinarse entre sí y con la más grave de las cuatro primeras, mediante la tabla de valores combinados» en el apartado «Encéfalo» del capítulo 3 dedicado al «Sistema nervioso». A menudo el uso de la tabla general de valores combinados se expresa únicamente mediante la apelación a que dos valores deben combinarse, sin mención alguna a una tabla especial, por ejemplo: «el porcentaje de discapacidad debido a secuelas del tratamiento recibido, si las hubiere, se combinará con el correspondiente a la propia enfermedad neoplásica», en el epígrafe 4 del apartado de «normas de carácter general para la valoración...» del capítulo 11 dedicado a las Neoplasias. En estos casos debe entenderse que la tabla final de valores combinados opera como norma general, que cede ante la presencia de una norma especial que especifique otro sistema combinatorio de los distintos porcentajes.

en ambos casos obtendremos una expresión equivalente) por lo que podía haberse expresado simplemente como valores A y B sin precisar qué posición en la fórmula debía adoptar el valor mayor. Esta segunda versión de la fórmula se había utilizado ya en España en los baremos para mutilados de guerra^[743] indicándose la salvedad de que si varias mutilaciones se agravan unas a otras, se suman los valores; y si las secuelas corresponden a dos diferentes regiones, sistemas o aparatos que no se agraven entre sí, se utiliza dicha fórmula matemática; esta salvedad se aplica -al menos en parte- en el baremo de 1999 según dice el último párrafo del capítulo 1 del mismo.

$$\begin{aligned}
 a+b(1-a) &= \cap ab && \langle \text{formula americana} \rangle \\
 [a+b(1-a)] \times 100 &= (\cap ab) \times 100 && \langle \text{multiplicamos por } 100 \rangle \\
 (a \times 100) + [b(1-a) \times 100] &= (\cap ab) \times 100 \\
 (a \times 100) + [b \times 100(1-a)] &= (\cap ab) \times 100 \\
 A\% + B\%(1-a) &= \cap AB\% && \langle \text{formula correcta} \rangle \\
 &\vdots && \langle \neq \text{ a la formula española} \rangle \\
 A\% + B\%[100\% - A\%] &= \cap AB\%
 \end{aligned}$$

Comparación de fórmulas

$$\begin{aligned}
 A\% + B\%(1-a) &= \cap AB\% && \langle \text{formula correcta} \rangle \\
 A\% + [B\%(1-a) \times 100] &= \cap AB\% && \langle \text{multiplicacion arbitraria} \rangle \\
 A\% + [B\%(100\% - A\%)] &= \cap AB\% && \langle \approx \text{ formula española} \rangle
 \end{aligned}$$

Demostración del error en la fórmula española

100 para indicar que en la tabla deben manejarse porcentajes (valores de 1 a 100) en lugar de su equivalente decimal (valores de 0,01 a 1,00)^[744], pero si se desea operar con porcentajes no se entiende que la fórmula española prosiga diciendo -posiblemente por mimetismo con la versión americana- que también deben expresarse los valores de A y B como decimales. Esta incongruencia en cuanto a las unidades con las que debe

Si comparamos la fórmula combinatoria que se halla en el baremo español de 1984: A% + B% (100% - A%) = valor combinado de A% y B% (donde A y B se escriben como decimales), con las instrucciones que constan en las tablas JAMA originales, veremos que en las mismas se expresa de forma algo distinta: « A + B (1 - A) = valor combinado de A y B; donde A y B son el equivalente decimal de los valores de discapacidad ». Examinando la diferencia entre ambas expresiones de la misma fórmula parece que en la versión española de la misma se hubiesen multiplicado todos sus términos por

[743] Para hallar un valor «complejo» en la Orden de 24 de febrero de 1979 (BOE de 28-febrero-79 y de 1-marzo-79); y en el Real Decreto 712/1977, de 1 de abril (BOE de 22-abril-1977 al 26-abril-1977)

[744] La expresión inglesa «*decimal equivalents*» es ambigua, sin embargo, a la vista del ejemplo que contienen las instrucciones queda claro que este equivalente decimal es el «tanto por 1», es decir: los valores que se manejan en la tabla dividido por 100; en consecuencia, este equivalente decimal se hallará comprendido siempre entre 0 y 1, lo que concuerda con la explicación que realizamos posteriormente acerca de la relación de esta tabla con el cálculo de probabilidades, ya que -por definición- la probabilidad de un evento es un valor entre 0 (nula probabilidad del suceso) y 1 (plena probabilidad de que acaezca).

operarse provoca que la fórmula pueda interpretarse de distintos modos; sin embargo no es éste el único inconveniente que presenta la fórmula española de 1984, ya que además esta fórmula española no equivale a la fórmula americana contenida en las tablas JAMA, y produce resultados erróneos como demostraremos a continuación, derivados en buena parte de un uso incorrecto del símbolo matemático de porcentaje (%)^[745]. En el primer recuadro adjunto desarrollamos la multiplicación de la fórmula americana por 100, suponiendo que lo que quiso la norma española era transformar números decimales en porcentajes equivalentes (por ejemplo: 0,35 en 35%), y para evitar confusiones, indicamos en el primer recuadro A y B en minúscula cuando se expresan en valor decimal (versión americana) y en mayúscula cuando se expresa en valor porcentual (versión española); como podemos ver el resultado de esta operación difiere de la fórmula española. Para demostrar en qué consiste el error, en el segundo recuadro multiplicamos arbitrariamente uno de los términos de la expresión correcta anteriormente obtenida por 100, porque en esto consiste precisamente el error: uno de sus términos es 100 veces mayor que el valor correcto; a través de esta arbitraria operación obtenemos la fórmula española que proporciona el resultado erróneo.

$$\begin{aligned}
 \text{Si } a=0,35 \quad b=0,20 &\equiv A=35\% \quad B=20\% \\
 a+b(1-a) &= \cap ab \\
 0,35+0,20(1-0,35) &= \cap ab \\
 0,35+0,20(0,65) &= \cap ab \\
 0,35+0,13 &= \cap ab \\
 0,48 &= \cap ab \qquad \equiv 48\% = \cap AB
 \end{aligned}$$

Para despejar toda duda acerca de lo que afirmamos, aplicaremos en los recuadros siguientes a ambas fórmulas -la americana y la española- los valores que constan en el ejemplo de las instrucciones: 35% y 20% que

Ejemplo calculado según ambas fórmulas.

Combinar minusvalías del 35% y del 20% según fórmula JAMA

$$\begin{aligned}
 \text{Si: } A\% &= 35\%; A \text{ como decimal} = 0,35 \\
 B\% &= 20\%; B \text{ como decimal} = 0,20 \\
 A\% + B\%(100\% - A\%) &= \cap AB\% \\
 0,35\% + 0,20\%(100\% - 0,35\%) &= \cap AB\% \\
 \hline
 0,35\% + 0,20\%(99,65\%) &= \cap AB\% \\
 A\% &= 35\%; A \text{ como decimal} = 35 \\
 \text{Si: } B\% &= 20\%; B \text{ como decimal} = 20 \\
 A\% + B\%(100\% - A\%) &= \cap AB\% \\
 35 + 20(100\% - 35) &= \cap AB\% \\
 35 + 2000\% - 750 &= \cap AB\%
 \end{aligned}$$

Combinar 35% y 20%, según la fórmula española literal

combinados deben proporcionar un valor del 48% de acuerdo con las tablas. En el primer recuadro que acompaña a este párrafo vemos que aplicando la fórmula americana de las tablas JAMA se obtiene correctamente el resultado de 0,48 que es el equivalente decimal del 48% que, a su vez, es el porcentaje combinado de minusvalía que nos proporcionan las tablas. Sin embargo, la aplicación de la fórmula española no resultará fácil debido a dos aspectos que ya hemos mencionado: la introducción arbitraria de porcentajes en todos los elementos de la

Combinar 35% y 20%, suponiendo A y B no porcentuales

[745] En las fórmulas no debería utilizarse la expresión A%, sino que a nivel operativo debe expresarse A/100. Si deseamos calcular el 10% de rebaja de un precio de 200 pts. debe calcularse $200 \times 10 / 100 = 20$ pts. de descuento, y nunca expresar $200 \times 10\%$, ya que el resultado de 200 veces 10% es 2000%, y lo que deseábamos obtener era un resultado y no un problema.

fórmula, y la indicación de que A y B deben expresarse en decimales. Vamos a intentar primeramente aplicar literalmente la fórmula española, sustituyendo A por 0,35 (obsérvese que -según la literalidad- es únicamente A y no A% lo que debe reemplazarse), e igualmente B por el valor 0,20; en el segundo recuadro observaremos que la inconsistencia de mezclar decimales y porcentajes nos lleva a una formulación incoherente con el resultado buscado. Tampoco nos conducirá a ningún resultado útil el intento de interpretar que la expresión decimal solicitada se refiere en la fórmula española a que debemos prescindir de los porcentajes, eliminando únicamente en el caso de A y B -recordémoslo- la expresión porcentual (los valores absolutos resultantes serían -también- una expresión «decimal» en cuanto pertenecen al sistema decimal y no al binario u otro), ya que la fórmula sería inconsistente, como se aprecia en el tercer recuadro. Varias son las posibles interpretaciones de esta deficiente expresión contenida en el baremo de 1984 que nos permitirían concluir que la fórmula española no refleja correctamente los valores combinados de la tabla; si recordamos que una suma de dos valores sólo puede efectuarse una vez transformados los sumandos a la misma unidad, deberemos concluir que la única posibilidad de que la fórmula que intenta combinar los valores de A y B sea consistente es considerar que hubo un lapsus y que donde se dice «A y B se escriben como decimales» quería decirse «todos los términos de la fórmula deben escribirse en sus equivalentes decimales», y esto es decir algo completamente distinto a lo que el BOE dice; y todo ello para concluir diciendo que la fórmula $[A\%+B\%(100\%-A\%)]$ debe escribirse como $[a+b(1-a)]$ que no es sino exactamente la fórmula americana de la tablas JAMA de la que el legislador-traductor quiso lamentablemente apartarse. Este pequeño desliz en la adaptación española del baremo parece que no debería tener consecuencia alguna, ya que a los interesados en obtener una prestación no se les aplica la fórmula que venimos comentando, sino que al resultado de las evaluaciones de su estado psicofísico se les aplica la tabla de combinación de valores, y la fórmula se hallaba en las instrucciones de uso a título de *obiter dicta*; sin embargo, el detalle señalado tiene una mayor trascendencia, ya que cuando el intérprete jurídico se halle ante los resultados contradictorios que señalaremos más adelante y que denominamos «error fraccionario», si acude a dicha fórmula para hallar una solución al problema -de acuerdo con el criterio interpretativo contextual que señala el artículo 3.1 del Código Civil- se hallará ante un resultado absurdo que no tan sólo no resolverá el problema sino que le sumará en una mayor perplejidad.

La tradicional aritmética comercial de descuentos ha inducido a usar expresiones algebraicas de tipo sustractivo del tipo $P - (P \times r/100)$ relegando las expresiones equivalentes de tipo multiplicativo $(100-R) \times P/100$; ya que habitualmente al publicitario le interesa más llamar la atención sobre el descuento que sobre el pago restante (por ejemplo: se resalta el 7% de descuento y no que se va a pagar el 93% del precio inicial) aunque resultaría más rápido computar con la calculadora esta última

Mirar las capacidades conservadas o las capacidades perdidas.

información; de forma similar, las referencias y la evaluación de las personas que no conservan la plenitud de sus capacidades corporales se ha realizado situando el foco en las facultades perdidas. Las referencias a las personas discapacitadas podrían realizarse en positivo, de forma que en lugar de considerar remarcable que una persona ha perdido un 10% de sus capacidades se afirmase la existencia de un 90% de sus capacidades personales, y describir las prestaciones no como sustitutivas o compensadoras de una pérdida sino como complemento y soporte a unas capacidades conservadas; significaría ello una mejora en la vocación pedagógica que a menudo han tenido las palabras usadas -y frecuentemente cambiadas- por el legislador en este ámbito.

La combinación de dos valores porcentuales es una operación habitual en el cálculo de probabilidades, utilizándose la fórmula anteriormente comentada para hallar la probabilidad de la unión de dos eventos independientes; por ejemplo, si quisiéramos hallar la probabilidad de que una persona pueda realizar todas sus actividades habituales después de sufrir dos accidentes que limitasen sus capacidades en un 10 por ciento cada una, procederíamos así: Para una persona de valor 100, la primera lesión que le afecta en un 10% reduce su capacidad al valor 90 por lo que la probabilidad de que pueda realizar sus actividades habituales es de 0,9 (es decir, del 90%); el segundo evento totalmente independiente del primero también es capaz de reducir su capacidad a 90 y la probabilidad de una plena actividad es igualmente de 0,9; la probabilidad de realizar plenamente sus actividades después de las dos mermas de capacidad es el producto de las probabilidades de cada una por separado $(0,9 \times 0,9) = 0,81$ correspondiente a una merma de capacidad de $(1 - 0,81) = 0,19$ que es el valor combinado de las dos pérdidas del 0,10 y 0,10, o -expresado en porcentajes- el 19% que es el valor combinado de las dos pérdidas del 10% y otro 10%. En consecuencia, para establecer una fórmula que valore la disminución de capacidades debida a dos pérdidas a ($= A/100$) y b ($= B/100$), deberemos proceder así: la capacidad restante es respectivamente de $1-a$, y $1-b$ si consideramos las dos pérdidas aisladamente; el valor combinado de la capacidad tras las dos pérdidas es:

$$(1 - a) \times (1 - b) = 1 - a - b + ab;$$

o sea,

$$1 - [a + b(1 - a)]$$

es decir,

$$1 - (\text{fórmula JAMA del valor combinado}).$$

Podemos concluir, en consecuencia, que el inverso del valor combinado de « a » y « b » que expresa la fórmula original americana es la que nos indica correctamente la capacidad resultante de una persona afectada por las discapacidades « a » y « b »; lo que nos confirma la validez de dicha fórmula original, y el error tipográfico de la versión española contenida en el baremo español de 1984.

Elaboración de la fórmula para dos valores combinados.

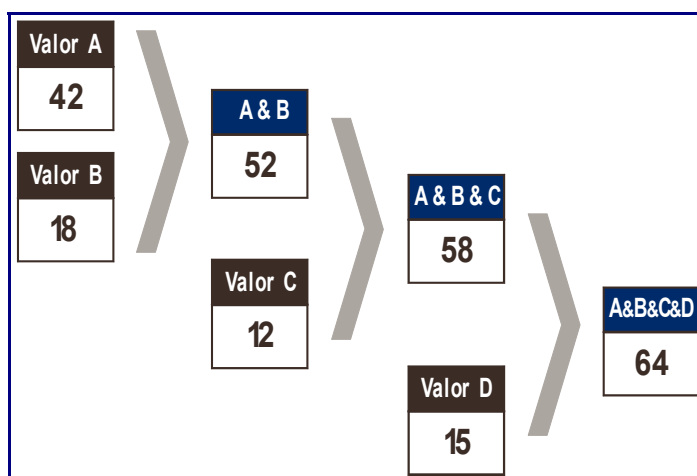
Cuando se trata de combinar únicamente dos valores, las instrucciones son sencillas y no representan ningún problema, ya que -siguiendo las instrucciones comentadas- se trata de buscar en el eje de ordenada la cifra mayor y en el eje de abscisa de dicha tabla el valor menor, hallándose en su intersección el valor combinado; debiéndose señalar nuevamente que en realidad la elección del valor a colocar en cada eje debería ser indiferente, ya que se trata de una fórmula simétrica como podemos ver a continuación:

$$\begin{array}{l} a + b(1 - a) = \cap ab \\ a + b - AB = \cap ab \end{array} = \begin{array}{l} b + a(1 - b) = \cap ba \\ b + a - ab = \cap ba \end{array}$$

sin embargo, aunque la fórmula sea simétrica y los valores mayor y menor puedan intercambiarse en la misma para obtener el resultado final, existe un motivo práctico para colocar el valor mayor en el eje de ordenadas: en el baremo sólo se halla calculada la mitad de la tabla de doble entrada; precisamente por ser un cálculo simétrico, han podido eliminarse los valores que se hallan por encima de una línea inclinada imaginaria que va de la combinación de 0 y 0 (extremo superior izquierdo) al valor combinado de 99 y 99 (extremo inferior derecho); la supresión de esta mitad de valores combinados obliga necesariamente a buscar los dos valores en los ejes de coordenadas que se indican. Siguiendo con el ejemplo anteriormente expuesto para ver el funcionamiento de dichas tablas, y siguiendo sus instrucciones, buscamos el valor superior (32) en la parte izquierda y el valor más bajo (2) en la base, y el valor combinado que nos indica la tabla en el lugar donde se cruzan la fila y la columna correspondientes a las cifras antedichas nos proporciona el porcentaje de discapacidad global que es en este caso de 33; si hubiésemos utilizado los porcentajes proporcionados por la valoración siguiendo el antiguo baremo (36 y 2) el porcentaje final sería el de 37, confirmándose lo anteriormente comentado de que en este caso el antiguo baremo hubiera otorgado a nuestro imaginario sujeto una calificación superior a las mismas discapacidades.

La aplicación de esta tabla presenta un defecto que es importante observar^[746]: cuando se trata de combinar tres o más valores las instrucciones dicen que hay que seleccionar dos cualesquiera y combinarlos, y hallado el valor combinado repetir el proceso entre dicho valor combinado y un tercer valor, y así sucesivamente; el problema es que según sea el orden en que se combinen los distintos porcentajes de incapacidad para hallar el porcentaje global, no da siempre el mismo resultado, pudiendo variar ligeramente, pero de forma trascendental para quien se halle en la frontera de obtener la certificación de un determinado grado, y ello no sucede con unos pocos valores, sino en innumerables casos. Veámoslo con un ejemplo:

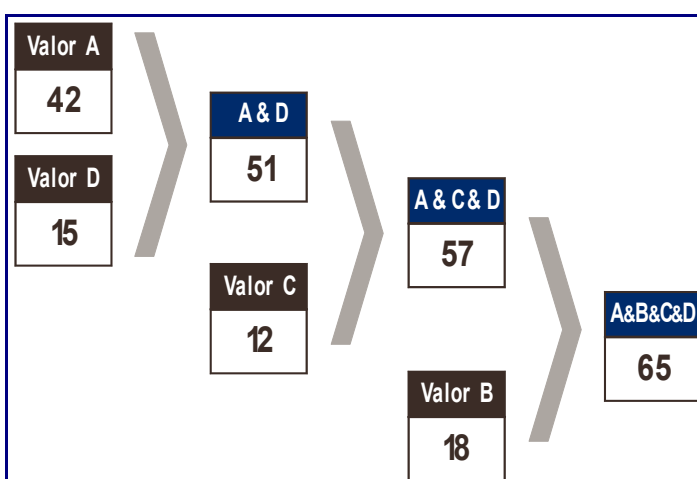
[746] Apareció inicialmente este problema en la STSJ de Castilla-La Mancha, de 25-may-1993 (Ar.2469); GALLEGO, 1999, pág. 1425 acepta la solución dada en la sentencia citada, sin más comentarios; asimismo, SÁNCHEZ-RODAS, 1998, pág. 93, la reproduce, añadiendo sólo que se trata de «un supuesto francamente curioso por resolver un supuesto no previsto por el legislador».



Supongamos que el interesado presenta cuatro secuelas, que representan cada una de ellas -si se consideran aisladamente- un porcentaje de afectación global de la persona del 42%, 18%, 15% y 12%. Si, usando la tabla de valores combinados que comentamos, realizamos la combinación de dichos valores siguiendo primeramente el

orden siguiente: 42-18-12-15, nos dará un porcentaje global del 64%, insuficiente para obtener una pensión de invalidez no contributiva.

Si realizamos la combinación de los mismos valores pero siguiendo el orden siguiente: 42-15-12-18, obtendremos un resultado del 65%, y en este caso el interesado sí que



podría cumplir con el requisito legal del grado de minusvalía; y si realizamos la misma comprobación con las todas distintas posibilidades combinatorias existentes de los cuatro valores indicados como ejemplo^[747], observaremos que en la mitad exactamente de los casos obtenemos el primer valor, y en la otra mitad

obtenemos el segundo valor más favorable.

El origen del problema no es difícil de detectar: en la confección de la tabla se ha querido seguir la fórmula que ya hemos analizado de $a + b(1-a) =$ valor combinado de a y b, pero en el proceso de cálculo se han eliminado los decimales que se originan en numerosos casos, siguiendo la conocida y usual^[748] fórmula de redondeo de incrementar a la unidad superior las fracciones iguales o superiores a 0,5, y a la unidad inferior las fracciones inferiores a 0,5, y con ello se ha dado lugar a la aparición de estas pequeñas diferencias. Esta fórmula que venimos comentando, en el intervalo $[0, 1]$ tiene la propiedad

[747] Existen 24 combinaciones distintas de los cuatro valores, si bien la mitad de ellos puede suprimirse dada la reciprocidad de cálculo del valor combinado de los dos primeros valores.

[748] En el propio baremo de 1999 se utiliza esta fórmula de redondeo en otras tablas, por ejemplo, en la que calcula la deficiencia visual binocular a partir de la combinación de los valores de deficiencia de cada ojo (Tabla 1 del capítulo 12, dedicado al aparato visual), pero al combinarse únicamente dos valores no se produce una acumulación de desviaciones por el redondeo.

conmutativa y es asociativa, pero al usarse en la confección de las tablas únicamente dos decimales significativos aparece la 'no asociatividad'^[749]. Cuando el problema se presente -y mientras no se modifique el reglamento- la única postura posible es aplicar al interesado la combinación de valores que le resulte más favorable, dado que el texto reglamentario permite escoger cualquier combinación de los valores parcialmente obtenidos, y el operador jurídico no puede escoger la peor opción sin violar un derecho que de alguna forma la norma concede al interesado.

De lege ferenda pueden contemplarse varias posibilidades para evitar la contradicción señalada; la primera que inmediatamente surge, es la elaboración de una nueva y más exacta tabla de valores combinados que respetase dos reglas básicas de cálculo: utilizar en los cálculos un mayor número de decimales que la precisión buscada (normalmente el doble), y no redondear los resultados hasta el último cálculo realizado; esta opción tiene a su favor que proporcionaría un resultado fiable y claro, aunque requeriría una cuidada elaboración -ya que debería cuidarse mucho que la tabla no contuviera errores para que el remedio no fuese peor que la enfermedad-, si bien no sería de difícil confección con los medios informáticos actuales; sin embargo presenta una dificultad importante para cumplir la segunda condición de cálculo (redondear sólo al final) cuando se tratase de combinar varios valores, ya que si la tabla se confecciona -por ejemplo- con números enteros en los ejes y con dos decimales en los resultados^[750], no sería posible combinar mediante la tabla este primer resultado decimal con un tercer valor sin redondear previamente el primer resultado obtenido, y ya sabemos que mediante la acumulación de pequeñas desviaciones decimales debidas al redondeo intermedio se originan resultados dispares.

Una alternativa: nueva tabla de valores.

Dada esta dificultad, parece que sería aconsejable sustituir la tabla por la utilización de la fórmula que originaría la misma; de esta forma se garantizaría la coherencia y exactitud de los resultados, aún cuando su obtención se realizaría mediante una ecuación que es un camino menos amical que una tabla de doble entrada, si bien ello no debería ser un gran obstáculo dado el nivel cultural de quienes la utilizarían normalmente. Tal ecuación consiste simplemente en obtener el inverso del producto de

Otra alternativa: una fórmula.

[749] Como recordatorio: la propiedad conmutativa significa en la multiplicación que $(a \times b) = (b \times a)$, o en la suma que $(a + b) = (b + a)$; la propiedad asociativa que $(a \times b) \times c = a \times (b \times c)$, o que $(a + b) + c = a + (b + c)$. Si usamos en un cálculo un número finito de dígitos, menor que el del resultado exacto, truncando o redondeando los resultados, aparece la 'no asociatividad'. Podemos realizar un ejemplo práctico con la calculadora que tengamos más a mano: $(1 \div 123) \times 123$ debería proporcionarnos un resultado igual a uno, pero normalmente nos proporcionará un resultado menor a la unidad, que si obtendremos con $(123 \times 1) \div 123$.

[750] Un ejemplo de tabla con estas características (dos decimales en los valores calculados) la podemos hallar en el baremo de 1999 en las tablas que evalúan las afecciones pulmonares en base a la capacidad vital forzada (en el baremo: FVC) y el volumen espiratorio forzado en el primer segundo (en el baremo: FEV₁): Tabla 1 del capítulo 4, dedicado al aparato respiratorio.

los valores inversos de las distintas discapacidades a combinar, todo ello expresado en decimales; es decir, para hallar el valor combinado de los valores A, B, ... Z, la fórmula sería:

$$1 - [(1 - A) \times (1 - B) \times \dots \times (1 - Z)] = VC_{(A,B,\dots,Z)}$$

si aplicamos esta fórmula a los valores anteriormente examinados como ejemplo (42%, 15%, 12%, 18%) y que nos daban un resultado contradictorio entre 64% y 65% veremos que resulta lo siguiente:

$$1 - [(1 - 0,42) \times (1 - 0,15) \times (1 - 0,12) \times (1 - 0,18)] = 0,6442512$$

permitiendo afirmar con rotundidad *a)* que la combinación de los valores parciales dados no alcanza el importante umbral del 65% de discapacidad global; y *b)* que al tratarse de factores, el orden en que se multiplican los distintos valores (sus inversos) no afecta en absoluto al resultado final. La norma podría incorporar una regla de redondeo del resultado final a un valor superior; pero ello ya no sería un tema de exactitud sino unas milésimas de generosidad, que resultan del todo aconsejables en la aplicación de un baremo cuyas medidas parciales no siempre pueden realizarse con gran precisión, tal como anteriormente se ha analizado.

Una tercera posibilidad sería combinar las dos anteriores. Dado que el problema señalado se produce únicamente cuando el sujeto interesado en obtener una prestación se halla cercano a los valores que la legislación señala como frontera para acceder a las mismas (actualmente: 33%, 65% y 75%)^[751], la tabla de doble entrada podría utilizarse como instrumento para combinar con facilidad valores parciales en los casos en que el baremo así lo indica, y en la mayoría de casos en el cálculo final; pero podría añadirse una nueva regla de cálculo que obligase a utilizar la fórmula antes indicada -u otra equivalente- cuando el sujeto se hallase a uno o dos puntos de distancia de la frontera que la ley marca para acceder a una prestación. No es la solución más elegante, ya que implica reconocer de forma permanente que las tablas utilizadas no son perfectas, pero puede ser una solución de compromiso en caso de que fuese importante la resistencia a abandonar las mismas por los distintos operadores jurídico-sanitarios.

Otra
posibilidad:
tabla y fórmula
combinadas.

Ello no obstante, debemos insistir en que las actuales facilidades de cálculo mediante computadoras han hecho obsoletas las tradicionales y extensas tablas, por lo que lo deseable sería que en la cuantificación y combinación de datos se usasen fórmulas y no tablas, pudiendo señalarse asimismo que existen modelos matemáticos en la estadística

Es posible
incorporar
métodos
distintos.

^[751] Por ejemplo: los artículos de la LGSS 185.2.a) ; 144.1,c) ; 145.6 , respectivamente. Para las pensiones no contributivas sólo son relevantes los dos últimos límites citados.

no-paramétrica^[752] donde es posible realizar una modalidad de cálculos con eventos dependientes o eventos borrosos (lógica borrosa o *fuzzy*). Tales modelos ya son usados frecuentemente en la evaluación de resultados médicos por muchos investigadores debido su capacidad de operar con variables ordinales (por ejemplo: el enfermo ha mejorado nada, un poco, bastante, mucho) y creemos que esta modalidad de cálculo podría adaptarse perfectamente a la evaluación de capacidades personales como explicaremos a continuación.

5.C: *LA LÓGICA BORROSA: CONCEPTO, SU INTRODUCCIÓN EN LAS CIENCIAS SOCIALES, Y SU APLICABILIDAD A LA SEGURIDAD SOCIAL.*

En la lógica clásica aristotélica los enunciados que hablan de hechos son verdaderos o falsos, sin embargo es posible referirse a conjuntos cuyo límites son 'borrosos', por ejemplo: estar enfermo, hacer calor, o ser joven. Obsérvese que el conjunto de personas que cumplen la condición de 'ser joven' puede definirse clásicamente como el formado por todos quienes tengan entre 0 y 20 años, o puede establecerse una frontera que no sea tan rotunda entre ser joven o no de un día para otro, permitiendo frases como 'él es un poco joven', de forma que es posible una pertenecía gradual al conjunto. Existen, por consiguiente, conjuntos cuyos límites no pueden ser delimitados con precisión: si el conjunto de españoles que votaron en las últimas elecciones puede ser globalmente evaluado, el conjunto de 'personas sensatas' no es fácil ni describirlo ni evaluarlo mediante los métodos clásicos de cálculo^[753]; y en relación a estos conjuntos fácticos podemos formular proposiciones que no nos conducirán al binomio verdadero/falso, sino que deberemos sustituir las nociones semánticas de verdad y falsedad por la noción de 'grados de verdad'^[754], porque una persona es o deja de ser progresivamente joven, vieja, rica, alta, hábil, etc.

El concepto de conjuntos borrosos

La conciencia de que existen numerosos conjuntos borrosos es antigua, entre otros autores, se acostumbra a citar a BERTRAND RUSSELL que decía «todo es vago en un grado del que no te das cuenta hasta que no intentas precisarlo»^[755]; pero lo que nos interesa saber es qué puede hacerse con este concepto de conjuntos borrosos. El profesor LOTFI

Cálcular lógicamente con conjuntos borrosos

[752] Método de pruebas estadísticas aplicadas cuando se supone que los datos no se distribuyen normalmente; permite evaluar eventos no independientes, y son los únicas disponibles para datos que se han evaluado siguiendo un orden, por ejemplo: dolor ausente, leve, moderado, fuerte. Veanse algunos ejemplos de bioestadística en RONDANELLI, 2001.

[753] ALSINA, 1995, página 132.

[754] MORESO, 1997, página 114.

[755] LIBERATI, 1997.

ZADEH^[756] proporcionó un método de cálculo (*fuzzy logic*) a partir de conjuntos borrosos que tuvo una acogida entusiasta en la industria microelectrónica japonesa; una de las primeras aplicaciones fue el control de los aparatos de aire acondicionado: si antaño a los veinticinco grados estaban inactivos y a los veintiséis expelían todo el aire helado que podían, actualmente son capaces de calcular, a partir de una serie de valores progresivos (calor, humedad, partículas de polvo en suspensión, ruido, etc.), la respuesta más adecuada que el conjunto de ventilador y compresor debe proporcionar a situaciones que podríamos describir verbalmente como 'más bien frío' o 'algo caliente'. Y como esta aplicación, muchas otras: el control de frenado de los trenes en condiciones de carga y temperatura diversas; el control de la potencia de emisión de los teléfonos móviles, que se desplazan entre células retransmisoras distintas; o los estabilizadores de imagen de las videocámaras electrónicas, que saben distinguir entre los movimientos internos de la imagen y los proporcionados por el temblor de la mano del usuario que un simple chip puede compensar utilizando la lógica borrosa; todo esto puede hacerse a partir del cálculo de parámetros que son progresivamente verdaderos.

En las Ciencias Sociales la lógica borrosa ha hallado también su utilidad. Podemos ver fácilmente que en el ámbito económico son usuales las expresiones que se refieren a conjuntos borrosos de valores, cuando alguien dice: «si el precio del oro es elevado, la demanda es baja» muy posiblemente dos espectadores distintos no coincidirán en su apreciación de qué valores se incluyen en estos conjuntos 'elevado' y 'baja' que son habituales en nuestros razonamientos; y, mediante la aplicación de fórmulas de lógica borrosa, los intermediarios financieros han construido los modelos para aconsejar inversiones a partir de valores de límites imprecisos como el perfil de inversor 'arriesgado' o 'prudente', o las necesidades de liquidez 'a largo plazo'. En la obra del profesor KOSKO^[757], se plantean otros ejemplos de temas relacionados con conjuntos de límites borrosos, como el espectro político de izquierdas, la propiedad de los bienes marinos, o la de los genomas.

En el ámbito del Derecho ha empezado a introducirse alguna reflexión sobre la utilidad de la lógica borrosa, aunque quienes lo han hecho se lamentan de la escasez de investigaciones existentes, que se achaca a que la borrosidad se contempla como una fuente de problemas y dificultades, por lo que existe una especie de escepticismo ante

[756] De origen iraní, actualmente es profesor emérito en Berkeley (USA). Una presentación de su obra en VALVERDE, 1996.

[757] Profesor de ingeniería electrónica en California ha publicado un excelente libro divulgador -no vulgarizador- de la lógica borrosa que citamos como KOSKO, 2000.

los intentos de formalización^[758]. Ello no obstante, pueden hallarse algunos estudios jurídicos relacionados con la lógica borrosa: así, una profesora de Derecho Penal se planteaba el uso de esta técnica en un análisis sobre ataques a la indefinida 'Dignidad de la persona'; un Catedrático de Derecho Constitucional^[759], ha publicado un análisis sobre la relación entre democracia y el concepto de soberanía que estima de límites borrosos; y especialistas en Filosofía del Derecho (ATIENZA, MAZZARESE, MORESO) han explorado el uso de los conjuntos borrosos en los esquemas de razonamiento jurídico. Es asimismo tradicional el uso jurídico de una noción que tiene límites borrosos: el concepto jurídico indeterminado; pero obsérvese que no se opera con él, ya que cuando se utiliza es para obtener una respuesta binaria: por ejemplo, cuando debemos decidir si es o no es 'suficiente' el importe de una prestación.

En el Derecho de la Seguridad Social creemos que el uso de la lógica borrosa podría resultar útil, ya que nos enfrentamos a un problema semejante -salvando las distancias- al que tenían los ingenieros de Hitachi con los aparatos de aire acondicionado: si ellos contemplaban que a los veinticinco grados de calor el aparato nada enfriaba, y a los veintiséis podía helarse al usuario con un chorro de aire frío, en Seguridad Social, a un discapacitado con el 64 por 100 de invalidez no se le proporcionará una prestación, y cuando alcance un grado del 65 por 100 de minusvalía podrá causar una pensión vitalicia de invalidez. Si observamos los distintos requisitos que deben cumplirse para causar una pensión de invalidez no contributiva observaremos que la mayoría de ellos se trata de parámetros que son progresivos: edad, grado de invalidez, duración de la residencia previa, carencia de rentas; y podríamos realizar un análisis similar en otras contingencias, ya que el requisito de haber efectuado anteriormente un cierto volumen de cotizaciones, o haberlo hecho durante un cierto tiempo también es progresivamente cierto.

Utilidad de la lógica borrosa en la Seguridad Social: una propuesta para el futuro.

Tales cálculos requieren una investigación previa multidisciplinar que no se ha realizado aún, y -evidentemente- son los poderes públicos quienes determinarían la relevancia, la progresividad, etc. de todos los factores a considerar, ya que nada de esto se halla predeterminado. Asimismo, dichos cálculos requerirían el uso de computadoras dada la complejidad de las interrelaciones (intersecciones y exclusiones) entre los distintos factores, pero ello no debe extrañarnos, ya que actualmente el cálculo de una pensión de jubilación contributiva -con las actualizaciones de valores previstas en el art. 162.1.1 LGSS- no la efectúa actualmente nadie sin ayuda computacional. En la contingencia de jubilación contributiva, la fórmula de cálculo devino más compleja a medida que el legislador quiso aproximar más el cálculo de la prestación al importe de los salarios que

Los medios necesarios para incorporar la lógica borrosa a la Seguridad Social.

[758] MAZZARESE, 1996, página 207.

[759] CUESTA, 2000; y BASTIDA, 1998, respectivamente.

se iban a sustituir; lo que aquí se propone es recorrer el mismo itinerario, con las técnicas más actuales, para aproximar las prestaciones a la necesidad que se va a tutelar.

5.D: LOS FACTORES SOCIALES COMPLEMENTARIOS.

Otro elemento característico de los baremos de 1999 y de 1984 es la utilización de un complemento de puntuación en base a la valoración de los llamados factores sociales complementarios que se indican en el apartado B del Anexo I del Real Decreto 1971/1999^[760]. En este baremo adicional se valoran la situación familiar, el nivel de recursos económicos, la edad, la situación profesional, el nivel cultural, y la situación social del entorno del interesado; esta puntuación se otorga únicamente si en la valoración de las disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales se ha obtenido un mínimo de 25 puntos, y en total pueden añadirse como máximo 15 puntos. Parece indudable que todos estos factores sociales son relevantes para valorar el handicap o desventaja en que se halla una persona en relación a su entorno, sin embargo, este sistema de valoración ha sido criticado^[761] por cuanto se da la paradoja de que puede otorgarse una valoración del 100 por 100 de discapacidad a una persona que se halla ocupando un puesto de trabajo; por otra parte, existen personas valoradas con un 0 por ciento (por ejemplo, por presentar dermatosis de contacto) que pueden tener reconocida una invalidez profesional. Por otra parte, el uso de los factores sociales complementarios en relación a las pensiones no contributivas presenta una peculiaridad: la duplicidad de valoración de ciertos factores, como la convivencia de interesado con otros familiares con minusvalía (epígrafes 1.A y 1.B de este baremo) que afecta tanto al cálculo del límite máximo de ingresos como puede afectar al cálculo del importe de la prestación; asimismo el hecho de que la unidad familiar del interesado disponga de recursos económicos escasos (epígrafe 2.A de estos factores complementarios) es un factor que se utiliza para valorar el requisito del grado de minusvalía, cuando constituye ya un requisito específico para obtener la prestación.

Los factores sociales complementarios para determinar el grado de minusvalía.

El baremo de 1999 no ha reproducido las puntuaciones que el baremo de 1984 otorgaba a los factores sociales complementarios, habiéndose producido algunos cambios que resulta interesante reseñar. Las circunstancias familiares han aumentado el valor máximo de su puntuación (el máximo pasa de 3 a 5), y se ha eliminado el criterio de convivir con un anciano mayor de setenta años, aunque se ha incluido un opción abierta de otros familiares a especificar. Las circunstancias económicas se valoran ahora de forma totalmente distinta, otorgándose una puntuación (que ha aumentado notablemente: hasta un máximo de 4 puntos) según la renta familiar *per cápita*, comparada con el

Cambios en la valoración de los factores sociales complementarios

[760] Todo este apartado B figura incluido en la corrección de errores publicada en el BOE 13-marzo-2000.

[761] PATRICIO, 1992, página 74 del tomo I.

salario mínimo interprofesional, una vez deducidos de los ingresos una serie de gastos básicos (educación, vivienda, sanidad) acerca de los que deben destacarse dos aspectos: que la lista de deducciones es una lista abierta ya que el último concepto posible de deducción es «otros: especificar», y que los conceptos expresamente relacionados como deducibles no son iguales, sino más amplios que los que rigen en la ley para el requisito de falta de ingresos suficientes para obtener una pensión no contributiva. Se suprime la puntuación de hasta 2,5 puntos que se otorgaba según la edad del beneficiario a partir de los 45 años; y el factor laboral se puntuaba hasta un máximo de 3 puntos teniendo en cuenta la edad y el desempleo o subempleo, asimilándose la precariedad laboral (contratos laborales, sin contrato, economía sumergida, etc.) a subempleo. El nivel cultural ha pasado a puntuarse hasta un máximo de 4 puntos (en el baremo de 1984 el máximo era de 2,5), que se distribuyen según un detallado cuadro que relaciona las diversas posibilidades de currículum escolar y post-escolar del beneficiario. También ha aumentado la puntuación (en cada epígrafe y el máximo que puede obtenerse) que se otorga a dificultades del entorno del beneficiario que puedan agravar su handicap (por ejemplo: barreras arquitectónicas, difícil acceso a recursos sanitarios, ocupacionales u otros, etc.). En resumen: el baremo ha sufrido una mejora general de las puntuaciones, y ligeros retoques conceptuales en los distintos epígrafes; salvo en lo referente a la edad, que desaparece como criterio aislado, y el factor económico, que se valora de forma totalmente distinta.

En la valoración del factor económico dentro de los factores sociales complementarios, se halla una inconcreción importante: no se precisa en modo alguno qué debe entenderse por «unidad familiar» a los efectos de este baremo que exige el uso de este concepto en el apartado 2.3 del Anexo 1.B. Dado que el grado de minusvalía que se reconozca en aplicación de dicho baremo es un dato autónomo que deberá surtir efectos en diversas situaciones jurídicas (pensiones no contributivas, subsidios por hijo a cargo, prestaciones LISMI, bonificaciones fiscales, ingreso en la universidad, etc.) el concepto de unidad familiar que se adopte debe ser unívoco e independiente de otros conceptos que puedan figurar en otras normas para sus específicas situaciones^[762]. La delimitación de este concepto de unidad familiar deberá realizarse, en consecuencia, en base a las definiciones jurídicas comunes y el sentido usual de estos términos, afrontando la dificultad de que, como dice Díez-Picazo, la familia no existe como grupo jurídicamente organizado ni tampoco se halla delimitado lo que constituye el patrimonio

Concepto de familia y factores sociales complementarios.

[762] Como muestra de que el concepto de unidad familiar no es uniforme en nuestra legislación, puede compararse la composición de la unidad familiar que rige para las pensiones no contributivas desde 1990 (ya examinada anteriormente) con la que regía desde 1987 en el artículo 4 de la Ley del IRPF (Ley 44/1978, de 8 de septiembre; BOE de 11-septiembre): los cónyuges -incluso si uno de ellos residía habitualmente en el extranjero- más los hijos menores de edad, con excepción de los que vivieran independientemente de sus padres. No se integraban en la unidad familiar, por consiguiente, los hijos mayores de edad aunque conviviesen y estuviesen a cargo de sus padres.

familiar, lo que conlleva que las obligaciones familiares se diluyan en una serie de obligaciones particularizadas, apareciendo en el Código Civil relaciones familiares diferentes de forma aislada y fragmentariamente, sin verdadera organización^[763]; si bien del conjunto de normas de Derecho Civil podemos deducir que familia es un grupo de personas relacionadas entre sí por vínculos de parentesco por afinidad o por consanguinidad, porque en diversos artículos se relacionan entre sí tales conceptos^[764]. El problema surge al intentar delimitar en qué grado de parentesco termina la familia, dificultad que debe ser afrontada ya que todos los humanos somos parientes si nos remontamos a los ascendientes comunes en el momento en que se creó el universo; además, en puridad, el concepto de familia no tiene límites en cuanto a grados, y por ello el Código Civil o bien se refiere a la familia sin limitación o bien precisa el grado^[765]. Como con carácter específico en el baremo analizado no existe tal delimitación, y en la Ley General de Seguridad Social no existe una concepción única de la familia y de los grados relevantes para tal concepto^[766], existen dos posibilidades interpretativas del concepto de familia: la primera, sería considerar que tal concepto al hallarse indeterminado en la ley debe ser concretado en cada caso de acuerdo con la realidad social circundante (artículo 3 del Código Civil); el problema es que esta posibilidad no hace sino transferir el problema interpretativo a otro elemento: ¿cual debe ser la realidad social relevante para dicha interpretación? ya que el concepto de familia dista de ser uniforme en diversos grupos sociales, regiones, o entre ambientes rurales o urbanos, y una muestra de ello lo tenemos en las distintas normativas autonómicas en materias asistenciales (como las rentas de inserción) o derechos civiles forales; y si reconocemos que el concepto de familia es variable, deberíamos también reconocer la posibilidad de que un determinado conjunto de parientes sea vivido por los interesados como una familia aunque esté inserto en un ámbito social que mayoritariamente entienda la familia como algo más amplio o más restringido. La segunda posibilidad interpretativa es la de buscar en normas jurídicas de rango superior una preferencia por un determinado modelo de familia, lo que nos conduciría más bien a optar por la familia nuclear estricta

[763] DíEZ-PICAZO, 1983, páginas 31y 52 del Volumen IV, que se inicia con la reflexión de que es curioso que dentro del Derecho Civil se constituya como parte especial un Derecho de Familia, cuando ni en el Código Civil español ni en ningún otro código seguidor del modelo francés, exista una rúbrica dedicada al Derecho de Familia.

[764] Por ejemplo: alimentos entre parientes: arts. 142 y ss.; destino de la vivienda y del ajuar familiar: 90 y ss.; el parentesco y la herencia: 915 y ss.

[765] Por ejemplo el artículo 178: relación entre el adoptado y su familia anterior; y el artículo 47: parentesco que constituye un impedimento matrimonial.

[766] Como ya se dijo en otra ocasión (FARGAS, 1992; página 140), en unos casos se valoran los grados por consanguinidad y por afinidad (por ejemplo: desempleo), a veces sólo por consanguinidad (por ejemplo: familiares sobrevivientes), y en otros casos sólo por afinidad (por ejemplo: revalorización de pensiones); unas veces se valora igual el primer grado que el segundo (por ejemplo: desempleo) y otras se valoran de forma distinta (por ejemplo: invalidez no contributiva).

compuesta por los cónyuges y sus hijos, por cuanto ésta noción de familia estricta es por la que sienten preferencia los dos preceptos constitucionales nucleares en este tema: los artículos 32 y 39, que contemplan respectivamente las dos relaciones jurídicas básicas de las que deriva toda situación de parentesco: el matrimonio^[767] o relación entre cónyuges, y la relación paterno-filial; en contra de esta interpretación puede argumentarse que tiende a establecer un modelo único en base a una preferencia no concluyente, y en virtud de este criterio interpretativo (y no, pues, de una oposición normativa frontal) no puede restringirse la norma analizada (el baremo de 1999) que permite que en cada caso se valore la existencia de una familia más o menos amplia, perjudicando con esta restricción al interesado en obtener una prestación.

Una tercera y mejor posibilidad es no realizar interpretaciones que delimiten con precisión el concepto de familia, admitiendo que es un concepto jurídico indeterminado, y que deben darse por válidos muchos y diversos modelos familiares; y como el fraude se proscribe en los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil pero no puede presumirse^[768], y debe partirse del principio de que generalmente los derechos se ejercen conforme a las exigencias de la buena fe^[769], deberemos aceptar como familia a aquellos que manifiesten que como tales familiares se consideran, siempre claro está que acrediten -porque suya es la carga de la prueba- que existe una relación de parentesco, por lejanísima que sea, porque la existencia de este parentesco es el elemento imprescindible para que dos personas puedan considerarse como familiares.

El segundo elemento definitorio del concepto de unidad familiar lo constituye el grado de unión que debe existir entre los miembros de la familia, y asimismo nos encontramos con que el Real Decreto no proporciona ningún criterio para determinar cuando la relación entre parientes debe calificarse de unión familiar; atendiendo a la finalidad de la norma, que es la valoración conjunta de los recursos económicos, el criterio delimitador de la unión entre familiares creemos que debe ser el hecho de que tales recursos efectivamente se compartan, situación que típicamente se da cuando dichos familiares conviven. En conclusión, en el concepto común de unidad familiar encontramos los criterios de convivencia y de parentesco, que se aplican también en la

[767] Dice la STC 45/1989, de 20 de febrero: . Sea cual fuere, en efecto, el concepto constitucionalmente adecuado de familia, no es discutible que tal concepto incluya sin duda la familia que se origina en el matrimonio, que es en todo caso la que especialmente toman en consideración tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por las Naciones Unidas en 1948 (art. 16.1), como los Tratados sobre Derechos Fundamentales suscritos por España [así el Convenio de Roma -art. 12-, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -art. 23- y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -art. 10.1-.

[768] STS 17-marzo-1997 (Ar.2562).

[769] STC 46/1999, de 22 de marzo de 1999, F.J. 2º.

normativa específica de las pensiones no contributivas; el hecho de que en esta normativa específica de pensiones el parentesco se valore hasta un grado distinto por existir una norma expresa que así lo indica no presenta ningún problema para su aplicación, de la misma forma que puede existir un concepto de rentas computables distinto al utilizado para el cumplimiento del requisito de carecer de rentas que el que se aplica para la valoración de estos factores sociales complementarios, cuya aplicación -recordémoslo- es más amplia que las pensiones no contributivas.

En resumen, el procedimiento de valoración del grado de minusvalía no es difícil pero tampoco simple, ya que, partiendo de la hipótesis de que no siendo nadie perfecto los solicitantes de una pensión de invalidez presentarán varias deficiencias, puede suponerse que para asegurar cumplir lo más sobradamente posible el requisito del grado de minusvalía, los interesados desearán que todas sus deficiencias sean valoradas, por lo que el cálculo y combinación de los resultados deviene un proceso complejo.

El uso del baremo no es un proceso simple.

5.E: MÉTODO PARA DETERMINAR EL GRADO DE MINUSVALÍA

Para poder causar una pensión no contributiva de invalidez, el artículo 144.1.c de la LGSS establece que la afectación por una minusvalía o por una enfermedad crónica deberá alcanzar un grado igual o superior al sesenta y cinco por ciento, sin que se explicita en tal artículo en relación a qué debe medirse este grado, ya que el artículo 148 de dicha ley remite al Gobierno la elaboración del baremo; deberemos interpretar tales artículos conjuntamente con el artículo 136.2 de la LGSS (antiguo 134.2) que define la invalidez en la modalidad no contributiva, como la ocasionada por unas deficiencias que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las padecen; el grado de afectación es un porcentaje de las capacidades del sujeto aunque no se precisa si se trata de la capacidad óptima e ideal de una persona, la capacidad media de la población española, de la capacidad que tenía el interesado en un momento anterior, u otras medidas de referencia que puedan imaginarse. Se da así en la modalidad no contributiva una indeterminación mayor que en la modalidad contributiva en la que -por el momento^[770]- la tipificación de la incapacidad permanente es más personalizada ya que los grados de parcial total y absoluta se determinan por la comparación entre las capacidades del interesado y las necesarias para realizar la concreta profesión habitual que venía ejerciendo el mismo; podemos constatar así que el Gobierno tiene un amplio margen de actuación en la aprobación y cambios del baremo encomendado por la ley. Dos aspectos merecen destacarse: en primer lugar que la LGSS define el grado de minusvalía a los efectos de las pensiones no contributivas de forma claramente

El elemento de comparación para establecer el grado del 65 por 100.

[770] El nuevo redactado del artículo 137 LGSS realizado por la Ley 24/1997, de 15 de julio (BOE de 16-julio-1997) augura un cambio hacia una mayor desprofesionalización de la determinación de la incapacidad permanente, que resta pendiente de concreción.

diferenciada del concepto de incapacidad temporal o permanente de la modalidad contributiva; y, en segundo lugar, que según la norma que instaura el baremo de 1999, el interesado tiene derecho a que se certifique su grado de minusvalía sea cual fuese tal grado, desapareciendo el límite mínimo del 33 por ciento que en el baremo anterior se exigía para que se considerara que existía una minusvalía^[771].

Para describir la afectación de la capacidad del interesado que constituye su minusvalía, se mencionan en el artículo 136.3 de la LGSS (134.2 antes de la ley 39/1999), para la modalidad no contributiva de pensiones de invalidez, unos criterios de tipo orgánico acerca de las capacidades afectadas: físicas, psíquicas y sensoriales, es decir, que la tutela va a otorgarse cualquiera que sea la capacidad afectada del sujeto^[772], pero no se nos dice nada acerca de la finalidad de tales capacidades; por el contrario, en la modalidad contributiva de pensiones también sea cual sea el órgano o función afectada se especifica^[773] que se valorarán las capacidades en la medida que afecten a la posibilidad de realizar el trabajo que constituía la profesión habitual del afectado. Puede planteárenos la duda de si, en la valoración del grado de minusvalía tutelada de forma no contributiva, deben considerarse únicamente las capacidades del sujeto relacionadas con su entorno más inmediato, que podríamos llamar personal u hogareño, o si también debe valorarse la afectación de su capacidad profesional. Ante el silencio que a este respecto guardan los artículos 136 y 137 de la LGSS, parece que el poder reglamentario llamado a establecer el baremo de valoración de las minusvalías podría escoger libremente entre tres grandes opciones^[774]: la primera sería no valorar de ninguna forma especial la afectación de las capacidades en relación a una profesión^[775], pudiéndose argumentar en favor de esta opción que la valoración de las capacidades personales en general ya lleva implícita la valoración de las profesionales, y que éstas no deben ser especialmente tenidas en cuenta en una prestación de vocación universalista y no

La capacidad de trabajo en el grado de minusvalía: tres posibilidades.

[771] El artículo 2 de la Orden de 8 de marzo de 1984 (BOE de 16 de marzo de 1984) terminaba diciendo: «Se considerará la existencia de minusvalía cuando, a consecuencia de las valoraciones efectuadas, se alcance un grado igual o superior al 33 por 100 de la misma». Tal límite mínimo no se formula en el Real decreto 1971/1999, de 23 de diciembre (BOE de 26 de enero del 2000); es en las normas específicas de cada prestación o beneficio a otorgar a un minusválido donde se exige un determinado grado mínimo.

[772] Por tradición continúan clasificándose las minusvalías en físicas, psíquicas, y sensoriales; si bien podría objetarse tanto la diferenciación entre las sensoriales y las físicas, como la separación mente-cuerpo, por lo que los elementos de esta clasificación serían -al menos parcialmente- redundantes.

[773] Artículos 136.1 (134.1 antes de la Ley 39/1999) y 137.2 de la Ley General de la Seguridad Social.

[774] ESCUDERO, 1991, página 62 consideró que el Gobierno podía tomar en consideración variables que, directa o indirectamente guardasen relación con las aptitudes laborales y las expectativas de inserción profesional, posibilidad que estimaba razonable a la vista del precedente del art. 14.1 de la LISMI.

[775] Como lo hace la ley Canadiense-Québequois *Décret* 1948-82 (*Gazette officielle du Québec* del 15-sep-1982) *Reglement sur le bareme des déficits anatomo-physiologiques*.

limitada a quienes hubieran realizado una actividad profesional; la segunda opción sería la de utilizar los elementos profesionales para otorgar una puntuación mayor o menor en la valoración de todas o algunas de las deficiencias valoradas^[776], considerando así que las capacidades profesionales son una parte importante de las capacidades de una persona, y que deben ser valoradas en el examen del requisito del grado de minusvalía que podemos considerar como el requisito más típico para causar una pensión de invalidez; y la tercera posibilidad sería la de valorar toda discapacidad solo en la medida que ésta le imposibilite realizar su actividad profesional^[777], si se entendiera que la situación de necesidad que quiere tutelarse mediante una prestación económica es la que deriva de la dificultad de proporcionarse el propio sustento debido a su minusvalía.

Como antecedente importante debemos citar que el Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos^[778] que fue sustituido por estas pensiones se otorgaba a quienes, además de hallarse afectados por una minusvalía, se veían imposibilitados de obtener un empleo debido a su minusvalía, valorándose específicamente este requisito de incapacidad profesional mediante un baremo; asimismo en las especialísimas pensiones de carácter no contributivo que se concedieron a partir de 1981 a los afectados por el llamado «síndrome tóxico» se causaron las pensiones de invalidez en función de la capacidad de trabajo perdida, incluso en los casos en que aún no se había alcanzado la edad laboral mínima^[779]. Por el momento, lo que nos interesa ver es si de acuerdo con el texto de la ley, cuando elabore el baremo de valoración de las minusvalías aplicable a las pensiones no contributivas, el poder reglamentario puede escoger de forma absolutamente libre

Capacidad de trabajo y grado de minusvalía en otros preceptos legales.

[776] Como lo hace el baremo francés: *Décret 93-1216*, del 4 de noviembre de 1993 (*Journal Officiel* del 6-nov-1993) *relatif au guide- barème applicable pour l'attribution de diverses prestations aux personnes handicapées*, por ejemplo en las deficiencias mentales o en las alteraciones de las funciones digestivas; y el baremo español de 1984 que entre los factores sociales complementarios valora el subempleo, la inadecuación de la actividad profesional desarrollada a su discapacidad, etc.

[777] Como lo hace el Fondo Nacional de Solidaridad Luxemburgués que tanto garantiza un ingreso mínimo a quien puede trabajar y no encuentra trabajo, como a quien no puede encontrar trabajo por causa de enfermedad o minusvalía: *Texte coordonné du 20 janvier 1995 de la Loi du 26 juillet 1986*, en http://www.etat.lu/MSS/snas/mg_11f.htm. Recuérdese que el Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes incluía un concepto único de invalidez para las modalidades contributiva y no contributiva en el que se hacía referencia a la capacidad profesional del beneficiario: CONGRESO, 1990, página 812.

[778] Previsto en el artículo 12.2.b) de la Ley 13/1982, de 7 de abril (BOE de 30-abr-1982), regulado en los artículos 20 y 21 del Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero (BOE de 27-feb-1984), y suprimido por la Disposición Adicional Novena de la ley 26/1990, de 20 de diciembre (BOE de 22-dic-1990).

[779] En la Orden de 23 de noviembre de 1981 (BOE de 27-nov-1981) que desarrolla el Real Decreto 2448/1981 se definen en su artículo 10 los requisitos para causar la invalidez permanente total incluso cuando no sea posible determinar la profesión anterior y en el artículo 11 la invalidez permanente absoluta. En el Real Decreto 1276/1982, de 18 de junio (BOE de 19-jun-1982) se amplían las pensiones de invalidez permanente en todos sus grados a los menores de dieciséis años, si bien para salvar la contradicción conceptual producida se establecen en el artículo 3 como «aportación económica sustitutoria por la misma cuantía mientras persista esta situación [la edad]», argucia nominal que no es mantenida en el artículo 5 cuando se prevé que «a los menores de dieciséis años con invalidez permanente» se les facilitará formación profesional.

entre las tres opciones mencionadas (no valorar la capacidad de trabajo, valorarla como un elemento más, y valorar exclusivamente dicha capacidad). Para ello deberemos ver que, además de los artículos mencionados que dejan abiertas las tres posibilidades, en el artículo 147 de la LGSS se realiza una mención a las capacidades profesionales, y si bien la finalidad principal de este artículo es regular la compatibilidad de pensiones (tema que analizaremos posteriormente) en lo que ahora nos interesa podemos ver que la capacidad de trabajo del beneficiario de una pensión no contributiva de invalidez es un elemento que la ley juzga relevante^[780], por lo que debemos concluir, primeramente, que la capacidad de trabajo puede ser un criterio a utilizar en la valoración de la minusvalía en las pensiones no contributivas; segundo, que el poder reglamentario, para hacer posible el cumplimiento de la ley^[781], deberá establecer un baremo o sistema de valoración en el que tales capacidades profesionales sean valoradas. Si entendemos que -en ausencia de disposición legal en otro sentido- la minusvalía a valorar como requisito de las pensiones no contributivas no debe tener un concepto distinto al concepto de minusvalía que se expresa en el artículo 7.1 de la LISMI^[782] «...se entenderá por minusválido toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas...» deberemos concluir que el sistema de valoración de la minusvalía debe reflejar el impacto de las discapacidades de la persona afectada en relación a sus posibilidades de aprendizaje, en su relación social inmediata -familiar-amplia, así como también el impacto en sus posibilidades laborales.

En el baremo de 1999 se indica en el Capítulo I dedicado a «normas generales» que las deficiencias del sujeto examinado se valorarán «en su efecto sobre la capacidad para llevar a cabo las actividades de la vida diaria», y a continuación se expresa un listado de tales actividades -entre las que no se incluyen actividades laborales-, señalándose expresamente que corresponden a las propuestas por la Asociación Médica Americana (AMA) en 1994. Efectivamente, la lista del baremo español coincide con las actividades de la vida diaria que figuran en una tabla incluida en el Glosario de la cuarta edición de las tablas JAMA; pero de ello no puede deducirse que únicamente las actividades de la vida diaria que se relacionan constituyan el criterio evaluador de una discapacidad. En el mismo glosario de las tablas JAMA, que acabamos de mencionar, se define la

La capacidad laboral en las tablas JAMA.

[780] La existencia de esta referencia legal a la capacidad de trabajo de los beneficiarios de pensiones no contributivas en el artículo 147 LGSS, así como la valoración de la situación laboral que se realiza en el Anexo 1.B del baremo de 1999, nos obliga a discrepar de quienes consideran característica fundamental de tales pensiones el «dejar de lado cualquier referencia a la actividad laboral de las personas, a la hora de determinar el grado de minusvalía o enfermedad crónica» BLASCO, 2000, página 79.

[781] Para lo que, en virtud de la disposición final séptima de la LGSS, está facultado y también obligado, siguiendo la doctrina del reglamento como complemento indispensable de la ley en sus dos vertientes -positiva y negativa-: sólo lo indispensable pero también todo lo indispensable para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de la ley. GARCÍA DE ENTERRÍA, 1987, páginas 272-273.

[782] Ley de Integración Social de los Minusválidos, 13/1982, de 7 de abril (BOE de 30-abril-1982).

discapacidad en relación a actividades «personales, sociales u ocupacionales»^[783]; y en dichas tablas, en el capítulo 1, tras definir la discapacidad como aquella condición que interfiere con las actividades de la vida diaria «algunas de las cuales se listan en el Glosario de la página 315» (nótese que dice que el glosario cita a «algunas»), prosigue diciendo «actividades de la vida diaria incluye, pero no se limitan a, cuidado e higiene personal, comer y preparar alimentos, [...] y actividades de trabajo». En consecuencia, el baremo español de 1999, para seguir fielmente -como manifiesta- los criterios AMA debe incluir la afectación a la capacidad laboral entre los criterios usados para valorar un grado de minusvalía.

La posibilidad de realizar actividades laborales es también un elemento definitorio del concepto de salud elaborado por la Organización Mundial de la Salud^[784]. Es muy popular la definición de salud dada por la OMS como «un estado de bienestar físico, mental y social, que no consiste sólo en la ausencia de enfermedad», pero esta definición es la que se dio en 1948 en el preámbulo de la Constitución de la citada organización internacional^[785]. Medio siglo después de actividades de promoción de la salud, en la Carta de Otawa (1986) la salud es considerada por la OMS menos como un estado abstracto y más como un medio hacia un fin, que puede ser expresado en términos funcionales como «un recurso que permite a la gente llevar una vida individual, social y económicamente productiva». De acuerdo con este planteamiento, la segunda versión de la clasificación internacional de deficiencias, discapacidades y minusvalías ICIDH-2 contiene en su capítulo octavo diversos epígrafes en los que las actividades laborales son consideradas como elemento de referencia para determinar una situación de minusvalía o handicap^[786].

La capacidad de trabajo y la OMS.

[783] «Disability is a decrease in, or the loss or absence of, the capacity of an individual to meet personal, social, or occupational demands, or to meet statutory or regulatory requirements» AMA, 1995, página 317 Debe tenerse en cuenta que el concepto de actividades de la vida diaria ha cambiado en la 5a edición de las tablas americanas AMA, 2001, páginas 5 a 7 y 599.

[784] Los documentos relacionados con la terminología de la OMS pueden consultarse a partir de WHO-TERM, 2001.

[785] La Constitución de la Organización Mundial de la Salud fue adoptada por la Conferencia de Nueva York el 22 de julio de 1946 (Actas OMS, 2,100) y entró en vigor el día 7 de abril de 1948. Posteriormente ha sido enmendada en 1977, 1984, y 1994. El texto consolidado puede consultarse en: http://policy.who.int/cgi-bin/om_isapi.dll?hitsperheading=on&infobase=basic-fr&record={C}&softpage=Document42

[786] Véase, como ejemplo, el epígrafe a840 Activities of performing in work: actions, behaviours, and simple and complex tasks an individual needs to perform at work, such as actions and tasks involved in accepting a job, following directions, working alone or in groups, attending, supervising and being supervised, and as well as the complex tasks involved in acquiring, maintaining and leaving jobs . Inclusions: activities of accepting a task related to work; following directions at work; organizing time to complete work tasks; working with other co-workers when it is appropriate or required; attending work on time and regularly as appropriate or required; supervising work done by subordinates, or appropriately responding to supervision by one's work superiors; seeking and finding employment; maintaining and progressing through a job; quitting a job in an appropriate manner

En consecuencia, de las tres opciones que antes enunciábamos que se presentan al legislador reglamentario en cuanto a la relevancia que deba tener la capacidad de trabajo en la evaluación del grado de minusvalía (ignorarla, contemplarla como un elemento más, considerarla elemento fundamental), parece que la más acorde con el sistema legal vigente es la segunda: incluir la valoración de la pérdida de capacidades laborales en un sistema más amplio de valoración de la minusvalía.

La capacidad de trabajo debe tenerse en cuenta al evaluar la minusvalía.

Aunque de forma muy limitada, el baremo español de 1999 ha introducido en dos casos la capacidad de trabajo como criterio valorativo del grado de minusvalía. En el capítulo 16 relativo a las enfermedades mentales^[787] se utiliza repetidamente la capacidad de trabajo como criterio para establecer el grado de discapacidad. Por ejemplo: en los trastornos mentales orgánicos se consideran en la clase II (discapacidad leve = 1 a 24 por 100) quienes «pueden mantener una actividad laboral normalizada y productiva excepto en los períodos de importante aumento del estrés psicosocial o descompensación...», en la clase IV (discapacidad grave = 60 a 74 por 100) quienes presentan «marcada disminución de su capacidad laboral, puesta de manifiesto por deficiencias importantes en la capacidad para mantener la concentración, continuidad y ritmo en la ejecución de las tareas...».

La capacidad laboral y las enfermedades mentales.

El segundo supuesto en que se alude en el baremo español a las capacidades de trabajo del beneficiario es en los factores sociales complementarios. Uno de estos factores complementarios es el laboral, valorándose las situaciones de empleo, desempleo y subempleo en función de la edad del sujeto. Esto por sí sólo no constituye un uso de la capacidad laboral como criterio evaluador del grado de minusvalía, por dos razones: porque el desempleo o subempleo puede deberse a otras razones distintas a la discapacidad, y porque -aunque no se diga expresamente- este factor social complementario puede referirse tanto al beneficiario de la pensión como a su familia. Sin embargo, existe un detalle importante: en las notas acerca de la aplicación de la puntuación a adjudicar por este factor complementario se dice «las personas diagnosticadas con una discapacidad incompatible con cualquier actividad laboral no se valoran en este factor». Las discapacidades a las que alude esta nota deben ser las evaluadas de acuerdo con el baremo para las pensiones no contributivas, por dos razones: primeramente, por la terminología, ya que en la modalidad contributiva no se habla de discapacidades sino de invalidez o incapacidad; y, en segundo lugar, porque la siguiente nota se refiere expresamente a las invalideces de la modalidad contributiva para establecer que éstas se valorarán siempre que exista una demanda explícita de empleo. En consecuencia, si los afectos de una discapacidad (no contributiva) no se

La capacidad laboral y los factores sociales.

[787] El baremo de enfermedad mental fue incluido en la importante corrección de errores publicada en el BOE de 13 de marzo del 2000.

valoran en caso de que sea incompatible con una actividad laboral, quiere decir que existen también discapacidades compatibles con una actividad laboral, y que -lo que ahora nos interesa- podemos concluir que para aplicar el baremo español actual la discapacidad debe relacionarse con la capacidad para realizar una actividad laboral, ya que dependiendo de si la discapacidad es o no compatible con dicha actividad, deberá ser objeto de una puntuación distinta en el proceso de evaluación del grado de minusvalía.

Si bien el requisito general del grado de minusvalía se ha fijado en el grado del sesenta y cinco por ciento, este no es el único grado que la ley prevé valorar, ya que en el artículo 145.6 de la LGSS se establece una prestación complementaria para «las personas que, cumpliendo los requisitos señalados en el apartado 1.a), b) y d)^[788] del artículo anterior, estén afectadas por una minusvalía o enfermedad crónica en un grado igual o superior al setenta y cinco por ciento...», y que, además, «necesiten el concurso de otra persona para los actos más esenciales de la vida, como...»; la valoración de ambos requisitos se difiere nuevamente por parte de la ley a un reglamento, y asimismo en el reglamento de las pensiones no contributivas se remite a la orden de 8 de marzo 1984, que a su vez ha sido sustituida por el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre. Los cambios entre el baremo de 1984 y el de 1999 en el aspecto que ahora comentamos son nimios: lo que antes era el Anexo III ahora es el Anexo II, y cuando anteriormente se decía que se valoraba la «conducta asocial» actualmente se indica que se valora la «conducta social». La determinación de la necesidad de tercera persona para los actos esenciales de la vida se realiza mediante la aplicación de este Anexo 2 que puntúa la existencia de dificultades para realizar cuarenta acciones distintas, descritas algunas de forma muy concreta como desplazarse, usar el teléfono, sujetar un vaso; y otras de forma más abierta, como la «incapacidad para hacer frente a problemas y situaciones no habituales». Debe observarse que, de acuerdo con la ley, lo que se tutela no son todas las situaciones en que el interesado precise la ayuda de una tercera persona, sino únicamente aquellas en que la ayuda de una tercera persona se precisa para los actos que se califican como más esenciales para la vida y que el texto legal ejemplifica así «como vestirse, comer, desplazarse o análogos»; según el baremo citado del Anexo 2, para calificar que el interesado precisa la ayuda de una tercera persona debe reunir un total de quince puntos, limitándose a diez los puntos que pueden otorgarse a su handicap en el apartado de adaptación personal y social (apartado F del baremo), por lo que una persona que presente el grado máximo de alteraciones de conducta, incapaz de organizar su vida cotidiana, de relacionarse incluso con los más próximos, y que precise de una protección absoluta y cuidado constante para no sufrir daños, no se le va a considerar necesitado de ayuda de una tercera persona, salvo que presente otras

El grado del 75% y la ayuda de tercera persona.

^[788] Y, por supuesto, también el apartado c) ya que quien este afectado en un setenta y cinco por ciento cumple también el requisito de estar afectado en un grado igual o superior al sesenta y cinco por ciento.

incapacidades de las puntuadas en este Anexo 2, como serias dificultades en el desplazamiento o en la higiene personal.

Para ambos grados de minusvalía, el reglamento de las pensiones no contributivas ha establecido una norma de equivalencia con las declaraciones de incapacidad permanente en la modalidad contributiva de forma que se establece un puente conceptual entre dos conceptos de invalidez que en el momento actual se formulan con criterios muy dispares; las declaraciones de incapacidad permanente absoluta suponen la presunción de un grado de minusvalía del 65 por cien, y las declaraciones de gran invalidez en la modalidad contributiva suponen la presunción del grado del 75 por cien y de la necesidad de una tercera persona para los actos más necesarios de la vida en la modalidad no contributiva^[789]. Este enlace conceptual puede calificarse como coherente si comparamos las definiciones de los respectivos grados de invalidez, ya que podemos ver que en la reglamentación de la incapacidad permanente contributiva se establece^[790] que se entenderá como el grado mínimo la incapacidad permanente parcial, la que produzca una disminución de la capacidad de ganancia en la profesión de la persona afectada de al menos el 66 por 100 sin alcanzar el grado de incapacidad permanente total, luego la incapacidad permanente total ha de suponer como mínimo dicha pérdida de capacidad de ganancia del 66 por 100, y consecuentemente la incapacidad permanente absoluta también supone dicha pérdida pero referida globalmente, ya que un elemento diferencial entre estos grados es que los dos primeros se establecen en relación con la profesión habitual, mientras que el último se refiere a toda profesión u oficio; por consiguiente, si la declaración de incapacidad absoluta supone en la modalidad contributiva una pérdida de capacidad de ganancia de al menos el 66 por 100 en toda profesión u oficio, es lógico que en la modalidad no contributiva se presuma una minusvalía global del 66 por 100, debiéndose explicar la pequeña diferencia de 1 punto por influencia de la frontera del 65 por 100 establecida en el artículo 144.1.c) de la LGSS. La equiparación de la declaración de que la persona afectada necesita la ayuda de una tercera persona entre las prestaciones de gran invalidez contributiva y el complemento especial establecido en las pensiones no contributivas, deviene lógica a partir de la identidad de los dos textos (art. 12.4 del reglamento de invalidez contributiva y 145.6 LGSS) ya que en ambos se define dicha necesidad en relación a los actos más esenciales de la vida, con la mismos ejemplos que completan la descripción: vestirse, desplazarse, comer o análogos^[791], debiéndose explicar la cifra del 75 por 100 por la misma causa del

Las equivalencias de grado.

[789] Disposición adicional tercera.2 del Real decreto 357/1991 de 15 de marzo (BOE de 21-marzo-1991).

[790] Artículo 12 de la Orden de 15 de abril de 1969 (BOE de 8-mayo-1969).

[791] Un excelente balance del contradictorio casuismo jurisprudencial en la determinación de la necesidad de asistencia de una tercera persona para las pensiones contributivas de Gran Invalidez en GARVIÑA, 2001.

límite mínimo de minusvalía para acceder al complemento especial de la pensión no contributiva.

Constatada la razonabilidad de la relación entre estos supuestos de las modalidades contributiva y no contributiva de pensiones, debemos plantearnos la aplicabilidad práctica de tales supuestos, señalando primeramente que la consecuencia de el engarce entre grados de minusvalía no es la automática concesión de la pensión no contributiva como alternativa a la denegada pensión contributiva, ya que debe examinarse el cumplimiento de los restantes requisitos necesarios para obtener la pensión; ni tan sólo supone el firme reconocimiento de los expresados grados de minusvalía no contributiva, ya que la consecuencia establecida por la norma es la de una presunción, y esta presunción debe reputarse *iuris tantum* ya que, salvo que la norma lo prohíba expresamente, las presunciones pueden destruirse por la prueba en contrario^[792]; en consecuencia, la Administración puede intentar destruir esta presunción del grado de minusvalía, si bien -para no reducir a la nada la misma- deberá exigírsele un comportamiento de acuerdo con tal presunción normativa, de forma que no sería admisible que procediera en estos casos sistemáticamente a una evaluación *ex novo* del grado de minusvalía (lo que significaría ignorar la presunción) sino que deberá normalmente respetarse el plazo de revisión fijado cuando se estableció la incapacidad permanente, de acuerdo con el artículo 143.2 de la LGSS.

La equiparación de grado no deroga ni excepciona con carácter general la obligación de que para que pueda alegarse un determinado grado de minusvalía, el interesado debe solicitar la certificación de tal grado de la autoridad administrativa competente, porque el supuesto previsto en la disposición adicional 3ª.2 del R. Decreto 357/1991 se halla circunscrito a un supuesto concreto, y no puede expandirse por analogía ya que no existe laguna normativa: el artículo 3 y la disposición adicional segunda^[793] del mismo Real Decreto son claros en cuanto a que la determinación del grado de minusvalía debe realizarse a través de la aplicación de los baremos correspondientes, como el Tribunal Supremo ha tenido que recordar en unificación de doctrina^[794] negando que existan dos caminos alternativos de valoración del grado de minusvalía.

[792] Primer párrafo del artículo 1251 del Código Civil.

[793] Cuya redacción debería haber sido modificada expresamente por el Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre para que la remisión que se hace al baremo de 1984 se hiciera al nuevo; en la disposición derogatoria se modifican derogan diversas normas pero no este importante Real Decreto que reglamenta las pensiones no contributivas, como tampoco ha sido modificada expresamente la Disposición adicional primera del Real Decreto 356/1991 que reglamenta las prestaciones por hijo a cargo. Ambas disposiciones deben entenderse modificadas por la genérica y siempre inconcreta fórmula inicial de la disposición derogatoria referente a «todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan al presente Real Decreto»

[794] STS 2-diciembre-1997 (Ar.8924).

Deberemos tener en cuenta, en consecuencia, que la comentada disposición adicional tercera.² se inicia con la referencia de que tal equiparación de grados se establece «a los efectos previstos en el número anterior» es decir a los efectos de iniciar de oficio los trámites de solicitud de una pensión no contributiva en los supuestos en que se hubiese solicitado una pensión contributiva y la misma hubiese sido denegada, debiendo coexistir dos supuestos de hecho: la denegación de una pensión de invalidez contributiva, y el reconocimiento de un determinado grado de incapacidad en la modalidad contributiva; se trata de una regla especial de valoración de la minusvalía, destinada a agilizar en estos casos el procedimiento de reconocimiento de una pensión no contributiva evitando la reiteración de unos reconocimientos médicos que constituyen el trámite que demora más la tramitación de estas pensiones^[795]. No es posible extender la aplicación de esta presunción del grado de minusvalía en sentido inverso, porque si de un hecho la ley presume otro, lo inverso no puede pretenderse que sea necesariamente cierto^[796]; en consecuencia, a quien se le hubiese reconocido un grado de minusvalía del 65 por 100 o superior en base a las tablas JAMA en la tramitación de una pensión no contributiva, si ésta se le denegase (por ejemplo por disponer de recursos suficientes), no podría aprovechar tal reconocimiento de minusvalía para instar más adelante un reconocimiento de una incapacidad absoluta en la modalidad contributiva con la presunción de tal grado de incapacidad, obviando así toda comparación entre su incapacidad y su profesión habitual, como tampoco sería posible que en base al reconocimiento de la necesidad de una tercera persona en la modalidad no contributiva se argumentase una presunción de Gran Invalidez en la modalidad contributiva de pensiones; en el bien entendido que cuando decimos que no es posible nos referimos a la imposibilidad legal de extender la regla especial de valoración que comentamos a otros supuestos distintos de los contemplados, no a que sea idealmente o técnicamente imposible tal equiparación, ya que -por el contrario- razones de celeridad en la tutela aconsejarían que constatado que una persona necesita la ayuda de otra para los actos más esenciales de la vida, no se repitan innecesariamente los exámenes periciales de tal condición. Seguramente no abundarán los supuestos de beneficiarios o solicitantes de una pensión no contributiva que puedan solicitar después una pensión contributiva, pero ello no es imposible: pensemos en una persona afectada por una minusvalía en grado superior al 65 por 100 y que por ello solicita o ya percibe una pensión no contributiva, y al mismo tiempo realiza -limitadamente, y a tiempo parcial- un trabajo por el que percibe unos ingresos que no superan el límite máximo de

La presunción de grado no es reversible.

[795] BELLO, 1992, página 221 del tomo I.

[796] Como ejemplo de presunciones que no son reversibles: los nacidos después de un matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o separación se presumen hijos del marido (artículo 116 del Código Civil), pero no puede suponerse que todos los hijos del marido hayan nacido en tal plazo; tras diez años sin noticias de un ausente puede presumirse su muerte (artículo 193.1 del Código Civil), pero no puede presumirse que toda persona fallecida ha estado diez años ausente sin dar noticias suyas.

ingresos establecido por la ley, y cotiza por ello a la Seguridad Social, y a resultas de un accidente ve agravado su estado y por ello puede -sin necesidad de acreditar carencia alguna según los artículos 124.4 y 138.1 de la LGSS- solicitar una pensión contributiva de incapacidad permanente. El considerar que la presunción de grado se circunscribe a los supuestos expresamente previstos en la norma reglamentaria supone también negar la posibilidad de alegar en otros casos las valoraciones realizadas en el procedimiento de obtención de otras incapacidades permanentes, ya que los supuestos previstos en la Disposición Adicional tercera.2 del reglamento de pensiones no contributivas no se citan como ejemplos de una más amplia posibilidad de equiparación de valoraciones de grado de discapacidad^[797]; no existe, en consecuencia, un derecho de opción entre los métodos de valoración usados en las distintas modalidades de pensión de invalidez, o en otros regímenes especiales de la Seguridad Social, como por ejemplo, las equivalencias que se hallan establecidas entre la valoración del 60 por 100 siguiendo el «Cuadro de Lesiones y Enfermedades» anexo al reglamento del Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra de 1977 y la calificación de invalidez en el Instituto Social de las Fuerzas Armadas^[798], o la valoración de grados de minusvalía a los efectos de percibir las ayudas establecidas en la Ley 35/1995 para las víctimas de delitos^[799].

La coexistencia de los dos supuestos de hecho previstos en la norma: la denegación de una pensión de invalidez permanente en la modalidad contributiva, y el reconocimiento de una incapacidad permanente calificada de Gran Invalidez o en el grado de absoluta, se produjo básicamente en un período en el que se dictaron declaraciones de invalidez «sin derecho a prestación económica» por no reunir los requisitos (de alta o de carencia), habiendo considerado la jurisprudencia del Tribunal Supremo -y con razón- que tales declaraciones eran nulas y carecían de efectos jurídicos ya que no eran

El grado y las declaraciones de invalidez sin derecho a prestación económica.

[797] Por esta causa, a partir del nuevo baremo del año 2000 ha desaparecido la práctica de reconocer grados de minusvalía por «homologación» de situaciones de incapacidad permanente contributiva: quien tenía reconocida una IP Parcial se le homologaba un grado del 33 por 100, la IP Total equivalía al grado del 65 por 100 y la IP Absoluta a un grado del 75 por 100.

[798] Instrucción de 26 de diciembre de 1980 (BO Ministerio de Defensa-D.O. Aire de 31-enero-1981; Ar. 496/1981). Una posibilidad, a medio camino de la equivalencia de valoraciones, es efectuar la nueva valoración aceptando sin nueva revisión los dictámenes médicos anteriores, es decir: baremo nuevo con examen antiguo; para el régimen de clases pasivas: Disposición adicional segunda de la Orden de 22 de noviembre de 1996 (BOE de 23-noviembre-1996).

[799] Ley 35/1995, de 11 de diciembre (BOE de 31-diciembre-1996), modificada por el artículo 96 y la disposición derogatoria única.cuatro de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre (BOE de 31-diciembre-1996), reglamentada por el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo (BOE de 27-mayo-1997). En el artículo 12 de este reglamento se mencionan los tramos de porcentajes de minusvalía (33 al 44%, 45 al 64%, más del 65%, más del 75%) que darán lugar a prestación económica, se establece que la valoración de los mismos se llevará a cabo por los EVO u órganos equivalentes de las comunidades autónomas, pero no se expresa en base a que baremo o criterios deberá realizarse tal valoración, si bien se establece la equivalencia entre el grado del «75 por 100 con ayuda de tercera persona» y las declaraciones de Gran Invalidez realizadas respecto al personal funcionario, o cuando se den las circunstancias previstas en el artículo 145.6 LGSS.

precedentes si no eran dictadas como parte de una acción protectora^[800]; pero como tales declaraciones existían, los titulares de las mismas instaron en repetidas ocasiones el reconocimiento de la equiparación de grados a los efectos de una pensión no contributiva, existiendo una doctrina jurisprudencial contradictoria sobre si procedía efectuar tal equiparación, ya que por una parte si tales declaraciones eran nulas, de lo jurídicamente inexistente no procedía sacar consecuencia alguna; pero por otra parte, existiendo tales declaraciones de invalidez sin derecho a prestaciones y una disposición reglamentaria expresa sobre los efectos colaterales que podían deducirse de las mismas, podía exigírsele razonablemente a la Administración que fuera consecuente con sus propios actos, puesto que si bien carece de efectos jurídicos la declaración de incapacidad permanente sin derecho a prestación económica, ello no suprime la realidad de los actos realizados durante la tramitación del expediente (el reconocimiento médico) y a estos actos la norma les puede anudar una presunción para favorecer a quienes no estén interesados en someterse nuevamente a un examen de sus capacidades residuales. Con esta equiparación de grados se evitaba también la sospecha de que era arbitrario el comportamiento administrativo consistente en reconocer un determinado grado de invalidez cuando ello iba unido a la negativa a pagar prestaciones económicas, mientras que inmediatamente después podía negarse el grado de invalidez paralelo cuando de ello se derivase el pago de una prestación no contributiva.

Las hoy ya antiguas declaraciones de invalidez sin derecho a prestación económica no son, empero, los únicos supuestos en los que es posible imaginar la aplicabilidad de la disposición adicional comentada sobre equiparación de grados, ya que la misma hace referencia a los supuestos de denegación de una pensión contributiva sin especificar causa alguna de tal denegación, y podemos imaginar como mínimo cuatro otros supuestos además del comentado para plantearnos la aplicabilidad de la equiparación de grados. El primero de ellos son las revisiones de una pensión de invalidez contributiva por mejora o error de diagnóstico previstas en el artículo 143.2 de la LGSS^[801], supuestos en el que es posible que llegue a producirse la extinción de la pensión contributiva reconocida; cabe objetar en este caso que extinción por revisión no es igual a la denegación de la prestación prevista en el reglamento, si bien esta objeción no debería ser muy relevante ya que, o bien en razón de la igualdad de efectos y por razones de economía procesal se hace equivalente la extinción a la denegación, o bien a los

El grado y las pensiones contributivas extinguidas por error de diagnóstico o mejora.

[800] STS de 7-feb-1994 (Ar. 811) ; STS de 16-mar-1995 (Ar. 2017) siguiendo una serie de sentencias que inició la STS 14-oct-1991 -Sala General- (Ar.7659).

[801] Se habla en plural de revisiones porque se ha sostenido (BAYLOS, 1995, página 386) que en caso de error de diagnóstico debería instarse la revisión en sede judicial por la vía del artículo 145 LPL. Sin embargo, lo que aquí se considera relevante a los efectos de la presunción de equiparación del grado, no es el procedimiento seguido sino si los hechos revisados son los grados de incapacidad u otros hechos como la edad, la carencia, la personalidad, etc.

interesados les bastará con formular inmediatamente después de la extinción una nueva petición de la pensión que acaban de extinguirle, que lógicamente les será denegada, por lo que abogamos por considerar equiparables la denegación y la extinción de una pensión; más importante parece la objeción de que en caso de revisión por error de diagnóstico o por mejora no se da el supuesto de hecho de haberles sido reconocida una invalidez permanente en la modalidad contributiva, ya que si bien la expresión literal reglamentaria es «que le haya sido reconocida» y podría argüirse que nada se ha previsto acerca de qué efectos puedan tener los avatares posteriores a tal reconocimiento, no sería razonable pretender que a quien en un pasado le haya sido reconocida una incapacidad, si en la actualidad no tuviese tal afectación de sus capacidades personales o se hubiese revelado que todo fue debido a un error en la valoración de las mismas, deba reconocérsele un grado de minusvalía a todas luces inexistente; debiéndose oponer a tal pretensión que las presunciones son admisibles «cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado»^[802], seguridad en la existencia del hecho de referencia que quiebra cuando se reconoce que hubo un error, o que el hecho ya no existe de la misma forma. Por ello, parece lógico concluir que no podrían beneficiarse de la presunción del grado equivalente quienes hubiesen visto su pensión extinguida por revisión fundada en una mejora o en un error de diagnóstico.

Las pensiones de incapacidad permanente en la modalidad contributiva ya reconocidas pueden verse también extinguidas por haber sido revisadas por motivos ajenos a la evaluación del grado de incapacidad, sea cuando tal revisión puede ejercitarse de oficio por la Entidad gestora porque se trate de la constatación de errores materiales o derivados de omisiones o inexactitudes de las declaraciones del interesado; sea en los casos de cualquier otro tipo de error que trascienda la mera rectificación cuya consecuencia final sea que se haya lesionado el ordenamiento jurídico, y que puede motivar que la Entidad Gestora inste una revisión judicial de la pensión en base a lo establecido en el artículo 145 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL)^[803]. En ambos casos el resultado final puede ser una extinción de la pensión, extinción que en el párrafo anterior ya hemos argumentado debe equipararse a la denegación de la misma de forma que se hallen en igual situación quien ve denegada su solicitud de pensión que quien la ve reconocida y al día siguiente se le notifica que habiéndose apreciado un error grave la pensión acordada debe extinguirse. En estos casos, inatacado el supuesto de hecho del reconocimiento en la modalidad contributiva de una incapacidad permanente en el grado de absoluta, o de una gran invalidez, las personas que hasta entonces eran

El grado y las pensiones contributivas extinguidas por otras causas.

^[802] Artículo 1249 del Código Civil.

^[803] Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (BOE de 11-abril-1995 y de 26-mayo-1995).

beneficiarias de tal pensión deben verse beneficiadas por la presunción de estar afectadas en el grado equivalente a los efectos de causar una pensión no contributiva.

Existe también la posibilidad de que debido a la conducta culposa o dolosa de la persona afectada que estuviese disfrutando de una pensión contributiva de incapacidad, la misma se viese suprimida por un tiempo en virtud de lo dispuesto en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)^[804]. Partiendo del criterio antes expuesto de que, por razones de economía procesal y en atención a la identidad de efectos, las extinciones equivalen a denegaciones el problema específico que aquí se plantea es si es posible durante el período de supresión de una prestación contributiva el reconocimiento de una pensión no contributiva. Para decidir esta cuestión debemos diferenciar los supuestos en los que la sanción impuesta es únicamente la de la supresión (siempre temporal) de la pensión, de la sanción prevista en el segundo párrafo del artículo 46.1.3 de la LISOS: la exclusión del derecho a percibir cualquier prestación económica durante un año; mientras en el primer caso la sanción se refiere exclusivamente a la prestación implicada en la conducta irregular que motiva la sanción, y no afecta a otras prestaciones sociales que pudiera estar percibiendo la persona afectada, en el segundo caso se trata de una exclusión -también temporal- de la posibilidad de beneficiarse de cualquier prestación del sistema de Seguridad Social; salvo que se haya impuesto esta última y más grave sanción accesoria, en virtud del principio de legalidad (artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución) no puede impedirse que la persona afectada pueda solicitar una pensión no contributiva y beneficiarse de la presunción del grado equivalente a la incapacidad que en su día se le reconoció. Es evidente que esta posibilidad supone que, en determinados casos, la sanción prevista en la LISOS de supresión temporal de una pensión puede verse aminorada en sus efectos prácticos, pero como esto sucederá precisamente cuando se trate de afectados por graves minusvalías que además carezcan de recursos económicos suficientes, tal atenuación corrige con una cierta proporcionalidad social el rigor de los efectos sancionatorios.

El grado y las pensiones temporalmente suprimidas por sanción.

[804] Artículos 46.1.2 y 46.1.3 , en relación con los artículos 17 y 18 de la Ley 8/1988, de 7 de abril (BOE de 15-abril1988). A partir del año 2001, esta referencia debe entenderse sustituida por el artículo 47.1.a) y b) en relación a los artículos 25.2; 25.3; y 26.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (BOE del 8 de agosto)

La disposición transitoria primera RPNC estableció un sistema abreviado de acceso a las pensiones no contributivas para quienes viniesen percibiendo los subsidios LISMI^[805] de garantía de ingresos mínimos o el de ayuda por tercera persona, así como para los perceptores de las pensiones asistenciales FONAS^[806]. Para poder percibir una pensión no contributiva, tales personas debían cumplir con todos y cada uno de los requisitos exigidos por la LGSS, como lo indica la clara dicción del primer párrafo de la disposición comentada «si reúnen los requisitos para ello», y como no podía ser de otra forma debido a que el RPNC no es norma con rango suficiente para exceptuar del cumplimiento de los requisitos legales; en consecuencia no constituyen una categoría especial de beneficiarios de pensiones no contributivas, sino que lo que se establece es un procedimiento especial para facilitar el reconocimiento de las pensiones a los beneficiarios de aquellas antiguas prestaciones.

Procedimiento especial para perceptores de subsidios LISMI y pensiones FONAS.

El segundo apartado de esta disposición transitoria reguló dos supuestos distintos para la acreditación del requisito de estar afectado por un determinado grado de minusvalía. Para quienes percibían prestaciones LISMI se les explicaba, más que establecía una norma de procedimiento: «no tendrán que acreditar nuevamente el grado de minusvalía, surtiendo efectos a tal finalidad el grado de minusvalía ya reconocido». Siendo el mismo baremo el que debía usarse para determinar el grado, y siendo, además, los mismos organismos los encargados de realizar tal determinación del grado, mal podrían haberse rechazado las certificaciones anteriormente emitidas por tales organismos relativas al grado de minusvalía de los sujetos afectados. Pero ello no debe predicarse únicamente de los perceptores de los subsidios, cualquier persona que tuviese reconocido un grado de minusvalía, aunque por cualquier causa en ese preciso momento no fuese un perceptor de un subsidio LISMI, podría haber presentado la certificación del grado de minusvalía ya reconocido según el baremo de 1984.

Beneficiarios de subsidios LISMI y otras certificaciones de grado.

En el último párrafo de esta disposición transitoria sí que se establece una norma peculiar en cuanto a la acreditación del grado de minusvalía: «se presumirá afectas de una minusvalía en un grado igual al 65 por 100» a aquellas personas que sean perceptoras de una prestación asistencial FONAS por incapacidad o enfermedad. Según la regulación de estas pensiones asistenciales, sus beneficiarios debían «encontrarse absolutamente incapacitados para toda clase de trabajo»^[807]; en consecuencia, el precepto reglamentario que analizamos establece una equiparación similar a la

Equiparación especial de grado para pensionistas FONAS.

[805] Ley de Integración Social del Minusválido, reguladas por la Ley 13/1982, de 7 de abril (BOE de 30-abr-1982), y por el Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero (BOE de 27-feb-1984).

[806] Fondo Nacional de Asistencia Social, reguladas por la Ley 45/1960, de 21 de julio (BOE de 23-jul-1960), y el Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio (BOE de 6-nov-1981).

[807] Artículo primero. dos.e) del Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio (BOE del 6 de noviembre de 1981).

anteriormente comentada para quienes se les hubiera reconocido una pensión contributiva de invalidez absoluta: se equipara la incapacidad laboral en el grado de absoluta a un grado de minusvalía del 65 por ciento; tal equiparación es únicamente una presunción, que puede verse anulada, sea por una prueba en contrario, sea por una revisión de grado ulteriormente realizada. El fundamento y la razonabilidad de tal equiparación de grado es idéntica a la prevista en la disposición adicional tercera.² del RPNC. A pesar de los años transcurridos desde que se estableció este precepto, y de que tales prestaciones fueron derogadas por la Ley 28/1992, no es improbable que haya antiguos perceptores de prestaciones FONAS que aún puedan verse beneficiados por tal presunción, ya que a finales del mes de mayo del 2000 existían en España aún 47.267 perceptores de prestaciones asistenciales FONAS por razón de incapacidad o enfermedad, que no habían solicitado percibir una pensión no contributiva, a pesar de que aquéllas son de un importe económico mucho menor: frente a las 563.570 pesetas anuales de las pensiones no contributivas para el año 2000, las pensiones FONAS se hallan establecidas en sólo 349.090 pesetas anuales^[808], es decir, el 62 por ciento de las nuevas pensiones.

El elenco de equiparaciones de grado que acabamos de examinar es básicamente la determinación de un criterio técnico que evita la repetición de actos innecesarios de comprobación de requisitos, siguiendo el principio ya expresado en la Ley de Procedimiento Administrativo Común^[809] de que a los ciudadanos no se les deben solicitar informaciones que se hallen ya en poder de la Administración; pero debería ser un paso más en un reto que nuestra Seguridad Social tiene pendiente: localizar a los derechohabientes que padecen una situación de necesidad con la misma o superior eficacia con que se localiza a quienes están obligados a contribuir personal o económicamente^[810]. Tanto en las modalidades contributivas como en las no contributivas de prestaciones, la Administración posee la información necesaria para ofrecer a quienes las pudieran precisar una prestación por viudedad, invalidez, vejez, etc; se ha perfeccionado el papel de los registros públicos de información para evitar las situaciones de fraude y conseguir extinguir las prestaciones con celeridad cuando sobreviene una causa de extinción de las mismas, y no se ha avanzado con la misma celeridad en asistir a quienes pudiesen precisar las prestaciones.

Una mejora deseable: ofrecer las prestaciones a quienes las precisen.

[808] Disposición adicional tercera de la Ley 54/1999, de 29 de diciembre (BOE del 30 de diciembre).

[809] Artículo 35.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (BOE de 27 de noviembre de 1992).

[810] Como ya apuntó MANRIQUE, 1985, página 166, con mención a la perfecta detección de los 'quintos' y los contribuyentes.

IV- IMPORTE, DINÁMICA Y GESTIÓN DE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS

1. EL IMPORTE DE LA PRESTACIÓN

1.A: REGLAS GENERALES, E IMPORTE INICIAL PARA UN BENEFICIARIO

Como vimos ya al hablar del límite máximo de las rentas de que puede disponer el beneficiario de una pensión no contributiva, el importe de dichas pensiones se remite en la LGSS a lo que establezca anualmente la Ley de Presupuestos Generales del Estado, que habitualmente es la norma que anualmente establece la cuantía de todas las pensiones públicas; esta remisión debe completarse con el artículo 52 de la LGSS que establece que esta revalorización de las pensiones no contributivas deberá realizarse como mínimo^[811] en el mismo porcentaje de incremento que la misma Ley de Presupuestos establezca para las pensiones contributivas. Por supuesto, nada impide que el importe de estas pensiones se revalorice en cualquier otra ley o disposición con rango de ley distinta a la de los Presupuestos Generales del Estado, o que lo hagan en un porcentaje distinto al anteriormente indicado, o con una periodicidad distinta a la anual; ya que cualquier ley posterior al la Ley General de la Seguridad Social puede -derogando tácitamente los artículos anteriormente indicados- regular el importe de las pensiones^[812], por lo que lo único sustancial de estos dos preceptos es la reserva formal de ley que efectúan en la materia del importe de estas pensiones, debiéndose considerar los otros elementos: anualidad, porcentaje mínimo de revalorización, y determinación de la ley que debe efectuarla, un bienintencionado deseo del órgano legislativo que en su momento aprobó dicho texto, cuando no mera «polución legal»^[813].

[811] Argumentando en favor de una «distancia de seguridad» con el importe de las pensiones contributivas: ESCUDERO, 1991, página 53. Con más vigor, admitiendo únicamente una ligera aproximación entre prestaciones contributivas y no contributivas POLO, 1995, páginas 22 y 23.

[812] «como es obvio, una Ley ordinaria no vincula al legislador futuro» recuerda la STC 5/1982, de 8 de febrero.

[813] Salvador, 1991.

«Para el año 2001, la cuantía de las pensiones de jubilación e invalidez de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, se fijará en ...»^[814] dice la última disposición que ha actualizado el importe de dichas prestaciones; coherentemente con el carácter anual de los presupuestos^[815] dicha ley sólo puede establecer el importe de tales prestaciones para un año. La previsión constitucional de prórroga automática de los presupuestos^[816] parece que excusa al legislador de prever el supuesto de no aprobación de una nueva ley antes de finalizar el año; si esto sucediera sin dictarse norma adicional alguna, las consecuencias prácticas serían: *a)* que las pensiones ya reconocidas verían congelado su importe, y *b)* que las nuevas pensiones a reconocer deberían serlo por un importe muy inferior; la razón de ello sería la misma que si en una ley de presupuestos anuales del Estado no se efectuase previsión alguna acerca del importe de dichas pensiones no contributivas: al haber decaído la vigencia de las leyes anteriores que establecieron su importe revalorizado, las nuevas pensiones no contributivas deberían ser reconocidas por el antiguo importe de 364.000 pesetas que estableció inicialmente la Disposición adicional primera.1 de la Ley 26/1990, ya que en este primer texto legal se dice que el citado importe es la cuantía de las pensiones a partir de su entrada en vigor, mientras que las sucesivas leyes anuales de presupuestos tuvieron su vigencia limitada al año para el que fueron dictadas y establecieron el importe de las pensiones únicamente para dicho año; todo ello -repetimos- salvo que se dictara cualquier otra norma con rango de ley que expresamente actualizara con carácter general el importe de estas pensiones sin indicar que tal nuevo importe revalorizado se establece únicamente para un año determinado. Así sucedió en 1995 cuando se actualizaron los importes de las pensiones que ya se percibían, mediante Decreto-Ley^[817], lo cual -incidentalmente- nos reafirma en lo anteriormente dicho acerca del carácter meramente indicativo de la remisión que en los artículos 52 y 145.1 de la LGSS se hace a las leyes de presupuestos anuales,

El importe inicial establecido por las leyes anuales de presupuestos del Estado.

[814] Artículo 40 de la Ley 13/2000, de 28 de diciembre (BOE de 29-diciembre-2000); con similar redactado al años anteriores, por ejemplo: el de la ley 49/1998, de 30 de diciembre (BOE de 31-diciembre-1998). Para el año 2000, el artículo 39 de la Ley 54/1999, de 29 de diciembre (BOE de 30-diciembre-1999) aportó alguna variación que se analizará en las páginas siguientes. Hubiese sido mejor que el texto de la ley utilizase el tiempo presente «se fija en...» del mismo modo que en la misma ley el artículo 46 dice que la cuantía de las pensiones SOVI «queda fijada, en cómputo anual, en...».

[815] Artículo 134.2 de la Constitución Española.

[816] Artículo 134.4 de la Constitución Española.

[817] Decreto-Ley 12/1995, de 28 de diciembre (BOE de 30 de diciembre de 1995), sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera, dictado tras el rechazo por el Congreso de los Diputados de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1996; en su artículo 6 se dice «1. La cuantía de las pensiones percibidas a 31 de diciembre de 1995 se incrementarán en un 3,5 por 100. La cuantía de la pensión sobre la que ha de aplicarse el porcentaje de incremento establecido en el párrafo anterior será la resultante de incrementar la vigente a 31 de diciembre de 1994 en el porcentaje del 4,4 por 100. [...] Lo previsto en el párrafo primero será igualmente de aplicación a los pensionistas del sistema de la Seguridad Social y de Clases Pasivas, con pensiones causadas durante 1995, que hubieran percibido la cuantía correspondiente a pensiones mínimas, pensiones no contributivas de la Seguridad Social, pensiones del extinguido Seguro...»

designándolas como a las normas en las que se debe establecer el importe actualizado de estas pensiones.

El importe indicado en la ley para las pensiones no contributivas, no es siempre el importe que van a recibir los pensionistas. De hecho, examinando en conjunto las diversas reglas que se formulan en el artículo 145 de la LGSS sobre el importe de estas pensiones puede afirmarse que será excepcional el caso del pensionista que perciba dicho importe anual, ya que -como explicábamos al examinar el límite máximo de rentas- la mayoría de los pensionistas no viven solos; y ello, además de en los requisitos para acceder a una pensión, va a influir en el importe de la pensión misma que van a percibir. La idea central que explica el conjunto de reglas de cálculo del importe de las pensiones no contributivas es que se trata de prestaciones diferenciales, es decir, que habiéndose establecido por la ley como requisito para acceder a estas prestaciones lo que se consideran rentas o recursos suficientes, estas pensiones se proponen únicamente aportar a sus beneficiarios la cantidad indispensable para que alcancen a disponer de estos recursos suficientes; en consecuencia, el sistema paga únicamente la diferencia entre las rentas de las que dispone ya el beneficiario -ya sea personalmente o a través de la unidad familiar en la que convive- y el límite de ingresos suficientes o umbral de pobreza. La lógica de estas reglas de cálculo del importe de la prestación está ligada a las reglas de cálculo del límite máximo de ingresos, y las críticas o dificultades señaladas para calcular éstos son trasladables *mutatis mutandis* al cálculo de la pensión. Analizaremos las reglas de cálculo del importe de estas pensiones considerando conjuntamente las pensiones no contributivas de jubilación y de invalidez, puesto que casi todas las reglas de cálculo son comunes a ambas prestaciones, ya que el artículo 168 de la LGSS remite para el cálculo de la pensión de jubilación a las reglas contenidas en el artículo 145 que se refiere al importe de las pensiones de invalidez; estas reglas de cálculo es posible agruparlas en tres grandes apartados (que son etapas sucesivas de cálculo) que podríamos denominar: cálculos iniciales, reducciones, y correcciones.

Pluralidad de reglas de cálculo.

Respecto a estas correcciones y reducciones a efectuar al importe que las Leyes de Presupuestos Generales del Estado establecen con carácter uniforme para todo el territorio nacional^[818], debe hacerse una observación: se refieren básicamente a circunstancias personales del beneficiario (rentas y estado físico) y no al entorno del beneficiario, que ya se valora en los factores sociales complementarios que influyen en

Los elementos que modifican el importe de la pensión.

[818] Las mayoría de las pensiones de la Seguridad Social finlandesa se pagan con importes notablemente distintos según sea el municipio de residencia del beneficiario; para ello, los municipios se clasifican en categorías (dos o tres, de forma distinta según las prestaciones) atendiendo al coste de la vida en cada uno de tales municipios; quienes viven en los municipios en los que el coste de la vida es más elevado, perciben una pensión o subsidio de importe superior. Asimismo los impuestos que pagan tales pensionistas son menores para quienes viven en los municipios en los que el coste de la vida es mayor. El detalle puede consultarse en las páginas finales de actualización para el 2000 de: KELA-GUIDE, 2000, Un resumen en francés del sistema finlandés de protección social en SISFIN, 1999.

la determinación del grado de minusvalía, pero que son intrascendentes para las pensiones de jubilación, cuando lo cierto es que algunos de tales factores (por ejemplo: problemas familiares, situación de la vivienda, nivel cultural) influyen también en la calidad de vida del beneficiario de una pensión de jubilación, directamente, o en su capacidad para poder disponer de otros recursos y ventajas sociales.

El supuesto más simple de cálculo inicial de una pensión no contributiva es el de un beneficiario que viva solo, supuesto en el que inicialmente se le va a reconocer la pensión por el importe que establece la ley (para el año 2001: 586.740 pesetas íntegras anuales). Sin embargo y especialmente en las pensiones de jubilación, lo normal es que convivan -como mínimo- dos beneficiarios de una pensión no contributiva, por la sencilla razón de que para obtener una pensión no contributiva de jubilación los interesados deben carecer de recursos y ser mayores de sesenta y cinco años; durante bastantes años muchas personas han seguido la costumbre de casarse con personas de edad similar a la suya, lo que comporta que sobrepasen en fechas similares la edad mínima de sesenta y cinco años; asimismo, como el requisito de falta de rentas suficientes se evalúa considerando conjuntamente los ingresos de todos los miembros de la unidad familiar, no es posible que un miembro de la pareja posea recursos económicos y el otro carezca de ellos; en resumen: los cónyuges envejecen y se empobrecen simultáneamente, y por ello serán de aplicación frecuente en las pensiones de jubilación las reglas especiales para el supuesto de convivencia de dos o más beneficiarios.

Cálculo inicial de la pensión para un sólo beneficiario.

1.B: EL IMPORTE INICIAL CUANDO CONVIVEN VARIOS BENEFICIARIOS

Salvo para el año 2000 -excepción que comentaremos posteriormente-, si dos beneficiarios viven juntos se aplican las reglas contenidas en el segundo párrafo del artículo 145.1 de la LGSS para calcular el importe de sus pensiones no contributivas. La primera de estas reglas indica que la pensión a abonar al segundo y ulteriores beneficiarios de una misma unidad familiar es el setenta por ciento del importe inicial antes expresado en razón de las economías de escala que se presume que realizan dos personas que conviven, y que también sirvieron de base para aplicar la misma regla al calcular los ingresos suficientes de la unidad familiar; o sea, que para el año 2001 el importe a satisfacer a un segundo o ulteriores beneficiarios es de 410.718 pesetas anuales, que es el setenta por ciento del importe inicial de la pensión fijada para este año en 586.740 pesetas. La segunda regla de cálculo inicial del artículo 145.1 LGSS está orientada a que todos los beneficiarios de una pensión no contributiva de una misma unidad familiar se les reconozca idéntico importe prestacional evitando así el agravio comparativo de abonar una pensión superior a quien primero la hubiese solicitado y las pensiones reducidas al segundo y posteriores solicitantes, lo cual casaría mal con la presunción de que los ingresos de la unidad familiar se comparten (y por ello se evalúan

Cálculo inicial, salvo para el 2000, para dos beneficiarios convivientes.

sus rentas conjuntamente), y resultaría arbitrario imputar la economía de escala originada en la convivencia a los segundos y posteriores solicitantes; para lograr este igual reconocimiento inicial del importe de la pensión, se suman los importes obtenidos de acuerdo con la primera regla (una pensión íntegra, las posteriores al setenta por cien) y se dividen entre el número de beneficiarios convivientes para reconocer a cada uno de ellos idéntico importe inicial.

Tal como se ha comentado anteriormente al hablar del límite máximo de ingresos, el artículo 39 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000^[819] estableció que para dos beneficiarios (para que el precepto tenga sentido se sobreentiende «convivientes en una unidad económica») el importe inicial de una pensión no contributiva sería de 940.296 pesetas anuales. Este importe rebajaba en 17.773 pesetas el que resultaría de aplicar la primera regla de cálculo inicial prevista en la LGSS: añadir al importe previsto para un sólo beneficiario el setenta por ciento del mismo; por ello debía entenderse tácitamente derogada en este supuesto la primera regla expresada en el segundo párrafo del artículo 145.1 LGSS. No así la segunda regla que conservaba su vigencia y utilidad para determinar el importe del derecho correspondiente a cada uno de los dos beneficiarios: dividir el importe del conjunto de las pensiones entre todos los beneficiarios convivientes para reconocerles inicialmente a cada uno una pensión del mismo importe. En consecuencia, para el año 2000, en el supuesto de dos beneficiarios que convivían en una misma unidad económica el importe inicial de la pensión era de 470.148 pesetas anuales. En la Ley de Presupuestos para el 2001^[820] no se prosiguió con este peculiar procedimiento de cálculo del importe de las

Cálculo inicial para dos beneficiarios en el año 2000.

Artículo 40. *Determinación inicial de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social.*

Para el año 2001, la cuantía de las pensiones de jubilación e invalidez de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, se fijará en:

Un beneficiario: 586.740 pesetas (3.526,46 euros) íntegras anuales.

pensiones, por lo que los problemas que examinaremos a continuación quedan circunscritos a las posibles reclamaciones por diferencias en el cálculo correspondiente al año 2000;

no obstante, dejamos constancia de ellos porque la decisión de no repetir este peculiar proceder no parece firme, ya que, si hasta 1999 el redactado del artículo correspondiente en las sucesivas Leyes de Presupuestos era idéntico -salvo en cuanto al concreto importe anual- y establecía pura y simplemente el importe de la pensión, el redactado de la Ley de Presupuestos para el 2001 es el que figura en la ilustración adjunta; en ella puede verse que el texto no se limita a establecer directamente -como antaño- el importe de 'la' pensión, sino que, tras la expresión «se fijará en:» se abre el párrafo, y el supuesto para «un beneficiario» que se establece es indicativo de la voluntad truncada de regular nuevamente un segundo supuesto con el importe para dos beneficiarios.

[819] Ley 54/1999, de 29 de diciembre (BOE de 30-dic-1999).

[820] Ley 13/2000, de 28 de diciembre (BOE de 29-dic-2000).

El establecimiento en la Ley de Presupuestos para el año 2000 de un importe especial en el supuesto de dos beneficiarios dejaba sin resolver cómo debería calcularse el importe inicial de las pensiones en caso de que fuesen tres los beneficiarios integrados en una misma unidad económica, ya que en una rápida consideración de las interpretaciones posibles podemos hallar como mínimo seis posibilidades distintas. En primer lugar, podemos considerar que, habiéndose establecido un importe especial para el supuesto de dos beneficiarios, todas las otras situaciones que no fuesen el supuesto excepcional debían regirse por la norma precedente, es decir, debíamos utilizar la antigua regla del artículo 145.1 LGSS: el importe de una pensión sería el establecido para un beneficiario, y las otras dos el 70 por ciento de dicha cuantía. La segunda posibilidad era considerar que debía respetarse en todo caso el importe específicamente previsto en la Ley de Presupuestos para dos beneficiarios, y que el importe de la pensión del tercer beneficiario no se hallaba ni incluido en el supuesto de dos beneficiarios ni podía calcularse siguiendo la norma del 70 por ciento, que se consideraba derogada tácitamente por el nuevo criterio indicado en la Ley de Presupuestos para el año 2000, por lo que debía tomarse para este tercer beneficiario el importe íntegro para un beneficiario. La tercera opción que se nos presentaba era la de aceptar que el importe especial para dos beneficiarios debía respetarse, pero que el cálculo del importe para el tercer beneficiario debía hacerse teniendo en cuenta la economía de escala prevista en la LGSS, es decir, el 70 por ciento de una pensión individual. Una cuarta posibilidad era aplicar análogamente al tercer beneficiario la misma disminución del importe de su pensión considerando la economía de escala que se ha aplicado al segundo, es decir, habría un primer beneficiario y dos segundos beneficiarios. Una quinta posibilidad sería considerar que 'no hay dos sin tres', de tal forma que el importe de la pensión del tercer beneficiario sería la mitad del importe previsto para dos beneficiarios. Y una sexta posible interpretación consistía en asignar al tercer beneficiario el 70 por ciento de la pensión que correspondería a cada uno los otros dos, es decir, el setenta por ciento de la mitad de la pensión prevista para dos beneficiarios. Sintetizando estas fórmulas, y calculando el importe inicial de la pensión según el criterio de reparto uniforme entre los beneficiarios (artículo 145.2 LGSS), el resultado en cada una de las seis opciones enunciadas era el siguiente:

Cálculo inicial en el 2000 para tres beneficiarios: seis interpretaciones.

	Fórmula sintética	Cálculo	Importe para 3 beneficiarios
1^a	Individual + 70% + 70%	563.570 + 394.499 + 394.499	1.352.568 ÷ 3 = 450.856,- Pts.
2^a	Doble + Individual	940.296 + 563.570	1.503.866 ÷ 3 = 501.289,- Pts.
3^a	Doble + 70% de individual	940.296 + 394.499	1.334.795 ÷ 3 = 444.932,- Pts.
4^a	Doble + (Doble - Individual)	940.296 + (940.296 - 563.570)	1.317.022 ÷ 3 = 439.007,- Pts.
5^a	Doble + (½ Doble)	940.296 + (940.296 ÷ 2)	1.410.444 ÷ 3 = 470.148,- Pts.
6^a	Doble + 70% de (½ Doble)	940.296 + 70%(940.296 ÷ 2)	1.269.400 ÷ 3 = 423.133,- Pts.

La sola existencia de seis interpretaciones con un mínimo grado de razonabilidad, con unos resultados que difieren entre sí hasta una cuarta parte de la cuantía de la pensión, eran motivo suficiente para afirmar que el legislador debiera haber precisado mejor el alcance de esta reforma introducida mediante la Ley de Presupuestos Generales del Estado; teniendo en cuenta, además, que las dudas interpretativas que aquí planteamos podían reproducirse corregidas y aumentadas en el excepcional supuesto -pero no imposible- de que fuesen cuatro o más los beneficiarios integrados en una unidad económica. Para decidir cual era la mejor interpretación, no podemos contar con la ayuda de ninguna explicación en la Exposición de Motivos de la Ley 54/1999 acerca de las razones que motivaron el cambio de sistema de cálculo de las pensiones, ni tampoco hubo ningún debate parlamentario en el que quedasen plasmados los criterios de la mayoría para aprobar la modificación que comentamos; queda por ello descartada la utilización del criterio interpretativo de los antecedentes legislativos, así como el guiarnos por la finalidad de la norma, que pudo ser tanto el adoptar una nueva medida de la economía de escala que se produce entre convivientes, o el situar la suma de dos pensiones percibidas en una misma unidad familiar en un determinado porcentaje en relación a otras pensiones del sistema de Seguridad Social, o reducir el importe a pagar por tales pensiones de acuerdo con las disponibilidades presupuestarias del Estado, o incentivar determinados comportamientos de los beneficiarios en cuanto a la formación de unidades económicas o a la búsqueda de recursos económicos alternativos, por citar algunas de las posibles razones del legislador que podemos imaginar y que nos conducirían cada una de ellas a adoptar una de las distintas interpretaciones expuestas. Deberá ser, por consiguiente, un criterio lógico-gramatical el que seguiremos para escoger la mejor interpretación.

Finalidades hipotéticas del cálculo del 2000.

Existe un documento que, si bien no forma parte del proceso legislativo más que de forma remota, por su origen podría ser un importante elemento interpretativo acerca de cual era la voluntad del Gobierno en cuanto al sistema de cálculo de las pensiones no contributivas cuando conviven más de dos beneficiarios. Se trata del Informe Económico Financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social del 2000, elaborado por la Dirección General de Ordenación Económica de la Seguridad Social (DGOESS), cuyo

CUANTIAS DE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS DE VEJEZ E INVALIDEZ				
Año	1 beneficiario	2 beneficiarios	3 beneficiarios	Incremento (%)
1991	364.000	618.800	873.600	--
1992	420.000	714.000	1.008.000	15,4
1993	441.420	750.414	1.059.408	5,1
1994	460.880	783.496	1.106.112	4,4

LÍMITE DE ACUMULACIÓN DE RECURSOS DE LA UNIDAD ECONÓMICA AÑO 2000		
Nº de convivientes	Sin descendientes ni ascendientes en primer grado del beneficiario (pts/año)	Con descendientes o ascendientes en primer grado del beneficiario (pts/año)
(m)	$L=C+0,7\cdot C\cdot(m-1)$	$L=2,5\cdot(C+0,7\cdot C\cdot(m-1))$
1		563.570
2		940.296
3		1.334.795
4		1.747.067

Donde m = número de convivientes
 C = cuantía de la prestación
 L = límite de recursos.

La contradictoria interpretación realizada por la Seguridad Social.

Fuente: informe económico financiero de la DGOESS.

tercer epígrafe del capítulo IV está dedicado a las pensiones no contributivas. Entre otros datos, en dicho documento se publican dos interesantes tablas que se reproducen aquí: la primera acerca de la evolución anual de la cuantía de las pensiones no contributivas para 1, 2 y 3 beneficiarios, y la segunda tabla que nos interesa examinar contiene el cálculo del límite máximo de recursos de la unidad económica en los supuestos de 1, 2, 3, y 4 convivientes. Al indicar la evolución anual del importe de las pensiones no contributivas, para el año 2000 se señalan las siguientes cantidades: 563.570; 940.296; y 1.334.795, las dos primeras corresponden, respectivamente a los importes que la ley de Presupuestos Generales del Estado estableció para el año 2000 para uno y dos beneficiarios; y el tercer importe corresponde a la tercera de las interpretaciones antes comentadas, es decir, que consideraba que el importe para tres beneficiarios se calculaba sumando al importe previsto para dos beneficiarios convivientes el 70 por 100 del importe previsto para uno sólo^[821]. Bien, aunque -como más adelante argumentaremos- nos parece mejor otra interpretación, también hemos dicho que cualquiera de las seis interpretaciones reseñadas tenía un cierto grado de razonabilidad, y puede aceptarse que la Seguridad Social considerase preferible la tercera de ellas. Sin embargo, cuando en la siguiente página del mismo informe analizamos la segunda tabla, y buscamos el origen de los importes que se señalan para 1, 2, 3 y 4 beneficiarios, podemos observar lo siguiente: para uno y dos beneficiarios, se expresa el respectivo importe previsto en la Ley 54/1999, haciendo caso omiso de la fórmula que encabeza la segunda columna y que corresponde a lo expresado en el artículo 145.1.1º LGSS; como en la tabla anterior, para tres beneficiarios se añade al importe previsto para dos el 70 por 100 de lo previsto para uno; y -sorprendentemente- para cuatro beneficiarios se prescinde absolutamente del importe previsto para dos, para seguir la fórmula original del artículo 145.1.1º LGSS: al importe previsto para uno se le suma el 70 por 100 para cada uno de los otros tres convivientes. Esta última interpretación es plausible, pues se puede argumentar que el importe previsto para dos beneficiarios es excepcional y sólo aplicable en este específico supuesto, pero entonces debemos aplicar la antigua regla de la LGSS tanto en el supuesto de tres como en caso de que sean cuatro los beneficiarios que convivan. La contradicción entre las reglas aplicadas que, una vez sí y otra vez no, consideran relevante el importe previsto para dos beneficiarios para calcular la pensión en caso de una pluralidad de beneficiarios convivientes, inhabilita al citado documento de la DGOESS como criterio interpretativo en el problema examinado.

[821] DGOSS-PRESTACIONES, 2000, páginas 275 y 276, respectivamente. Obsérvese que en la primera tabla, última columna, se indica el porcentaje de incremento anual de dichas pensiones; dicho incremento se ha calculado exclusivamente en relación al importe correspondiente a un sólo beneficiario; el incremento para el año 2000 que se cifra en un 6,1% desciende al 4,1% para el supuesto de dos beneficiarios, que es el segundo de los supuestos previstos en la Ley 54/1999.

El criterio de la DGOESS antes señalado no fue compartido por todos los organismos que en las distintas Comunidades Autónomas gestionan las pensiones no contributivas^[822]. Las Comunidades Autónomas de Cataluña, Andalucía y Extremadura consideraron que la interpretación que debía aplicarse no es la tercera, sino la primera de las seis que antes señalábamos, es decir: que el importe para tres beneficiarios debía ser de 1.352.568,- pesetas, resultado de ignorar absolutamente para el caso de tres beneficiarios el importe señalado para dos, y, por consiguiente, añadir al importe de la pensión previsto para un beneficiario el setenta por ciento para el segundo y para el tercero. Las discrepancias no se limitaron a lo señalado, ya que para el caso de dos beneficiarios -que hasta ahora habíamos considerado pacífico-, mientras en Cataluña se aplicó lo previsto en la Ley 54/1999 de Presupuestos Generales del Estado, es decir: 940.296,- pesetas -que es también el criterio de la DGOESS-, Andalucía y Extremadura consideraron que debía aplicarse lo previsto en el artículo 145.1.1ª LGSS, es decir: 958.069,- pesetas. Además de ello, en Cataluña, y según el criterio publicado por el departamento correspondiente, este importe de la prestación para dos beneficiarios no coincidía con el límite de recursos económicos disponibles por tales beneficiarios, ya que si la suma de las prestaciones se estableció en 940.296,- pesetas, el límite máximo de ingresos para dos personas se calculaba siguiendo exclusivamente la LGSS, es decir: 958.069,- pesetas; en consecuencia, debido a la disparidad de criterios, en el caso de dos beneficiarios convivientes las pensiones pagadas no alcanzaban para situar a sus beneficiarios en el 'umbral de pobreza', que era la finalidad del mecanismo de importe diferencial de estas pensiones. Todo ello confirma nuestra aseveración de que existían diversas interpretaciones posibles, y la necesidad de que el legislador -antes de reincidir en fijar un importe especial para dos beneficiarios convivientes- es preciso que perfeccione la fórmula de cálculo de los supuestos de varios pensionistas no contributivos convivientes; ello, claro está, suponiendo que aún subsistan las ignotas razones para establecer esta regla especial.

La contradictoria interpretación realizada por las CCAA.

La primera regla del primer apartado del artículo 145 LGSS comienza diciendo «Al importe referido en el primer párrafo de este apartado»; este importe es el establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado a la que se remite la LGSS, y precisamente porque no se indica directamente su importe, sino que debe seguirse tal remisión, se califica de «referido». Este importe era, para el año 2000, en realidad dos importes, previstos para dos supuestos distintos: un beneficiario, y dos beneficiarios; y la relación entre estos dos supuestos era la siguiente: el importe previsto para dos beneficiarios era regla especial que regía con prevalencia al supuesto general de un beneficiario, porque en el supuesto de haber dos beneficiarios se producía también el

Interpretación que se propone para el 2000: a) partir de dos beneficiarios.

^[822] Véanse los datos publicados en GENCAT, 2000; JUNTAAND, 2000; JUNTAEX, 2000. En este último caso no se publicó la cuantía de la prestación sino el importe del límite máximo de rentas de los beneficiarios convivientes.

supuesto de haber un beneficiario, mientras que si hay sólo un beneficiario no se daba el supuesto de que hubiera dos; en consecuencia, la única forma de que el supuesto de dos beneficiarios pudiese aplicarse alguna vez, es considerarlo prevalente a la existencia de un beneficiario, ya que de lo contrario sobraría el precepto que establecía este importe para dos ya que podría aplicarse siempre el previsto para un beneficiario. De acuerdo con ello, para calcular el importe inicial de la pensión para un tercer beneficiario y buscar el «importe referido» al que alude la regla antes transcrita del art. 145 LGSS, debíamos escoger para iniciar nuestros cálculos un importe entre los dos que figuraban en la Ley: el previsto para dos beneficiarios; ya que, aunque cuando hay tres beneficiarios se dan ambos supuestos (uno y dos beneficiarios) hemos considerado especial y prevalente el importe previsto para dos.

A este importe referido (pensión prevista para dos beneficiarios) debíamos aplicarle lo siguiente «se le sumará el setenta por ciento de esa misma cuantía»; el antecedente de «esa misma cuantía» no podía ser el importe previsto globalmente para los dos beneficiarios, y ello por dos motivos: el primero era el de razonabilidad, ya que si calculamos el importe del tercer beneficiario como el setenta por ciento de lo previsto para dos, nos daba como resultado una pensión muy superior a la prevista para uno sólo, y no es razonable interpretar que por las economías de escala el segundo beneficiario debía cobrar menos que un beneficiario sólo, e interpretar que el tercer beneficiario debía cobrar más que el primero y el segundo; y el segundo motivo era que el criterio interpretativo textual exige considerar siempre el contexto normativo, y no podíamos olvidar que el importe previsto para dos beneficiarios deberá dividirse siempre por dos (segunda regla del artículo 145.1 LGSS). Por consiguiente, al importe referido (pensión para dos beneficiarios) debíamos sumarle el setenta por ciento de lo que le corresponde a cada uno de ellos (la mitad de la pensión prevista para dos), y con ello obteníamos el importe para el tercer beneficiario de una pensión no contributiva. (Lógicamente, obtenido este importe inicial para el tercer beneficiario debía aplicarse a todos ellos la segunda regla del artículo 145.1 LGSS para que los tres beneficiarios percibiesen idéntica pensión). La interpretación que aquí proponemos suponía aplicar -por qué no decirlo: a nuestro pesar- el menor importe de los que resultaban en las seis posibles interpretaciones antes reseñadas ($1.269.400 \div 3 = 423.133,-$ Pts.), pero estimamos que era la más ajustada a Derecho debido a la falta de elementos de apoyo suficientemente documentados para sustentar que otro criterio interpretativo se adecuase mejor al espíritu y finalidad de la ley.

Interpretación que se propone para el 2000: b) cálculo de la tercera pensión.

1.C: REDUCCIONES AL IMPORTE INICIALMENTE CALCULADO

En cualquier caso, obtenido el importe inicial al que tiene derecho un beneficiario, debe procederse a la reducción del mismo en función de las rentas e ingresos de los que ya

Reducción de la pensión por ingresos personales.

disfrute, sean estos ingresos personales o de otros miembros de la unidad familiar, siendo esta reducción del importe lo que justifica el calificativo anteriormente expresado de que estas pensiones son diferenciales. La primera regla de reducción de pensiones, contenida en el artículo 145.2 de la LGSS, es que a la cuantía inicial de cada uno de los beneficiarios debe restársele el importe de los ingresos de los que disponga cada beneficiario; este cálculo diferencial se efectúa individualmente para cada beneficiario: obviamente si nos planteamos un sólo beneficiario el cálculo de este importe reducido es sencillo; si se trata de dos beneficiarios que conviven, cada uno de ellos verá reducida su pensión en el importe de sus otros ingresos o rentas disponibles, de esta forma a cada beneficiario se le abonará el importe necesario para alcanzar el nivel de rentas suficiente, lográndose así que el resultado final del importe de la pensión más los otros ingresos de los que disponga cada beneficiario sumen en todo caso igual cuantía, que no es sino el importe de los ingresos suficientes.

Obtenido este importe reducido individualmente deben repercutirse ahora en el importe de la pensión los ingresos de los que pueda disponer el beneficiario de forma indirecta por ser rentas de las personas que con él integran la unidad familiar de convivencia, debiéndose reducir el importe de la pensión hasta que la unidad familiar no supere el límite máximo de ingresos que la ley juzga como suficientes. Para efectuar esta reducción, se suman de todos los beneficiarios incluidos en la unidad familiar los importes iniciales de la pensión reducidos individualmente, más el importe de los ingresos disponibles por cada uno de los miembros que -con el beneficiario- integran la unidad familiar, y el total obtenido se coteja con el importe del límite máximo de ingresos (suficientes) de la unidad familiar calculado según el artículo 144.2 y 3 de la LGSS; si de este cotejo resultase que se sobrepasa el límite máximo de ingresos, el importe de las pensiones anteriormente calculado (el inicial reducido individualmente) debe nuevamente reducirse en la cantidad precisa para que la unidad familiar no sobrepase el conocido límite máximo de ingresos suficientes, debiéndose nuevamente imputar esta reducción familiar a partes iguales entre todos los beneficiarios de pensión no contributiva que formen parte de la unidad familiar (145.3 de la LGSS).

Reducción del importe de la pensión por las rentas familiares.

En los dos supuestos anteriores de reducción (la reducción individual y la reducción familiar) el artículo 145.5 de la LGSS especifica que se computarán como ingresos disponibles por el interesado los que resulten de aplicar las reglas contenidas en el artículo 144.5 de la misma ley; sin embargo, este último artículo no contiene todos los criterios aplicables al cómputo de los ingresos del interesado y de la unidad familiar cuando se trata de evaluar el límite máximo de rentas para obtener una pensión no contributiva, ya que -como hemos visto anteriormente- existen otras tres reglas que excepcionan ciertos ingresos: dos contenidas en el artículo 12.4 del reglamento (subsidio LISMI de movilidad, y premios de centros ocupacionales), y otra contenida en el artículo

Las rentas computables para reducir la pensión.

144.1 de la LGSS (rentas de trabajo en el año que finalicen su actividad); se plantea, por consiguiente, la duda de si las rentas correspondientes a estos tres conceptos deben en todo caso ser computadas para restarlas de las pensiones inicialmente calculadas en el proceso de reducción (individual o familiar) de la pensión por las rentas disponibles. La respuesta afirmativa a tal duda conduciría al absurdo de que a personas que cumplieren todos los requisitos para obtener una pensión no contributiva -incluido el de falta de recursos suficientes-, en la práctica se les denegase esta pensión porque en el proceso de cálculo de la pensión el importe resultante de dicho cálculo fuese cero o menor que cero; tal resultado no era en absoluto el buscado por el legislador cuando se regularon inicialmente estas pensiones en la Ley 26/1990, sino que es el resultado de haber consignado en el reglamento dos excepciones -lógicas y necesarias, como antes hemos analizado- que deberían haber sido introducidas en el texto de la ley, y de haber introducido en 1996 una nueva excepción en el texto de la ley -que había refundida dos años antes- sin apreciar la distorsión que analizamos. Por ello debemos realizar una interpretación del artículo 145.5 que evite tal resultado absurdo, y ello es posible partiendo de la base de que este precepto no tiene un carácter delimitador de las rentas a computar (como si dijera que *únicamente* serán computables tales rentas), sino que tiene un carácter explicativo o de recordatorio de que las rentas computables en el cálculo de la pensión son las mismas que se utilizan en el cálculo del requisito de ingresos suficientes; ya que ésta era la función que tenía en el redactado original en la Ley 26/1990, en la que se reguló primeramente la cuantía de las pensiones (en el entonces artículo 136 *bis* de la LGSS) y en el artículo siguiente los requisitos para obtener tales prestaciones, por lo que el legislador indicaba, respecto al cálculo de las pensiones, que las rentas a las que se refería para reducir el importe de la pensión serían las que se definían en un artículo posterior; y como argumento adicional debemos señalar que, al tratarse el artículo 144.5 de la LGSS de una norma reductora del derecho a la pensión, debe interpretarse lo más restrictivamente posible, no presumiendo la existencia tácita de un «únicamente», si el precepto tiene sentido sin tal presunción. En resumen: las rentas a utilizar para efectuar los cálculos de reducción del importe de la pensión son las definidas en el artículo 144.5 de la LGSS, sin perjuicio de aplicar las excepciones de cómputo previstas en otras normas.

Como apuntábamos ya al hablar del cálculo del límite máximo de ingresos, el hecho de que la ley no haya exceptuado de cómputo casi ningún tipo de rentas o ingresos puede producir la frustración de la finalidad buscada en prestaciones o subvenciones otorgadas por los poderes públicos o por otras instituciones, ya que éstas pueden quedar absorbidas y anuladas por el mecanismo de reducción de las pensiones no contributivas. Un ejemplo nos lo mostrará con nitidez: supongamos una persona, que, afectada por una severa minusvalía y con escasos recursos económicos, percibe una pensión no contributiva de invalidez, intenta estudiar una carrera u oficio con vistas a poder ejercer

El cálculo diferencial y otras prestaciones o ayudas.

una actividad -distinta a la que ejerció en el pasado- con la que mejorar su situación, y obtiene una beca para ayudarle a pagar los gastos de este aprendizaje (desplazamientos, libros, matrícula); sin embargo, como debe declarar como ingresos el importe de esta beca, su pensión se va a reducir en la misma cuantía, por lo que el resultado final va a ser que no va a disponer de ninguna ayuda para sus estudios. Podemos fácilmente pensar en ejemplos similares con ayudas a la rehabilitación de viviendas; becas de comedor escolar para sus hijos; ayudas para la compra de sillas de ruedas, audífonos, u otras órtesis; y un sinnúmero de ejemplos similares de prestaciones, subvenciones y ayudas destinadas justamente a personas en situaciones de necesidad. En consecuencia: o bien se incumple la ley o bien no tendrá ningún interés para los beneficiarios de una pensión no contributiva intentar trabajar u obtener alguna otra ayuda^[823]. Similares consideraciones pueden hacerse respecto a los que con él conviven ya que, salvo que las rentas de la unidad familiar sean claramente más bajas que el umbral de pobreza, si peseta que ganen estos familiares peseta que va a deducirse de su pensión no contributiva, es claro que se desincentiva que los mismos intenten obtener un trabajo^[824], ayuda o prestación. Se produce asimismo el efecto de que el beneficiario de una pensión no contributiva resulta peor tratado que quien por disponer de más recursos económicos no tiene acceso a dichas prestaciones: imaginemos dos personas que no conviven en ninguna unidad familiar, con la misma afectación de minusvalía, ambas obtienen del Estado o de su Comunidad Autónoma la misma ayuda o prestación (por ejemplo: por estudios, rehabilitación de vivienda, o las ayudas de asistencia social para foniatría, ayuda domiciliaria, adaptación de su vehículo, etc.^[825]); uno de ellos -pobre de

[823] En la Conferencia Internacional del Trabajo del 2001 el informe del punto VI del orden del día señalaba: «La asistencia social supeditada a la comprobación de recursos tiene otro inconveniente fundamental, y es que puede disuadir a la gente de ahorrar si se considera que cualquier ahorro que se realice se deducirá simplemente de las prestaciones que se recibirían de otro modo. Análogamente, puede disuadir de aportar a otras formas de protección social. Por consiguiente, puede contribuir a crear situaciones de necesidad debido a los incentivos malsanos que entraña la comprobación de recursos» y se añadía: «Si una persona que recibe asistencia social cumple los requisitos para obtener otras prestaciones sociales, éstas se deducirán de lo que le habría abonado de otro modo la asistencia social. Si estas otras prestaciones corresponden a un sistema contributivo, el resultado es que esa persona ha cotizado para nada» OIT, 2001, página 39.

[824] Algunas Comunidades Autónomas han rediseñado sus rentas de inserción para evitar parcialmente este efecto; por ejemplo, la Orden de 3 de febrero del 2000 del Gobierno Vasco (BOPV de 1-mar-2000) excluye del cómputo de ingresos parte de los ingresos por trabajo que pueda obtener el beneficiario. En Cataluña, desde que se implantó la renta de inserción mediante el Decreto 213/1991, de 1 de octubre (DOGC de 28-oct-1991) del cómputo de ingresos se excluyeron todas las ayudas finalistas por minusvalía, las pensiones de otros miembros de la familia y los ingresos obtenidos en acciones de inserción de duración inferior a los seis meses.

[825] Veáanse las ayudas a personas con minusvalía reguladas en la Orden del Ministerio de la Presidencia de 29 de marzo del 2000 (BOE de 6 de abril del 2000): además de las concedidas a instituciones y empresas, se lista un amplio elenco de ayudas periódicas para la rehabilitación, asistencia o promoción profesional. Como ejemplo de las ayudas que puede otorgar una Comunidad Autónoma véanse los grupos en que las mismas se clasifican en el Decreto 153/1991 de la Generalidad de Cataluña, de 16 de julio (DOGC de 29-julio-1991) a) Tratamientos: de estimulación precoz, rehabilitación, psicomotricidad, rehabilitación del lenguaje, fisioterapia, o de psicoterapia; b) Asistencia personal; c) Asistencia en tareas

solemnidad- percibe una pensión no contributiva por el importe íntegro (586.740 para el año 2001), el otro percibe ingresos de cuantía igual al salario mínimo (1.009.680 para el año 2001^[826]), es decir: casi el doble que una pensión no contributiva; al más pobre -en cumplimiento de la LGSS- se le reducirá su pensión no contributiva en la misma cuantía de la ayuda o prestación percibida para que no supere el límite máximo de ingresos que es idéntico al importe de su pensión, en cambio quien -aunque escasos- tiene mejores ingresos personales podrá sumar el importe de la ayuda recibida a los ingresos de los que ya disponía. Sirvan estos ejemplos para mostrar la importancia del mecanismo de reducción de las pensiones, su efecto disuasor a los intentos de mejora de su situación por parte de los beneficiarios, y cómo estas prestaciones se convierten en la práctica en subsidiarias de cualesquiera otras.

Existe otro efecto indirecto del mecanismo de cálculo diferencial de estas prestaciones: la perpetuación de ciertas diferencias sociales debidas al género de las personas. Podemos constatar fácilmente que en el mercado de trabajo se hallan más hombres que mujeres, por ello será más probable que si es una mujer la que solicita una pensión no

Se perpetúa la dependencia de la mujer.

	Mujeres	Hombres
Tasa de actividad	39,90	63,70
Ganancia media mensual	204.245	270.843
Pensión media anual	883.826	1.263.793
Pensionistas asistenciales /total	46.35 %	44,66 %

Fuente: MUJER, 2000

contributiva, ésta se vea reducida debido a los ingresos laborales de su cónyuge, aunque esta mayor ausencia del mercado de trabajo también producirá que más probablemente sea una mujer la solicitante de una pensión no contributiva ya que más frecuentemente no podrá conseguir una pensión contributiva debido a la insuficiencia de

cotizaciones^[827]. Asimismo, como de promedio el salario de las personas de género femenino es inferior a las del género masculino, también el descuento en las pensiones debido a ingresos familiares será mayor en el caso de las pensionistas no contributivas. Esta situación descrita, no significa que sea discriminatoria la regulación de estas pensiones, ya que no produce sino el exacto y formal reflejo de la realidad social, y lo que será discriminatorio es el comportamiento selectivo o retributivo de quienes

domésticas; d) Asistencia en establecimientos: de día, o residencias; e) Movilidad: obtención o reconversión del permiso de conducir, adquisición del vehículo, o adaptación del vehículo; f) Transporte: a sesiones de estimulación precoz, o de rehabilitación, o de enseñanza reglada no obligatoria; g) Accesibilidad: adaptación de la vivienda, o adquisición de ayudas técnicas como sillas eléctricas; h) ayudas a la integración laboral.

[826] Real Decreto 3476/2000, de 29 de diciembre (BOE de 30-diciembre-2000).

[827] Como recuerda PÉREZT, 1998, páginas 40 y 44, en un estudio en el que, aunque centrado en las prestaciones contributivas, refiere que de acuerdo con los datos del Consejo Económico y Social, la pobreza se feminiza progresivamente, y la situación de la mujer en el mercado de trabajo sigue siendo discriminatoria.

ostentan el poder directivo de estas conductas en el mercado de trabajo^[828]; sin embargo, sí que significa que -desde una perspectiva de género- en el sistema de protección social se asume tal realidad sin compensarla, y -a consecuencia de ello- quienes fueron más dependientes durante su etapa laboral, cuando por su edad o por su incapacidad deben vivir de una pensión, también serán más dependientes de quienes obtienen de promedio más ingresos; se duplica así una desigualdad social: la mujer -que, de promedio, trabaja menos tiempo y con menor salario en el mercado laboral regular^[829]- obtiene una pensión de menor importe; y, además, con mayor frecuencia y en mayor cuantía su pensión se va a reducir en función de otra persona de la que se asume puede seguir dependiendo. El efecto redistributivo que normalmente tienen las pensiones de un sistema de seguridad Social no opera entre géneros en las pensiones no contributivas, sino que mediante el mecanismo de cálculo diferencial familiar se perpetúa -cuando no acrecienta- la dependencia social estructural que existe entre géneros. Esta renuncia de la Seguridad Social a transformar las dependencias entre personas de distinto género fue atacada en el Cuarto Programa de Acción Comunitario (1996-2000)^[830] que proponía -en su objetivo 3.2 titulado «Fomento de la individualización de los derechos»- que la Seguridad Social individualice los derechos de protección social abandonando la consideración de las personas como integrantes de hogares o estructuras familiares para considerarlas simplemente como tales personas^[831]. Como decía un diputado^[832] en vísperas de la redacción de la Ley 26/1990, existe una demanda social de emancipación hacia toda forma de dominación, incluida la derivada del modelo familiar tradicional que sujeta a hijos y mujeres a la tutela, más o menos paternalista, de padres y maridos; la demanda de autonomía de quienes han sido

[828] Una reseña de la jurisprudencia comunitaria en esta materia en: PUMAR, 2001. La plasticidad de los objetivos de política social que pueden alegarse como perseguidos por la actual configuración normativa de estas pensiones, y el sempiterno equilibrio financiero del sistema, hacen muy difícil el reproche jurídico como discriminación indirecta.

[829] «Por lo general, la mujer tiende a permanecer atrapada en la economía informal durante buena parte de su vida activa, mientras que esto no es tan probable en el caso de los hombres, al menos en los países industrializados. En cuanto a la seguridad de los ingresos a largo plazo (por ejemplo en la vejez), esta diferencia tiene repercusiones especialmente importantes, dado que las mujeres suelen vivir más años que los hombres» OIT, 2001, página 30. Más adelante, (en la página 46 del mismo informe) se señala el efecto que tiene el mecanismo de comprobación de recursos familiares en la desigualdad de género.

[830] Aprobado por Decisión del Consejo, de 22 de diciembre de 1995 (DOCE L-335, de 31-dic-1995).

[831] Un comentario en LOUSADA, 2001, página 532; en la página 536 plantea un caso en el que las normas de cómputo familiar de ingresos de las pensiones no contributivas pueden favorecer el soportar la violencia doméstica. El Parlamento Europeo aprobó una Resolución (Acta A4-0272/1998) el 17 de septiembre de 1998, en la que en su punto decimosegundo reitera su petición en favor de la individualización de los derechos a la protección social, incluida la protección por desempleo, y en contra de la utilización de los ingresos familiares para determinar los derechos a determinadas prestaciones.

[832] CERCAS, 1991, página, 190.

contemplados básicamente como sujetos de derechos derivados, exige una creciente configuración personal de las prestaciones, camino en el que se ha avanzado mucho en materia de asistencia sanitaria, y que debería proseguir en otras prestaciones.

1.C: CORRECCIONES AL IMPORTE DE LA PENSIÓN, TRAS EL CÁLCULO DE LAS REDUCCIONES DEL IMPORTE INICIAL

La severidad de las reducciones del importe de una pensión debido a los ingresos de los familiares que conviven con el pensionista vienen aminoradas por la corrección prevista en el artículo 145.4 de la LGSS, que prevé que dichas reducciones dejarán inmune -como mínimo- un veinticinco por ciento del importe inicialmente calculado, es decir, del importe obtenido una vez consideradas las posibles economías de escala entre dos o más beneficiarios que vivan juntos, según las dos reglas previstas en el artículo 145.1 de la misma ley. Esta corrección representa el espacio de autonomía financiera que la ley respeta a los beneficiarios de estas pensiones, ya que es un límite al proceso de reducción de la pensión que puede sufrir el beneficiario por los ingresos de sus familiares, aunque su importe diario de poco más de 300 pesetas diarias^[833] no alcanzará para muchos dispendios. Debemos ser conscientes de los estrechos márgenes entre los que esta corrección es efectiva, ya que una lectura apresurada del reglamento cuando dice que «la cuantía mínima de la pensión a reconocer será, en cualquier caso, igual al 25 por 100 de la cuantía de la pensión...» podría hacernos pensar que «en cualquier caso» supone que todo solicitante de una pensión no contributiva percibirá dicho importe mínimo aunque sus recursos económicos fuesen abundantes; este mecanismo de garantía no es una derogación del requisito de carecer de ingresos suficientes, sino que es únicamente un límite al proceso de reducción del importe de la pensión por causa de los ingresos personales del beneficiario o los de la unidad económica de convivencia, ya que así queda de manifiesto en la remisión que se efectúa a dicho proceso de cálculo en el artículo 145.5 de la LGSS, importe que sólo se calcula a quien cumple todos los requisitos especificados en los artículos 144.1 y 167.1 de la ley. En consecuencia, su eficacia y aplicabilidad queda limitada a un subgrupo muy limitado de beneficiarios integrado por las unidades familiares de convivencia cuyas rentas se hallen en una franja delimitada por estos dos valores: *a)* el límite máximo de ingresos correspondiente a su composición, y *b)* el resultado de restar a dicho límite familiar máximo de ingresos el 25 por ciento de la pensión inicial. Quienes dispongan de rentas familiares por encima del límite máximo de ingresos, es decir: se hallen por encima de esta franja, no cumplirían con el requisito inicial de carecer de rentas y no podrían causar el derecho a una pensión; y quienes perciban ingresos escasos y se hallen por debajo de

Garantía de importe mínimo como corrección a las reducciones por rentas.

^[833] O muy inferior si convive con otros beneficiarios: en caso de convivir cuatro beneficiarios, este importe mínimo sería de unas 260 pesetas diarias,

esta franja, no ha lugar a que les sea aplicable el mecanismo de garantía de un importe mínimo de su pensión no contributiva.

Un segundo e importante mecanismo de corrección del importe de la pensión es el complemento previsto en el artículo 145.6 de la LGSS con el que se incrementa la misma en caso de que la persona beneficiaria de una pensión no contributiva de invalidez tuviese reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 75 por 100 y precisara la ayuda de una tercera persona para los actos más esenciales de la vida^[834]. Se trata de un importe complementario porque es accesorio a la pensión no contributiva de invalidez y no puede disfrutarse sin ella; y no es un simple incremento del importe de la misma, ya que no sigue las reglas de cálculo de las pensiones no contributivas en la medida en que este complemento no se ve afectado por las normas relativas a las economías de escala, ni a las reducciones por ingresos personales o familiares, ya que el inciso final del artículo 145.5 de la LGSS (y consecuentemente el artículo 2 del reglamento) indica que el importe de dicho complemento será el 50 por 100 del importe de la pensión fijada en la ley, esto es: antes de todos los cálculos personalizados de su importe que hemos examinado, por lo que su importe en el 2001 será de 293.370 pesetas. Este complemento es la única variación en el importe a percibir por los pensionistas de invalidez no contributiva que se halla en relación con su grado de minusvalía, ya que el importe básico de la pensión no se ha modulado en proporción al grado de minusvalía; pero de la misma forma que se han establecido dos situaciones distintas, podrían establecerse más distinciones entre los distintos grados de minusvalía tutelados^[835].

Complemento si precisa ayuda de 3a. persona.

Nada se indica en la norma respecto al destino que deba darse a tal complemento; en consecuencia, no necesariamente deberá destinarse a sufragar el gasto de una tercera persona que ayude al minusválido, y por consiguiente ni procederá a suprimirse tal complemento en el caso de que fuesen los poderes públicos quienes aportaran la ayuda extraordinaria que precisa la persona afectada, ni procede juzgar la suficiencia de tal importe en función del coste real que represente dicha tercera persona; obsérvese que si se da el caso de que un discapacitado precisa inexcusablemente la ayuda de una

La finalidad del complemento si precisa ayuda de 3a. persona.

[834] Artículo 145.6 de la LGSS, y artículo 2 del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo (BOE de 21-marzo-1991). En el Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes, el incremento previsto era únicamente del cuarenta por ciento de la pensión reconocida, y no el cincuenta. BOCG-Congreso, serie A, número 1-I, de 22-dic-1989.

[835] La pensión no contributiva de invalidez finlandesa se paga según una escala de tres categorías, que perciben (en 1999) un importe de 420; 980; o 1.820 FIM mensuales (respectivamente: 70,64 €; 164,82 €; y 306,10 €), sin perjuicio de poder percibir otros importes complementarios cuando en su domicilio precisan el cuidado de una tercera persona: KELA-RATES, 1999. En Bélgica, el importe de la *Allocation d'integration*, prestación de carácter no contributivo a quienes por invalidez han perdido capacidad de trabajo, se paga a los minusválidos en un importe variable según la categoría en la que se clasifican en función de su autonomía conservada; los importes anuales oscilan (2001) entre los 35.824 BEF y los 284.172 BEF (888,05€ a 7044,44€); con importes distintos, la *Allocation pour personne âgée* también varía según su grado de autonomía. PINET, 1990, pág. 40. DENIS, 1994, pág. 286, CSC, 2001, pág. 354.

tercera persona para los actos más esenciales de la vida, pero no se le ha reconocido el grado del setenta y cinco por ciento, no va a percibir este complemento^[836]: para causar el derecho a esta prestación accesoria la ley contempla dos requisitos específicos, y no puede considerarse más relevante la ayuda externa precisada, que la compensación general del handicap que supone el elevadísimo grado de minusvalía del 75 por 100 exigido, por lo que no cabe designar una de tales finalidades como principal, ni vincularla al coste efectivo de la misma. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, debido a su carácter de prestación accesoria, la protección de esta específica necesidad de ayuda por parte de una tercera persona va a depender de la continuidad de la pensión no contributiva, de forma que, si debido a ingresos propios o familiares del beneficiario se extingue la pensión, aún cuando siga precisando la ayuda de una tercera persona no va a recibir esta prestación complementaria^[837].

El artículo 14.5 del reglamento de estas pensiones establece una última regla de cálculo que modifica ligeramente el importe que efectivamente percibirán los beneficiarios, al determinar que el importe a pagar mensualmente se redondeará al múltiplo de diez más cercano por exceso. El múltiplo de diez cabe suponer que se refiere al múltiplo de diez pesetas, ya que aunque desde el día 1 de enero de 1999 la unidad monetaria en España es el euro^[838], en virtud del artículo 6.2 del Reglamento CE 974/98^[839] siguen teniendo validez las menciones a las monedas nacionales que se efectúen en cualquier instrumento jurídico (aunque entendidas a título transitorio como fracciones de la unidad monetaria euro); y una interpretación sistemática del artículo 14.5 del reglamento de las pensiones no contributivas nos muestra que la cuantía a redondear es la cuantía de la pensión calculada según los diversos párrafos de dicho artículo, el primero de los cuales remite a la cuantía establecida en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, y la cuantía de la pensión cuando se dictó el RPNC se establecía únicamente en pesetas sin hacer ninguna referencia a su equivalente en euros, por lo que no puede haber ninguna duda de que el redondeo se refería a la unidad monetaria peseta. Esta regla de redondeo como otras reglas parecidas que existen en otras prestaciones como la asignación

Corrección por redondeo y el euro.

[836] BLANCO, 2001, página 285, se muestra disconforme con la exigencia de el mayor grado de minusvalía para percibir este complemento, y propugna de *lege ferenda* que se pague asimismo a quien con grado inferior precise la ayuda de una tercera persona.

[837] Véase en el informe de 1998 del Defensor del Pueblo un caso que motiva una intervención del mismo ante el IMSERSO, el cual responde que está en estudio una prestación específica para tutelar situaciones de dependencia. DEFENSOR, 2001, epígrafe 8.3.7 «pensiones no contributivas».

[838] Art. 1 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre (BOE de 18-dic-1998)

[839] Reglamento CE 974/98, de 3 de mayo de 1998, sobre la introducción del euro (DOCE L-139 de 11-mayo-1998).

económica por hijos a cargo^[840], o en el cálculo de las cotizaciones a efectuar a la Seguridad Social^[841], en la medida que tendía a facilitar los cálculos mensuales de los pagos a realizar a los pensionistas, debe ser cambiada en fecha cercana (antes del inicio del año 2002) tras ultimar la transición de la introducción del euro, ya que mantener el redondeo a 10€ supondría una oscilación bastante más importante del importe mensual^[842]. El derecho comunitario ha regulado las reglas de redondeo para cuando se trata de obtener el equivalente en euros de un importe expresado en las antiguas monedas nacionales^[843], en cuyo caso el redondeo debe efectuarse al cent más próximo^[844]; sin embargo, el importe actual de las pensiones no contributivas ya se halla establecido en euros, ya que en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el 2001 se indicó que el importe inicial de tales pensiones sería el de 3.526,46 €; en consecuencia, no se trata de averiguar el importe equivalente sino de averiguar si continúa siendo aplicable la anterior regla de redondeo del importe mensual. La Orden de 23 de mayo del 2001^[845] ordena, en primer lugar (art. 1.3), que a partir del día 1 de octubre del 2001 las pensiones a cargo de la Seguridad Social se paguen expresadas en euros^[846] anticipando así los movimientos contables a la unidad euro y asumiendo la TGSS las diferencias contables que pudieran originarse; en segundo lugar, respecto a las cuotas y otros conceptos de recaudación conjunta, bajo el título de «supresión del ajuste a múltiplos» deroga en el primer párrafo el tradicional ajuste en la base de cotización al múltiplo más cercano a 100 o a 3000, y -respecto a los pagos- en el segundo párrafo del mismo artículo se ordena el redondeo «al céntimo de euro más próximo» (o si equidistase, al cent superior); el problema es que esta norma es una Orden ministerial

[840] Artículo 14.2.b) del real Decreto 356/1991, de 15 de marzo (BOE de 21-marzo-1991).

[841] Artículo 1.2, cuarta de la Orden de 15 de enero de 1999 (BOE de 16-enero-1999).

[842] Si un euro equivale a 166,386 pesetas, la oscilación en más o en menos supondría anualmente casi el equivalente a diez mil pesetas, es decir: más que el importe de una mensualidad de la pensión mínima garantizada tras la corrección por ingresos familiares o personales.

[843] En virtud del artículo 14 del Reglamento CE 974/98, de 3 de mayo de 1998, sobre la introducción del euro (DOCE L-139 de 11-mayo-1998), las referencias a las unidades monetarias nacionales en los instrumentos jurídicos que existan el día 31 de diciembre del 2001 se entenderán hechas a la unidad euro con arreglo a los tipos de conversión respectivos, debiéndose aplicar las reglas de redondeo del Reglamento CE 1103/97 (DOCE L-162 de 19-junio-1997), que en su artículo 5 establece la regla indicada.

[844] La denominación oficial de la fracción del euro es: «cent», en plural: «cents»; así se indica con claridad en el artículo 2 del Reglamento CE 974/98 de 3 de mayo de 1998 (DOCE L-139 de 11-may-1998). Véanse las denominaciones usadas en los textos legislativos comunitarios en todos los idiomas, y variaciones posibles cuando se acompañe del artículo definido, en EUROCENT, 2001. Ello no obstante parece que -al menos en un primer tiempo- va a coexistir la denominación oficial con las denominaciones tradicionales de moneda fraccionaria, en el caso español: «céntimo».

[845] Sobre aplicación del euro en los cobros y pagos de la Seguridad Social (BOE de 25-may-2001).

[846] Similar disposición se ha tomado para las pensiones de clases pasivas mediante la Orden de 16 de julio del 2001 (BOE de 19-jul-2001).

que carece de rango suficiente para alterar lo dispuesto en el Real Decreto del RPNC, y que el resultado de lo que deba pagarse como pensión es distinto según se redondee al múltiplo de 10 pesetas, al de 10 cents, o a 1 cent.

Artículo 40. *Determinación inicial de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social.*
 Para el año 2001, la cuantía de las pensiones de jubilación e invalidez de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, se fijará en:
 Un beneficiario: 586.740 pesetas (3.526,46 euros) íntegras anuales.

Además del señalado problema de rango existe otra complicación: el contravalor en euros consignado en la Ley de Presupuestos Generales del Estado no coincide -aplicando el tipo de cambio oficial- con el importe en pesetas señalado para las pensiones no

Discrepancia entre el valor en pesetas y el valor en euros que indica la Ley de PGE.

Art. 40 de la Ley 13/2000, de 28 de diciembre (BOE de 29-dic-00)

contributivas. El tema carecería de importancia si el contravalor indicado tuviese únicamente valor ilustrativo de las nuevas magnitudes con las que habrá que operar necesariamente a partir del 2002, como seguramente era el único propósito del legislador al redactarse la citada ley; pero al anticiparse un trimestre el pago de pensiones en euros, debe ser aclarada la confusión existente si se compara el importe en pesetas y en euros indicado en la Ley de Presupuestos, con el valor en euros obtenido al aplicar el tipo de cambio oficial de 166,386 pesetas por euro más el redondeo oficial^[847]:

	En pesetas, según el BOE de 29-dic-2000	contravalor real en €, redondeado al cent	valor en €, según el BOE de 29-dic-2000
Pensión anual	586.740	3.526,38	3.526,46
Pensión mensual	41.910	251,88	251,89
mensualidad × 14	586.740	3.526,32	3.526,46

En el primer caso operamos con el importe anual de la pensión, que es el importe por el que se reconoce el derecho; de éste obtenemos la catorceava parte para determinar la pensión mensual, y al obtener el total importe que recibiría el pensionista en las catorce pagas de un año, podemos ver que existe una diferencia de 0,14€ entre el importe correctamente calculado y el que figura en la Ley de Presupuestos, que es una cuantía irrisoria para el pensionista y que podría suponer para el sistema un sobrecoste máximo de algo más de once millones de pesetas^[848]. Para explicar tal diferencia debemos tener en cuenta el otro sistema de redondeo antes expresado: el que existe en

[847] El Reglamento CE 1103/97, de 17 de junio (DOCE L-162, de 19-jun-1997) indica las reglas a seguir para redondear las conversiones monetarias. Véase asimismo el artículo 11 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre (BOE de 18-dic-1998). El tipo irrevocable de conversión entre el euro y las divisas de los Estados que han adoptado el euro -entre ellas la peseta- fue establecida en el Reglamento CE 2866/98, de 31 de diciembre (DOCE L-359, de 31-dic-1998), completado por lo que se refiere a la dracma griega por el Reglamento CE 1478/2000, de 19 de junio (DOCE L-167, de 7-jul-2000).

[848] Calculado así: 0,14 €, multiplicado por 481.422 pensionistas existentes el día 1 de mayo del 2001, (suponiendo que todos percibieran la pensión sin deducción alguna por ingresos propios o familiares), da como resultado 67.399,08€, equivalente a 11.214.263 pesetas.

el RPNC al múltiplo de diez (pesetas) más cercano; como ya hemos indicado, la orden

Las cuantías básicas son las siguientes:				
Cuantía	ANUAL		MENSUAL	
Íntegra	586.740 ptas.	3.526,38 Euros	41.910 ptas.	251,88 Euros

Fuente: IMSERSO-PNC, 2001

de 23 de mayo carece de rango para derogar tal mecanismo de redondeo, y como redondear al cent más próximo se halla más lejos del valor de diez pesetas que el redondear a los 10 cents, puede interpretarse que siguiendo el espíritu (más que la letra, que dice explícitamente que se redondea el importe «mensual») del RPNC, es procedente realizar un redondeo a la décima parte de un euro en el importe anual de la pensión no contributiva, de forma que el cálculo resultaría como sigue:

	En pesetas, según el BOE de 29-dic-2000	contravalor real en €, redondeado a 10 cents (anual) y redondeado al cent (mensualidad)	valor en €, según el BOE de 29-dic-2000
Pensión anual	586.740	3.526,40	3.526,46
Pensión mensual	41.910	251,89	251,89
mensualidad × 14	586.740	3.526,46	3.526,46

Lo forzado de tal interpretación -o más que interpretación: explicación- salta a la vista, aunque es la única que nos permite compaginar los dos importes señalados en la Ley de Presupuestos para el 2001 sin disminuir el importe en euros de las mensualidades que, por haber sido revalorizadas en la citada ley presupuestaria hasta el citado importe, constituyen ya un derecho exigible por los beneficiarios de las pensiones no contributivas, los cuales -en puridad- podrían reclamar que todos los pagos realizados durante el 2001 sumasen exactamente los citados importe en euros. No se nos escapa que el procedimiento seguido resulta útil para evitar las pequeñas diferencias contables de unos céntimos que se producirían entre el importe anual de la pensión establecido por la ley y la suma de los importes mensuales efectivamente pagados a lo largo de un año, procedimiento que es tan útil como ilegal por contravenir las reglas del reglamento Comunitario y de la ley 46/1998 de Introducción del Euro^[849]. Posiblemente por ello, la Seguridad Social en su página web inserta los importes que reproducimos en la ilustración adjunta, es decir: la equivalencia correcta en euros y no la que señala el BOE; aunque no se entiende que ello se haga sin rectificar previamente el Boletín Oficial. Por ello, no podemos dejar de solicitar la coordinación de tales cálculos, aunque sea tan sólo

[849] Desde hace años se conoce que la transición al euro va a producir pequeñas diferencias debidas a la regla del redondeo. El Comisario europeo Pedro Solbes envió en el mes de junio del 2001 una carta a las empresas y profesionales europeos en la que ilustraba estas diferencias con un ejemplo: la de la empresa que vende muchos objetos de pequeño valor unitario. Véase un estudio amplio de estos problemas en el documento EURO, 1997.

para evitar el desconcierto que produce contemplar en el BOE la equívoca equivalencia monetaria que hemos reproducido como imagen adjunta; y que se proceda a derogar la regla contenida en el art. 14.5 RPNC relativa al múltiplo de 10, aproximando -por consiguiente- todos los cálculos al cent.

Hasta este momento sólo se planteaba en la regla del redondeo la pequeña duda de cómo debe realizarse en los meses en los que se percibe una paga extraordinaria, ya que existen dos posibilidades: redondear por separado la mensualidad y la paga extraordinaria y abonar conjuntamente la suma de ambos importes redondeados separadamente, o sumar primeramente dichos importes y redondear la suma final a pagar^[850]; al referirse el texto reglamentario a «la cuantía mensual a abonar», y no a cada una de las pagas, parece que lo que procede es la segunda opción: sumar primeramente el importe de la paga extraordinaria y la mensualidad, y después redondear su importe; la diferencia entre ambos supuestos no es enorme: para quienes la cifra final (las unidades) del importe exacto de la pensión reconocida fuese 1,2, 3 o 4 esta segunda opción -que no es la más beneficiosa, pero sí parece la más acorde con la norma- supone una pérdida de 20 pesetas al año, cantidad de no mucho valor para cada beneficiario, pero que multiplicada por todos los pensionistas afectados y por los años que estas pensiones vienen satisfaciéndose, suponen algunos millones de pesetas^[851].

En resumen, el cálculo del importe de una pensión no contributiva debe realizarse mediante los siguientes pasos: partir del importe inicial establecido por la ley para el año en curso; modificar dicho importe inicial en caso de convivencia de beneficiarios; reducir el importe según los ingresos de cada beneficiario; reducir el importe según los ingresos de la unidad familiar; corregir el importe según la garantía de mínimo; corregir el importe en caso de gran minusvalía; y, última corrección, redondear el importe a pagar. Un ejemplo sencillo del proceso de cálculo podría ser: un matrimonio, que cumple con los requisitos de edad y residencia solicitan ambos una pensión de jubilación no contributiva, han percibido conjuntamente este año 4 pesetas de intereses de su libreta de ahorros, y uno de ellos 15.000 pesetas en un concurso de pesca organizado por el diario local. Conviven con su hijo, cuyos ingresos totales son de 3.310.000 pesetas anuales.

[850] Y similar pregunta puede hacerse en relación a los pagos por atrasos, generalmente en el primer pago después de la concesión de la pensión.

[851] Si suponemos que las pensiones se reparten de forma uniforme entre los diversos meses de año, y que la cifra final de las unidades es aleatoria, el importe correspondiente al período 1992-1999 sería de 40,6 millones de pesetas, obtenido multiplicando el promedio de pensionistas de cada año proporcionado por el Boletín de Estadísticas Laborales del MTAS, por dos pagas, por el 40 por 100 de afectados y por las 20 pesetas en que consiste la diferencia.

Cálculo inicial corregido por la economía de escala:	$\frac{\text{Pensión según Ley} + [(\text{pensión según Ley} \times 70\%) \times (\text{Pensionistas}-1)]}{\text{Número de pensionistas}}$
145.1 LGSS	$\frac{586.740 + [(586.740 \times 70\%) \times (2 - 1)]}{2} = 498.729$
Reducción por ingresos personales	Pensión inicial - ingresos de cada pensionista (A y B)
145.2 LGSS	A: 498.729 - 2 = 498.727,- B: 498.729 - 2 - 15.000 = 483.727,-
Rentas iniciales familiares	Pensiones + todos los ingresos computables de la unidad familiar
144.5 LGSS	498.727 + 483.727 + 3.310.000 = 4.292.454,-
Límite máximo de ingresos de tres personas (una es descendiente en 1r grado)	$\{\text{Pensión según Ley} + [(\text{pensión según ley} \times 70\%) \times (\text{Convivientes}-1)]\} \times 2,5$
144.2 y 3 LGSS	$\{586.740 [(586.740 \times 70\%) \times (3 - 1)]\} \times 2,5 = 3.520.440$
Cálculo del exceso conjunto de rentas	Rentas iniciales familiares - límite máximo de ingresos familiares = exceso
145.3 LGSS	4.292.454 - 3.520.440 = 772.014,-
Exceso a reducir a cada beneficiario	exceso conjunto de rentas ÷ número de beneficiarios = reducción personal
145.3 LGSS	772.014 ÷ 2 = 386.007,-
Reducción por rentas familiares	pensión reducida de cada beneficiario - exceso a reducir = pensión diferencial
145.3 LGSS	A: 498.727 - 386.007 = 112.720,- B: 498.727 - 386.007 = 97.720,-
Corrección por garantía de mínimo	Pensión según Ley × 25% = pensión garantizada
145.4 LGSS	586.740 × 25 / 100 = 146.685,- Ptas. anuales
Corrección por redondeo	La cuantía mensual, al múltiplo de 10 más cercano
42 LGSS + 14.5 RPNC	146.685 ÷ 14 = 10.477,5 → 10.480,- Ptas. mensuales
	Los meses con paga extra:
	10.477,5 × 2 = 20.955,- → 20.960,-

2.- LA GESTIÓN DE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS

2.A: EL MARCO CONSTITUCIONAL DE DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL

La Constitución Española parte de un sistema de doble lista de competencias expresadas en los artículos 148 y 149.1. El artículo 149.1 contiene una lista de materias reservadas al Estado, y el artículo 148 relaciona una serie de competencias que pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas; como el universo no se limita a las materias relacionadas en ambas listas, existe un ámbito intermedio de competencias que podrán ser ejercidas, según el artículo 149.3 CE, por las Comunidades Autónomas si en sus respectivos Estatutos las hubiesen asumido^[852], y en caso contrario, corresponderán al Estado. Dado que la lista de competencias que las Comunidades Autónomas pueden ejercer es ampliable, como lo muestran los artículos 148.2 y 149.3 CE, y sin perjuicio de que en cada caso concreto deba analizarse si una concreta Comunidad Autónoma ha realizado los trámites para asumir una determinada competencia, podemos considerar que la lista básica que limita con carácter general las competencias es la del artículo 149.1 CE^[853], ya que el resto de competencias pueden ser asumidas por una Comunidad Autónoma. Completando este diseño básico, el artículo 150 CE prevé tres supuestos extraordinarios en los que el Estado puede alterar -en más o en menos- las facultades de las Comunidades Autónomas, y el último inciso del artículo 149.3 CE establece el carácter supletorio del derecho estatal que evita todo vacío jurídico por inactividad de las Comunidades Autónomas^[854].

El sistema de doble lista de competencias.

[852] La asunción de las competencias por parte de las Comunidades Autónomas se diseñó para que siguieran inicialmente un ritmo distinto en cuanto a la ampliación de sus competencias, en base a tres posibilidades: la primera basada en la Disposición Transitoria 2a. más el artículo 151.2 CE (las tres comunidades «históricas»); la segunda posibilidad se basaba en el artículo 151.1 (fue el caso de Andalucía); y la tercera posibilidad, en base al artículo 148.2 CE, imponía al resto de Comunidades Autónomas un plazo de cinco años antes de que pudiesen modificar sus Estatutos para asumir las competencias de la zona intermedia entre los artículos 148 y 149.1 CE. Este plazo de cinco años ha transcurrido sobradamente, pero este diseño inicial de distintas velocidades y la resistencia a aceptar cambios en los Estatutos ha condicionado siempre el reparto competencial.

[853] Otros preceptos constitucionales inciden en la distribución de competencias; por ejemplo, el artículo 3.2 CE confiere competencias en materia de cooficialidad lingüística a las Comunidades Autónomas (STC 82/1986, de 26 de junio). Durante bastantes años se consideró que el artículo 81.2 CE confería al Estado la competencia en aquellas materias que deban ser aprobadas por Ley Orgánica; la STC 137/1986, de 6 de noviembre dijo que era justamente lo contrario: la ley orgánica -que no es atributiva de competencias- debe respetar el deslinde competencial del Estado.

[854] Entre las diversas reglas que contiene el artículo 149.3 CE, la mención de que las normas estatales «prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas» es en parte una reiteración de la regla que establece que corresponden al Estado las competencias que -aún pudiendo serlo- no hayan sido asumidas por las Comunidades Autónomas, ya que esta norma de prevalencia de la normativa estatal no es general sino que afecta únicamente «en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas». Es posible hallar otra interpretación distinta a la reiteración señalada, a partir de las situaciones de conflicto a las que se alude: (MELÁN, 1988, página 84) considera que su utilidad es asegurar la prevalencia del derecho estatal mientras el Tribunal Constitucional no resuelva sobre un conflicto de competencias; en cierta forma es una regla de aplicación transitoria mientras se

Para analizar las competencias debemos tener en cuenta que en éstas existen dos elementos: una materia, es decir, el sustrato sobre el que se proyectan (por ejemplo: defensa o sanidad), y una serie de potestades o facultades que la Constitución habilita para ejercer (por ejemplo: legislar). Nuestro sistema competencial de distribución de competencias se fundamenta, no en el criterio de separación material y la consiguiente atribución alternativa de competencias exclusivas a una u otra instancia, sino sobre un principio general de concurrencia de todas ellas, de interrelación de sus respectivos poderes, que se proyectan, con distintos grados de intensidad y con diversa naturaleza sobre los mismos sectores y materias.^[855] La Constitución efectúa la distribución de competencias de forma heterogénea, ya que, en cuanto a las materias, unas veces se reservan al Estado de forma íntegra (por ejemplo: defensa, en el artículo 14.1.4 CE) y otras veces la reserva es sólo parcial (por ejemplo: en el artículo 149.1.28 CE, la defensa del patrimonio artístico, sólo contra la exportación y expoliación); en cuanto a las facultades, unas veces la reserva al Estado es total, otras veces es sólo normativa (por ejemplo, en el artículo 149.1.7: legislación laboral), y otras veces al Estado le compete sólo una parte de esta potestad legislativa: las normas básicas. En consecuencia, la equívoca^[856] «exclusividad» que se predica para el Estado en el encabezamiento del artículo 149.1 CE debe ser completado con la determinación de qué es lo «exclusivo», tanto por lo que se refiere a la materia, como a las potestades que sobre ella pueden ejercerse; ya que desde un punto de vista global puede afirmarse^[857] que en la mayoría de casos las materias tienen un carácter compartido, pero sólo se comparte la materia no toda la competencia^[858], ya que allí donde finalizan las facultades del Estado, empiezan -si se han asumido- las autonómicas; no hay pues concurrencia^[859] en el

La exclusividad en la materia o en las facultades.

resuelve si se da el supuesto de hecho de la frase inmediatamente anterior: «materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía».

[855] TORMO, 1988, página 43.

[856] El uso abundante de este término no ha sido nunca claro, las STC 5/1982, de 8 de febrero, aludía a «el sentido marcadamente equívoco con que el adjetivo exclusivo se utiliza tanto en el texto de la Constitución como en el de los Estatutos».

[857] Como en: LÓPEZ, 1993, página 194.

[858] Por ello Pedro Cruz Villalón (en: TORMOS, 1988, página 258) ha propuesto que no se hable de competencias compartidas cuando se atribuye a una instancia la legislación y a otra la ejecución de una materia.

[859] Salvo en materia cultural (artículo 149.2 CE) que la STC 11/1986, de 28 de enero, considera un supuesto de concurrencia.

ejercicio de una misma facultad por parte de poderes públicos distintos^[860]. No hay pues 'competencias compartidas' sino 'reparto' o distribución de competencias.

Los elementos jurídicos necesarios para determinar si una Comunidad Autónoma se halla competencialmente habilitada para ejercer una determinada potestad (por ejemplo, reglamentar una actividad) son el binomio Constitución y Estatuto de Autonomía. La primera como norma suprema y habilitante de toda otra; y la segunda, como norma complementaria que determina si aquella específica comunidad ha asumido la competencia estudiada. Las leyes promulgadas por el Estado o por una Comunidad Autónoma, por importantes que sean tales normas, no son elementos delimitadores de las competencias, sino resultado del ejercicio de una competencia que -evidentemente- contienen una interpretación implícita de la distribución competencial; si la delimitación de las competencias pudiese subordinarse como criterio general a lo que dijese una ley, quedarían la Constitución y los Estatutos sin valor jurídico alguno^[861]. Sin embargo, en un caso la Constitución reserva a la ley estatal un papel atributivo de competencias: la vía extraestatutaria del artículo 150.1 y 2 CE (transferencia o delegación); y en otros casos la Constitución atribuye expresamente a una Ley Orgánica un carácter delimitador de las competencias: los artículos 149.1.29 CE (policía autonómica), 152.1 CE (demarcaciones judiciales), y 157.3 CE (financiación autonómica). Algunos Estatutos de Autonomía^[862] contienen preceptos en los que la competencia asumida se hace depender de lo que diga una ley estatal, lo que debe interpretarse únicamente como una voluntad de sujetar más estrechamente la competencia autonómica a la ley estatal^[863].

Las leyes y la distribución de competencias.

[860] MILIAN, 1992, página 14. Es en los estados federales donde se ha desarrollado la noción de competencias concurrentes (expresión que no existe en nuestro texto constitucional). Así en la República Federal Alemana se prevé (artículos 72 y 74 de la Ley Fundamental) un amplísimo catálogo de materias (incluye, por ejemplo, todo el derecho civil, penal, económico, laboral y previsión social) en las cuales los *Länder* pueden legislar en la medida en que la Federación no haya hecho uso de su prevalente derecho a hacerlo en las mismas materias. ORTÚN, 1984, páginas 20 y 38; y texto anotado en GILCART, 1994. En Suiza, también es la entrada en vigor de la ley federal lo que provoca la evicción de los cantones: AUBERT, 1993, página 35.

[861] La STC 76/1983, de 5 de agosto anuló el artículo del proyecto de ley de la LOAPA que intentaba establecer una interpretación explícita de lo que debía entenderse como legislación básica «cerrando el paso a cualquier otra interpretación; en este caso el legislador se coloca indebidamente en el lugar que corresponde al poder constituyente y al Tribunal Constitucional».

[862] Por ejemplo, el artículo 16 del estatuto de Autonomía de Cataluña, de 18 de diciembre de 1979 (BOE de 22 de diciembre de 1979). «En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que aquella legislación establezca, corresponde a la Generalidad el desarrollo legislativo y la ejecución de las materias siguientes...»; y más estrictamente en el artículo 16.1: «...el desarrollo legislativo y la ejecución del régimen de radiodifusión y televisión en los términos y casos establecidos en la ley que regule el ...».

[863] Según la STC 37/1981, de 28 de noviembre, y la STC 5/1982, de 8 de febrero, la ausencia de dicha ley estatal no priva a la Comunidad Autónoma de su facultad competencial, que deriva directamente de la Constitución y el Estatuto de Autonomía, por lo que en estos casos la ley estatal carece de efectos atributivos de la competencia.

En cuanto a las competencias de Seguridad Social, el precepto nodal es el artículo 149.1.17 CE según el cual corresponde al Estado la «legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de su ejecución por las Comunidades Autónomas». Para concretar el alcance de tal competencia estatal será muy importante el concepto que se tenga de la materia «Seguridad Social» para determinar el alcance de las potestades que sobre esta materia corresponden al Estado; ya que las Comunidades Autónomas pueden asumir en sus respectivos estatutos competencias relacionadas con la protección social que no estén incluidas en el concepto Seguridad Social. En cuanto al método de delimitación de una materia, debemos tener en cuenta que una misma materia puede venir relacionada tanto en los artículos 149.1 como en el 148.1, naturalmente, atribuyendo en cada caso distintas potestades; asimismo es posible que el ámbito material de la competencia estatal sea más amplio que el de la autonómica; en consecuencia, la definición de los límites conceptuales de una materia especificada en el artículo 149 no puede hacerse por comparación con las materias relacionadas en el artículo 148 en términos de exclusión, ya que son posibles las superposiciones e intersecciones. Así, por ejemplo, en el artículo 149.1.23 CE se menciona a los espacios y aprovechamientos forestales (la legislación básica se atribuye al Estado), y en el artículo 148.1.8 CE se permite a las Comunidades Autónomas asumir competencias (en general) sobre espacios forestales y su aprovechamiento; parece claro que se está hablando de la misma actividad de explotación forestal y de los mismos árboles. Podemos hallar, asimismo, varios ejemplos de intersecciones en el ámbito material de las competencias: la vigilancia y protección de edificios e instalaciones (148.1.22 CE) implica actividades relacionadas con la seguridad pública (149.1.29 CE), la pesca de marisco (148.1.11 CE) es un subconjunto de la pesca marítima (149.1.19 CE), etc. En conclusión, y para el objeto de nuestro estudio, consideramos que la asistencia social mencionada en el artículo 148.1.20 CE no puede afirmarse -por la mera razón de que se la cite en el artículo 148- que sea o deje de ser algo distinto o algo incluido en la Seguridad Social que se menciona en el artículo 149.1.17 CE.

Superposición de materias en los artículos 148 y 149 CE.

El artículo 149.1.17 CE no reserva al Estado la totalidad de facultades en relación a la materia de Seguridad Social, sino únicamente la legislación básica y el régimen económico, con la salvedad de que las Comunidades Autónomas pueden ejecutar los servicios. Aunque la jurisprudencia constitucional al referirse a la legislación básica lo hace condicionada al caso concreto que está enjuiciando, e incluso se rechaza explícitamente la elaboración de una teoría general: «comprobar si la calificación de lo básico realizada por el legislador ha sido correcta es función privativa de este Tribunal y debe ser realizada caso por caso, sin posibilidad de crear apriorísticamente una teoría que prevea todos los supuestos futuros ni anticipar criterios abstractos no contrastados

La legislación básica.

con la realidad tónica»^[864], podemos ver que es constante la concepción de tal legislación básica como regulación común en todo el Estado: la facultad de dictar la legislación básica -o bases, o normas básicas, como se denomina en otros apartados del artículo 149.1 CE^[865]- sirve para que el Estado fije unos «principios o criterios», consistentes en un «común denominador normativo» o una «regulación normativa uniforme», por citar algunas de las expresiones que se han utilizado^[866] repetidamente para definir la finalidad de dichas bases. Pero ésta no es la única función que cumplen tales preceptos, ya que si en una serie de materias los preceptos del artículo 149.1 CE reservan para el Estado este poder normativo general, al hacerlo sólo en cuanto a la legislación básica significa que se dice también que sobre tales materias pueden corresponder a las Comunidades Autónomas otras potestades^[867], ya que «el establecimiento por parte del Estado de las bases de ordenación no puede llegar a tal grado de desarrollo que deje vacío de contenido la correlativa competencia de la Comunidad»^[868]. Sin embargo, queda indeterminado cual es el grado de amplitud de estas bases, ya que la misma sentencia expresa que «parece imposible la definición precisa y apriorística de ese concepto», y el Tribunal Constitucional, ha debido «reconocer al legislador estatal un cierto margen de apreciación en cuanto a la fijación inicial de las condiciones que, por su carácter de básicas, deben ser objeto de regulación uniforme»^[869]. Las bases no son únicamente la normativa básica y mínima, sino también las políticas que el Estado considere básicas; políticas que pueden requerir tanto leyes, como reglamentos, como actos de ejecución; es lo que se ha denominado la «concepción material» de lo básico, y que comentaremos posteriormente. Señalemos, ahora, que ello supone que el Estado tiene una amplia capacidad para delimitar sus competencias mediante la calificación como básica de determinada materia o política y le permite atraer hacia sí, en la medida en que estime necesario, y sin un claro límite prefijado, un amplio abanico competencial^[870].

[864] STC 102/1995, de 26 de junio; STC 156/1995, de 26 de octubre.

[865] Aunque inicialmente alguna doctrina intentó diferenciar entre el sentido de estas tres expresiones, el Tribunal Constitucional siempre las ha considerado equivalentes. Un resumen en: CONDE, 1991, página 19, y en MEILÁN, 1988, página 90.

[866] Respectivamente, STC 32/1981, de 28 de julio; STC 137/1986, de 6 de noviembre; STC 1/1982, de 28 de enero.

[867] Sobre el efecto delimitador que la determinación de lo «básico» tiene sobre las competencias autonómicas: STC 25/1983, de 7 de abril; STC 32/1983, de 28 de abril; STC 68/1984, de 11 de junio; STC 69/1988, de 19 de abril, etc.

[868] STC 32/1981, de 28 de julio

[869] STC 154/1988, de 21 de julio.

[870] TORMOS, 1988, páginas 45-46. En el anexo a dicha obra (página 259) el profesor CARLES VIVER PI-SUNYER se manifiesta en contra del dominante criterio material de las bases por cuanto «supone atribuir al Estado la facultad para redefinir unilateralmente los distintos ámbitos materiales definidos por el bloque

Debiendo existir algún grado de capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en las materias respecto de las que el Estado ostenta la potestad de dictar la legislación básica, ésta debe «considerarse siempre como mínimos»^[871]. En diversas sentencias^[872] del Tribunal Constitucional relativas al artículo 149.1.23 CE se ha explicitado este carácter, por ejemplo: «La Comunidad de Madrid no puede establecer normas adicionales de protección en contra de la legislación básica del Estado, pero, por la propia naturaleza de las normas de protección del medio ambiente, la Ley autonómica, respetando esa legislación básica, puede también complementar o reforzar los niveles de protección previstos en esa legislación básica, siempre que esas medidas legales autonómicas sean compatibles, no contradigan, ignoren, reduzcan o limiten la protección establecida en la legislación básica del Estado». La lectura aquí de esta doctrina, relativa en aquel caso a otro supuesto en el que el Estado tiene la competencia para dictar la legislación básica (la protección del medio ambiente), sugiere fácilmente la aplicación de la misma doctrina a la protección social, para fundamentar que es admisible una legislación autonómica no básica en materia de Seguridad Social que complemente o refuerce la protección social proporcionada por la legislación básica del Estado; por el contrario, lo que le estaría vedado a la legislación autonómica sería limitar o reducir la protección proporcionada por la legislación básica del Estado; tal reducción prohibida sucedería, por ejemplo, si la protección social autonómica se presentase no como complementaria sino como alternativa a la estatal, y su protección no fuese adicional sino excluyente erigiendo un sistema que en lugar de ser complementario -no básico- fuese excluyente, de forma que a quien solicitase la tutela de los poderes públicos de ámbito autonómico se le exigiese que lo hiciera con renuncia de la protección prestada por la Seguridad Social estatal^[873]; y ello, aunque la alternativa ofrecida por la Comunidad Autónoma fuese más beneficiosa que la proporcionada por la Seguridad Social estatal. En resumen: afirmamos la competencia autonómica para proporcionar una protección adicional complementaria, negamos que la competencia para dictar normas no básicas pueda

La legislación no básica como complemento no contradictorio.

de constitucionalidad»

[871] STC 32/1983, de 28 de abril.

[872] STC 80/1984, de 20 de julio; STC 170/1989, de 19 de octubre (a la que pertenece el texto citado); 149/1991, de 4 de julio. En esta sentencia se analiza el hecho de que algunas Comunidades Autónomas han asumido las competencias de las «medidas especiales de protección» a las que alude el artículo 149.1.23 CE, mientras otras se refieren a la legislación no básica; la STC indica que existe una evidente dificultad para distinguir entre normas de desarrollo y normas con medidas adicionales, y unifica su tratamiento.

[873] Por ejemplo, en la contingencia de desempleo sería una protección complementaria proteger a los desempleados a la búsqueda de su primer empleo (inexistencia de protección estatal), o que hubiesen agotado todas las prestaciones o subsidios sin hallar un empleo adecuado (insuficiencia de la protección básica estatal); muy distinto a plantear un subsidio de desempleo para quienes renunciasen a solicitar el subsidio estatal, aun cuando se pensase que es de más eficacia para el futuro del desempleado que el sistema de prestaciones estatal (al que cíclicamente alguien acusa de desmotivar la búsqueda de empleo) por exigir unas contrapartidas de reciclaje formativo, aportación de conocimientos a la comunidad, o cualquier excelente proposición.

confundirse con una competencia para proponer una protección básica alternativa, incluso si ésta fuese de mayor importe o calidad.

El hecho de que las normas básicas dictadas por el Estado limiten la capacidad normativa autonómica no significa que las Comunidades Autónomas no puedan hacer otra cosa que desarrollar los preceptos de la ley básica cual de un reglamento ejecutivo se tratase, ya que la relación que existe entre la normativa básica y la que no lo es, es una relación de delimitación horizontal, no de subordinación, ya que el principio en el que se basan es el de la competencia y no el de la jerarquía. Como consecuencia de este carácter las Comunidades Autónomas tienen unas posibilidades innovadoras que el reglamento ejecutivo no posee, ya que éste se halla constreñido a regular todo lo que sea necesario y útil para el cumplimiento de los mandatos legales; podríamos sintetizarlo diciendo que el reglamento ejecutivo 'cumple' lo previsto en ley, y la normativa autonómica la 'respeto'^[874]. A consecuencia de este carácter más disperso de las potestades normativas autonómicas, se ha afirmado que éstas hallan su límite en toda la normativa básica del Estado y no únicamente en las normas básicas específicas de la materia^[875]; y también que conservan las autonomías su libertad para dictar las normas que complementen la normativa estatal en la dirección y con el rango que estimen oportuno, en función de su dinámica político-jurídica, y -naturalmente- de la existencia o no de reservas de ley^[876]. Por ello, puede darse el caso de que una ley autonómica sea el complemento de una norma reglamentaria estatal de carácter básico.

El artículo 149.1.1 CE confiere al Estado la competencia para «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». Esta cláusula, en una primera aproximación, se presenta como una apertura sin restricciones a la competencia estatal y es la más a menudo invocada en los conflictos competenciales ante el Tribunal Constitucional, ya que todas las materias, de una forma u otra, se relacionan con los derechos y deberes constitucionales; no es de extrañar, en consecuencia, que exista una abundante jurisprudencia constitucional acerca del alcance de esta cláusula, si bien esta jurisprudencia es eminentemente tópica, centrada en los

[874] Esta simplificación debe entenderse como hecha para resaltar el carácter más directivo que la ley tiene con su reglamento ejecutivo, por contraposición a la función más limítrofe que la legislación básica estatal ejerce respecto a la normativa autonómica. Naturalmente, la legislación básica puede incorporar directivas y objetivos a cumplir, en cuyo caso el 'respeto' al marco común puede obligar que la normativa autonómica sirva a tales objetivos comunes.

[875] STC 64/1982, de 4 de noviembre

[876] CONDE, 1992, página, 83.

casos concretos a resolver^[877]. Justamente es esta amplitud en su formulación la que ha impedido una mayor aplicación por parte del Tribunal Constitucional, que ha considerado tradicionalmente preferentes los títulos competenciales específicos sobre los generales, haciendo ceder el artículo 149.1.1 ante las reglas especiales contenidas en otros preceptos constitucionales^[878], de forma que la garantía de un derecho «se ha de materializar 'a través de', no 'a pesar de' los sistemas de reparto de competencias articulados en la C. E., de manera que la promoción de la igualdad sustancial y la acción estatal destinada al efecto debe desplegarse teniendo en cuenta las peculiaridades de un sistema de autonomías territoriales»^[879], por ello en la gran mayoría de las decisiones del Tribunal Constitucional el artículo 149.1.1 no aparece como único título habilitador de la competencia estatal, ya que, aunque se reconozca por la jurisprudencia su carácter habilitador de competencias estatales^[880], los conflictos competenciales se han resuelto normalmente sin emplear la cláusula, o relacionándola con otros títulos^[881], o en materias que también resultan atribuibles al Estado por ser derechos fundamentales, que deben ser regulados por él mediante ley orgánica^[882]; en la STC 173/1998^[883] el Tribunal Constitucional afirma acerca del artículo 149.1.1 CE « siempre teniendo en cuenta que la 'materia' sobre la que recae o se proyecta son los derechos constitucionales, en sentido estricto, así como los deberes básicos», interpretado ello restrictivamente: «El artículo 149.1.1 CE sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce, de lo contrario... quedaría desbordado el ámbito y sentido del art. 149.1.1 CE, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser

[877] LÓPEZGUERRA, 1992, páginas 11 a 16.

[878] AJA, 1992, páginas 28-29 considera que se da también el fenómeno inverso «la consideración 'sólo' como criterio de interpretación o modulación de otras competencias, está dando pie a un incremento muy notable de su utilización por el legislador», y ha dado lugar a la «ampliación exorbitante de otras competencias» como las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (149.1.13 CE). Como ejemplo de esta expansión puede verse la STC 75/1989, de 24 de abril, que considera como base de esta planificación económica la concesión de una subvención de siete millones de pesetas para un concurso de ideas sobre nuevas formas de turismo.

[879] STC 146/1986, de 25 de noviembre; STC 152/1988, de 20 de julio.

[880] STC 82/1986, de 26 de junio; STC 52/1988, de 24 de marzo; STC 149/1991, de 4 de julio es el ejemplo más claro de afirmación de este título competencial, aunque concorra con otro título habilitante (149.1.23 CE) de la competencia estatal de legislación básica: «La necesidad de asegurar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de este derecho no quedaría asegurada si el Estado, en uso de la competencia exclusiva que le otorga el art. 149.1.1, no regulase las condiciones básicas de la propiedad sobre los terrenos colindantes de la zona marítimo-terrestre, una regulación que, naturalmente, no excluye la posibilidad de que, a través de los correspondientes instrumentos de ordenación, las Comunidades Autónomas condicionen ...»

[881] Por ejemplo: STC 5/1981, de 13 de febrero; STC 32/1983, de 28 de abril.

[882] STC49/1984, de 5 de abril; STC 154/1988, de 21 de julio.

[883] STC 173/1998, de 23 de julio; que reitera lo dicho en la STC 61/1997, de 20 de marzo.

reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional». Ello no obstante, dada la privilegiada ubicación de tal artículo encabezando la lista de competencias estatales parece innegable que el Estado tiene en virtud del artículo 149.1.1 CE la importante competencia de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de deberes y derechos, pero ello debe realizarlo no mediante la asunción de todas las competencias que puedan tener relación con tales deberes y derechos, sino mediante «la regulación de las condiciones básicas». La obligación de hacer efectiva la igualdad no corresponde únicamente al Estado sino a todos los poderes públicos (art. 9.2 CE), si bien al Estado se le reserva una función primordial entre todos estos poderes; y como el artículo 9 CE no es un título competencial -como ha señalado el Tribunal Constitucional^[884]- al Estado se le atribuyen mediante el artículo 149.1.1 no potestades sobre una materia sino un objetivo: generalizar unas condiciones básicas comunes (lo que puede hacer, por ejemplo, mediante la decisión de establecer un nuevo estándar social mínimo de protección social). Obsérvese el paralelismo entre la obligación de promover la igualdad que en el artículo 9.2 CE se dirige a todos los poderes públicos, y que en el 149.1.1 CE se dirige al Estado para que garantice las condiciones básicas de la misma; y la obligación de mantener un sistema de Seguridad Social que en el artículo 41 CE se impone a todos los poderes públicos, y que en el 149.1.17 CE se encomienda al Estado la regulación de su normativa básica. La responsabilización al Estado para que garantice las condiciones básicas no hace sino reafirmar que las llamadas a los poderes públicos *in genere* afecta a diversas instancias, no sólo desde una perspectiva orgánica sino también desde una vertiente territorial^[885].

Desde otra óptica, la cláusula de igualdad del artículo 149.1.1 CE ha operado como límite o guía de las potestades de las Comunidades Autónomas, al considerarse conjuntamente con otros principios constitucionales o al considerarse como una proyección de los mismos. Esta segunda función del artículo 149.1.1 CE ha sido considerada por alguna doctrina como errónea, ya que defiende como única función la competencial anteriormente señalada^[886]; mientras que algún otro autor defiende que la única función de este artículo es la de ser un mecanismo excepcional en manos del Estado^[887]. Por parte de la jurisprudencia constitucional se ha utilizado este artículo en su función de límite de las potestades autonómicas cuando se ha asimilado el artículo 149.1.1 al artículo 139.1 CE que opera únicamente hacia dentro de cada ámbito territorial como

La igualdad del 149.1.1 CE como límite o guía de la legislación no básica.

[884] STC 146/1986, de 20 de julio.

[885] GARCÉS, 1996, página 166.

[886] AJA, 1992, páginas 33 y siguientes.

[887] CORRETJA, 1991, página 129. «sólo en el caso de que produjese efectivamente una discriminación, sería constitucionalmente legítimo que el Estado hiciera uso del art. 149.1.1 CE, ya que esta es, en definitiva, la única función que debe tener este precepto: la de actuar como mecanismo excepcional».

límite de las competencias^[888]; o asumiendo las funciones del artículo 138.2 CE como límite negativo a la diversidad^[889] mediante la prohibición de discriminaciones derivadas de los distintos ordenamientos de cada Comunidad Autónoma^[890]; o se ha tratado como si fuera una prolongación del artículo 14 CE^[891], utilizándose para comparar el estatus de ciudadanos sometidos a ordenamientos jurídicos diferentes, mediante un juicio de razonabilidad, como veremos en el siguiente ejemplo: «la norma sancionadora autonómica habrá de atenerse a lo dispuesto en el art. 149.1.1 CE, de modo que no podrá introducir tipos ni prever sanciones que difieran, sin fundamento razonable, de los ya recogidos en la normación válida para todo el territorio»^[892]. El Tribunal Constitucional considera que «aunque pudiera entenderse que el artículo 149.1.1. de la Constitución permite al Estado atraer a su ámbito competencial una potestad normativa ... de ello no cabría concluir sino que el Estado podría regular las condiciones básicas que garanticen una igualdad de trato -asimismo básica o esencial- de todos los españoles en el ejercicio (y en el contenido) de sus derechos de propiedad. Pero ello sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas puedan dotarse, en el ámbito de sus respectivas competencias, de una legislación propia que respete la regulación básica estatal». Es decir, como ya se había señalado por la doctrina, el artículo 149.1.1 implicaría que las competencias autonómicas que incidan en los derechos, libertades y deberes de los ciudadanos tendrían un doble límite en su ejercicio: por una parte el contenido esencial de los mismos, y por otra parte la regulación estatal de las condiciones básicas de su ejercicio y cumplimiento^[893]. La igualdad, como otros principios constitucionales (solidaridad, no discriminación, legalidad) indicarían y limitarían la forma como debe de ejercerse la competencia^[894], sin que la garantía estatal de tales principios deba traducirse

[888] STC 5/1981, de 13 de febrero; STC 6/1982, de 22 de febrero; STC 37/1987, de 26 de marzo; STC 61/1997, de 20 de marzo; STC 173/1998, de 23 de julio, o STC 52/1988, de 24 de marzo. La STC 14/1989, de 26 de enero recordó sobre el artículo 139 CE que «tampoco este precepto es atributivo de competencias, sino que se limita a establecer principios que son límites, tanto de las competencias autonómicas como de las estatales y, por ello, inadecuados para resolver un conflicto de competencias».

[889] El límite de que no puedan existir «privilegios» formulado en el art. 138.2 CE supone *sensu contrario* que la heterogeneidad es una opción de las opciones constitucionales. ARGULLOL, 1995, página 111.

[890] STC 17/1990, de 7 de febrero.

[891] STC 87/1985, de 16 de julio, y STC 136/1991, de 20 de junio.

[892] STC 87/1985, de 16 de julio.

[893] AJA, 1989, página 90. Véase, por ejemplo la STC 154/1988, de 21 de julio «la Comunidad Autónoma, al ejercer su competencia en materia electoral, ha de tener presente, en primer término, las normas estatales de desarrollo de sufragio reconocido en el art. 23 de la Constitución, así como las que regulan las condiciones básicas que garanticen la igualdad de su ejercicio, dictadas por el estado en virtud del art. 149.1.1 de la Norma fundamental».

[894] «El artículo 149.1.1. de la Norma fundamental, como este Tribunal ha venido declarando desde la Sentencia 37/1981, de 16 de noviembre (fundamento jurídico 3.), no puede interpretarse de tal manera que pueda vaciar el contenido de las numerosas competencias legislativas atribuidas a las Comunidades Autónomas cuyo ejercicio incida, directa o indirectamente, sobre los derechos y deberes garantizados por la misma» STC 37/1987, de 26 de marzo.

necesariamente en una regulación uniforme de la materia^[895], pero sí el establecimiento de «las condiciones básicas del ejercicio de los derechos o de las posiciones jurídicas fundamentales reservadas a la legislación del Estado»; por ello, en la sentencia anteriormente citada se afirma que no es asegurar la uniformidad la función de la normativa básica, sino garantizar que en su desarrollo las Comunidades Autónomas no introduzcan «divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio» o elementos «que difieran, sin fundamento razonable, de los ya recogidos en la normación válida para todo el territorio». En esta sentencia en la que se discutía el poder sancionador autonómico en una materia -sanitaria- en la que el Estado tiene la competencia para dictar las bases (149.1.16 CE) podemos ver que los elementos típicos (proporcionalidad de la medida, razonabilidad de la diferencia, idoneidad a los fines propuestos^[896]) que la jurisprudencia constitucional ha consagrado como útiles para enjuiciar las situaciones de posible desigualdad son ahora los criterios limitadores de la competencia autonómica, pero que no excluyen ésta, ya que las «exigencias de prudencia y oportunidad pueden variar en los distintos ámbitos territoriales» y «puede decirse que la norma autonómica no infringe lo dispuesto en el art. 149.1.1 si se limita a sancionar, aunque de distinto modo, una conducta también considerada ilícita en el ordenamiento general, y si tal sanción se proyecta sobre un bien que no es distinto del también afectado por el derecho sancionador estatal». Podemos parafrasear esta doctrina sustituyendo las referencias a la potestad sancionadora en materia de sanidad, por la potestad protectora en materia de Seguridad Social (en ambos supuestos el Estado tiene la competencia de la legislación básica), para concluir que: la norma autonómica no infringiría lo dispuesto en el artículo 149.1.1 CE si se limitase a proteger, aunque fuese de distinto modo, una necesidad también considerada protegible en el ordenamiento general, incluso si tal protección se proyectase sobre una contingencia que no fuese distinta de las también tuteladas por el derecho protector estatal.

2.B: ASISTENCIA SOCIAL Y SEGURIDAD SOCIAL COMO MATERIAS RELACIONADAS

El artículo 148.1.20 CE permite a todas las Comunidades Autónomas asumir desde el primer momento la competencia en materia de asistencia social, y todos los Estatutos de Autonomía así lo han hecho, si bien en algunos casos han agrupado tal materia junto

La asistencia social, materia de conflicto competencial.

[895] «No por ello resultan necesariamente infringidos los artículos 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1. de la Constitución, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales» STC 37/1987, de 26 de marzo.

[896] FERNÁNDEZ, 1992, página 178.

con la de Servicios Sociales, o la de Bienestar Social.^[897] La jurisprudencia constitucional ha afrontado en diversas sentencias la tarea de definir lo que debe entenderse por asistencia social a los efectos de esta distribución competencial. En una primera sentencia^[898] se afirmó que, en cuanto a la estructura, el artículo 148.1.20 CE se refería a la asistencia social externa a la Seguridad Social; y en cuanto a su contenido, que protegía «situaciones de necesidad específicas» «mediante técnicas distintas a las propias de la Seguridad Social»; se describía seguidamente que «es característica de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios» aunque precisando que ello se refería únicamente «en el momento actual» y «con independencia de que la evolución del sistema de Seguridad Social pueda ir en la misma dirección», con lo cual disminuye mucho el valor de tal descripción como elemento delimitador de la materia asistencia social, y pone de relieve la tensión interpretativa que existe entre la previsible evolución legislativa y conceptual de estas materias y la necesidad de interpretar la voluntad del constituyente a partir de los conceptos que la tradición y la legislación habían consagrado en el momento de redactar la CE^[899]. Es interesante ver que se rechazó la postura de dos magistrados que defendieron en voto particular que la asistencia social equivalía a lo que la tradición jurídica denominaba beneficencia «entendida como la satisfacción de necesidades vitales en los casos en que la persona esté imposibilitada económicamente para atenderlas por sí sola»; rechazo llamativo, porque tal requisito de falta de recursos figuraba también en la definición de la asistencia social interna al sistema de Seguridad Social; como señaló la doctrina al comentar esta sentencia, la «especificidad» de esta asistencia social quedaba reducida en consecuencia a su dimensión estructural «Lo que se instaura por la Ley [la recurrida] en cuanto a las pensiones es una especie de Seguridad Social *extra ordinem*; lo que, por supuesto dice de la competencia para instaurarlas, no del fondo de la instauración»^[900]. Posteriormente^[901] se amplió en la jurisprudencia constitucional el concepto de asistencia social, ya que si bien se afirma que es una técnica pública de protección, dispensada por entes públicos, que la definen y la prestan, a efectos del reparto de competencias

[897] Véase el detalle en LÓPEZ, 1993, página 195.

[898] STC 76/1986, de 9 de junio.

[899] Recordemos lo dicho anteriormente de que el grupo de estudio que preparó el proyecto de ley de las pensiones no contributivas abogaba por una visión evolutiva de la Seguridad Social, y consideraba «tarea inútil y peligrosa la pretensión de definir, con proyección de futuro, una y otra institución a partir del método de financiación empleado en un paréntesis histórico (cuotas o impuestos), por su campo de aplicación personal circunstancial (trabajadores o ciudadanos todos), por los concretos beneficios otorgados en cada momento, o por las instituciones específicas encargadas de su gestión» GONZALO-ESTUDIOS, página 48.

[900] ALONSO OLEA, 1984+, Tomo IV, página 229.

[901] STC 146/1986, de 25 de noviembre.

constituye «una noción más amplia, impropia si se quiere, ya que en ella se incluye, junto a las prestaciones correspondientes a los entes públicos, las dispensadas por entidades privadas, caso en el que los poderes públicos desempeñan sólo funciones de fomento o de control», pero no se precisa más el ámbito material sino que se fija en la asistencia social fuera del sistema de Seguridad Social^[902], para -alegando vagamente el interés supracomunitario^[903]- defender la existencia de una acción estatal en la materia, junto a la de otros entes públicos, o sujetos privados que se verían amparados por la «libertad» de asistencia y prestaciones complementarias al sistema de Seguridad Social en virtud del inciso final del artículo 41 CE; este recuerdo a todos los actores que pueden intervenir en la protección complementaria a la Seguridad Social desde posiciones jurídicamente distintas^[904] se salda con la conclusión siguiente: «la Asistencia Social es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma. No obstante el Estado puede intervenir pero respetando las competencias de la Comunidad Autónoma»; pero seguidamente, esta afirmación de respeto a la competencia exclusiva autonómica en el párrafo siguiente de la sentencia constitucional se diluye notablemente cuando se matiza que tal competencia autonómica «se debería tratar de respetar... en lo posible», y que la participación de las Comunidades Autónomas afectadas «convendría tener en cuenta»... «aunque ello no pueda exigirse en todos los casos».

Como se ha avanzado, resulta difícil aceptar la definición de asistencia social como un instrumento al margen de la Seguridad Social cuando en el texto fundador de nuestro sistema actual de Seguridad Social: la Ley de Bases de 1963, se hace referencia a la misma en el apartado 5 del Capítulo III de su preámbulo (justificación y directrices de la Ley) en estos términos: «Dentro de la Seguridad Social, la asistencia social se configura por la Ley como un sistema complementario, en casos límite, de la protección dispensada por la primera: pero no se trata tanto de un régimen complementario de la Seguridad Social como sistema, cuanto de un régimen complementario de sus prestaciones. De este modo la asistencia social actuará para paliar o eliminar los estados de necesidad en que puedan incidir las personas incluidas en el campo de aplicación de la Ley cuando no se acredite el derecho a las prestaciones o se haya agotado el tiempo máximo previsto para su disfrute, incluidas las prórrogas, o resulten

La asistencia social prevista en la Ley General de Seguridad Social.

[902] En esta STC 146/1986 se dice textualmente «lo que deba entenderse por Asistencia Social, en sentido abstracto, abarca a una técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social...» Obsérvese que no se dice que sea sólo una protección externa al sistema de Seguridad Social, sino que en lo que abarca se comprende -no exclusivamente, pues- la Asistencia Social externa y -como seguidamente argumenta- la Asistencia Social privada.

[903] Contra la vaguedad de los pronunciamientos de esta STC, y con dureza, ALONSO OLEA, 1984+ páginas 278 a 282. Contra el uso de la noción de interés supracomunitario en el debate competencial: el claro voto particular de Jesús Leguina a dicha STC, y VIVER, 1989, páginas 112 a 117.

[904] La libertad de las prestaciones complementarias a las que se refiere el artículo 41 CE significa la posibilidad de un sistema no organizado por el Estado (GARRIDO FALLA, FERNANDO, en: COMENTARIOS, 1985, página 777), no un sistema huérfano de normativa y control por parte de los poderes públicos competentes.

insuficientes para la satisfacción de las necesidades que las determinan»^[905]; en resumen: un ámbito de protección inserto en la Seguridad Social en el doble sentido de compartir el mismo campo subjetivo de aplicación y la estructura institucional, pero situado en su orilla en la medida en que se considera residual -o mejor dicho, 'atípico', porque su objeto son las situaciones de necesidad no cubiertas específicamente -esto es, no previamente tipificadas- por la Ley. La base 16 de la misma Ley abunda en esta consideración integradora en lo orgánico y de indeterminación de las situaciones a tutelar. Es el primer texto articulado de 1966 el que en su artículo 36 introduce una precisión técnica: la concesión de prestaciones de asistencia social no podrá comprometer recursos económicos de ejercicios posteriores, limitando así la posibilidad de que se concedieran prestaciones de pago periódico de carácter indefinido. Esta caracterización de la asistencia social se trasladará a los textos refundidos posteriores de 1974 (artículos 36 y 37) y al actual de 1994 (artículos 55 y 56) que son los que configuran la asistencia social integrada en la Seguridad Social; integrada en cuanto comparte el mismo ámbito subjetivo «las personas incluidas en su campo de aplicación y a los familiares o asimilados que de ellas dependan», e integrada en su estructura presupuestaria.

Estos artículos de la LGSS no realizan una descripción precisa y directa de lo que debe entenderse por prestaciones de asistencia social, pero en su redactado podemos ver que lo que las caracteriza y diferencia del resto de prestaciones previstas en la LGSS es precisamente su indeterminación material. La asistencia social se crea para tutelar situaciones de necesidad «cuya percepción no esté regulada en esta Ley ni en las normas específicas aplicables a los Regímenes Especiales», es decir, el legislador prevé que entre el objetivo de generalidad objetiva (que ya se apuntaba limitadamente en la Ley de Bases de 1963 y que se consagra en la Constitución de 1978) y la efectiva protección objetiva que proporciona la ley existe un espacio de desprotección (y menciona como ejemplo un par de supuestos en el artículo 56 LGSS), y como cierre del sistema de Seguridad Social se prevé la tutela de estas situaciones de necesidad -es decir: de esos ciudadanos afectados por esas situaciones de necesidad- no cubiertas específicamente mediante «servicios y auxilios económicos que, en atención a estados y situaciones de necesidad, se consideren precisos». Y debido a esta indeterminación legal de los supuestos a proteger es por lo que la ley precisa que la tutela otorgada, con cargo a los fondos que se determinen (artículo 55.1 LGSS), no podrá comprometer los recursos económicos de ejercicios futuros (artículo 55.3 LGSS), ya que el coste de las contingencias previstas en la Ley puede ser cuantificado mediante las tablas estadísticas: para un conjunto suficientemente amplio de población, se sabe cuantos van a fallecer, cuantos van a quedar inválidos, cuantos van a enfermar, y cuanto tiempo vivirán tras

La
inconcreción
como
definición del
concepto de
asistencia
social en la
LGSS.

^[905] Ley 193/1963, de 28 de diciembre (BOE de 30-dic-1963).

sucedernos estos siniestros; y ello combinado con el coste promediado que se fija para cada una de estas prestaciones, permite presupuestar los gastos futuros y -dado que en ese momento la financiación del sistema se basaba casi exclusivamente en las cotizaciones- repercutirlos en las cotizaciones a exigir mediante el sistema de reparto que rige como criterio general^[906]; por el contrario, es imposible cuantificar cada una de las no previstas situaciones cuya tutela se solicita a la asistencia social, por lo que es razonable que no se permita a la entidad gestora contraer compromisos superiores -en importe o en duración temporal- a la dotación presupuestaria acordada cada año.

En las contingencias previstas por la LGSS, quien se halle en el supuesto tipificado tendrá un derecho a percibir la prestación correspondiente, con independencia del mayor o menor acierto de las previsiones presupuestarias que se hayan realizado para atender a su pago; por el contrario, en los indeterminados supuestos a proteger mediante la asistencia social, el Gobierno, con sujeción a la previa dotación presupuestaria ya comentada, deberá concretar anualmente los supuestos que tutelaré. Esta concreción se realizará reglamentariamente (disposición final séptima LGSS) para dotar de efectividad a los preceptos legales, y es accesoria -es decir, dependiente- de la dotación económica: si el Parlamento no consigna dotación económica para la asistencia social en los presupuestos de la Seguridad Social o cuando la misma se haya agotado, la definición de los supuestos protegibles carece de fuerza para hacer nacer un derecho en los afectados.

La concreción de la asistencia social es un elemento accesorio a los presupuestos.

De la disyuntiva entre «estados o situaciones» que el artículo 55.1 LGSS explicita en su primer párrafo por dos veces poco puede deducirse, ya que si miramos las definiciones de ambos términos en el Diccionario de la Real Academia Española, ambas palabras se consideran sinónimas, definiéndolas recíprocamente una con la otra; y si quisiéramos -en base a un uso social que pudiésemos percibir- encontrar entre ambas palabras un matiz temporal distinto, abundaríamos en la interpretación de que el ámbito material de la asistencia social es tan amplio que incluye tanto a quien se encuentre circunstancialmente en situación de necesidad, como a quienes sufren desventura de forma habitual.

Irrelevante disyuntiva entre estados y situaciones de necesidad.

En este párrafo del artículo 55 LGSS se explicita asimismo un único requisito adicional para acceder a los servicios y auxilios de asistencia social: «previa demostración, salvo en casos de urgencia, de que el interesado carece de los recursos indispensables para hacer frente a tales estados o situaciones», es decir, que normalmente el interesado deberá aportar una prueba de que no puede afrontar sus dificultades con sus propios medios. En esta regla hay una distinción importante: las prestaciones, se dice en primer

Carecer de recursos es un requisito adicional y distinto de la necesidad tutelada.

^[906] Con excepción de los accidentes de trabajo: artículo 87.3 LGSS.

lugar, se conceden por razón de unos estados y situaciones de necesidad, y el requisito al que aludimos es la carencia de recursos para afrontar la necesidad, luego esta carencia de recursos es algo distinto a la necesidad tutelada que se afronta; las contingencias son la situación de necesidad (por ejemplo, una enfermedad que precise un tratamiento excepcional no previsto normalmente), y además y como requisito -que, unido a la contingencia, termina de configurar el 'hecho causante de la prestación' en sentido técnico- deberá carecerse de los medios oportunos; el interesado deberá, por consiguiente, probar ambas cosas: hallarse en situación de necesidad y carecer de recursos. Por ser la carencia de medios precisamente un requisito adicional, puede disculparse en determinados casos de urgencia; en cambio, la contingencia no puede disculparse nunca (se estaría protegiendo a quien no precisa ninguna protección), pero puede obviarse la comprobación de la carencia de medios, por ejemplo «en casos de urgencia», es decir, cuando tal verificación podría comprometer (interponiendo una demora) el objetivo nuclear de la prestación, que es aliviar la situación de necesidad. Por otra parte, debemos tener en cuenta que la realidad de la limitada protección social en nuestro país ha impuesto que las prestaciones de asistencia social se entregaran muchas veces en un momento bastante posterior al de acaecer la situación de necesidad, solicitando a los beneficiarios que atendieran primero ellos con su peculio personal los gastos necesarios, y que posteriormente presentaran las correspondientes facturas como justificante para recibir la ayuda convocada, ayuda que en la mayoría de los casos ha sido sólo parcial, debiendo afrontar el resto el beneficiario con cargo a sus propios recursos económicos. En consecuencia, debe entenderse como parcial la exigencia de falta de recursos económicos suficientes para afrontar la contingencia, y sólo matizadamente puede aceptarse que en la asistencia social no se exigen aportaciones económicas a sus beneficiarios, ya que la cofinanciación es más la regla que la excepción.

Y si antes comentábamos que la situación de necesidad se configura de forma amplia e indeterminada en lo material y en lo temporal, debemos añadir ahora que este requisito adicional de carencia de recursos se formula asimismo de forma amplia, ya que los recursos de los que se carezca no necesariamente deben asimilarse a recursos económicos, porque si bien en muchos casos la ayuda que se precise sea económica, y en todos los casos tendrá un coste económico para la Seguridad Social, también es posible que tal ayuda precisada sea de carácter técnico, o que sólo o primordialmente pueda prestarse en forma de servicio colectivo (educacional, ocupacional, etc.). Como ya ha sido señalada por la doctrina^[907], la diferenciación entre estos servicios de asistencia social y los denominados Servicios Sociales es que los primeros no son tipificables *a priori*; ello no obsta para que organizativamente pueda realizarse una integración en la

Características del requisito de carecer de recursos.

^[907] ALARCÓN, 1986, página 43.

gestión de ambos tipos de prestaciones^[908]. Ciertamente existe una tendencia a la monetarización de las prestaciones sociales y -en general- de cualquier reparación a un daño, pero esta tendencia a subvencionar la solución de los problemas sociales se realiza en interés de la Administración y no en el de la persona afectada. A la Administración le resulta más conveniente pagar un importe y dejar en manos del sujeto interesado la organización de la solución, que no mantener y organizar tales soluciones con sus propios medios: al minusválido que precise sesiones de fisioterapia, de psicomotricidad, o de logopedia -por ejemplo^[909]-, lo que le soluciona su necesidad es la actividad del fisioterapeuta o del logopeda, no las 15.000 pesetas mensuales que como máximo percibirá el interesado para que privadamente busque el profesional oportuno. No vamos a analizar ahora las ventajas e inconvenientes de esta estrategia de los poderes públicos más subvencionadora que prestacional, nos interesa en este momento recalcar que los recursos necesarios para afrontar una situación de necesidad pueden ser, en cuanto a su naturaleza, de carácter técnico o económico; y en cuanto a su coste, de importe sumamente variable según sea tal necesidad; si tomamos el primer ejemplo del artículo 56 LGSS -intervenciones o tratamientos especiales por un especialista o institución determinados- veremos que muchas personas que pueden sostener su vida ordinaria podrían carecer de los recursos que se precisan para afrontar la necesidad de tal tratamiento, y que el poseer unos determinados recursos económicos no siempre será garantía de poder conseguir en tiempo oportuno que tal especialista o institución pueda prestar la ayuda precisada. Sólo en la medida en que se monetariza la protección social, la insuficiencia de recursos puede también reducirse al concepto de insuficiencia de recursos económicos; y sólo en la medida en que las prestaciones se otorguen prescindiendo del coste real de eliminar una situación de necesidad, la evaluación de la insuficiencia de recursos podrá establecerse sin individualizar tal insuficiencia.

La exigencia de un requisito de carencia de los recursos oportunos para hacer frente a la situación de necesidad no es un elemento exclusivo de estas prestaciones de asistencia social. En la LGSS podemos hallar la misma exigencia tanto en prestaciones calificadas como no contributivas como en prestaciones que según la LGSS tienen naturaleza contributiva; además de las pensiones no contributivas que venimos estudiando, podemos citar como ejemplo las prestaciones en favor de familiares (artículo

Carecer de recursos se exige en diversas prestaciones de la LGSS.

[908] Algunos autores han considerado que los Servicios Sociales se hallan integrados en la Asistencia Social: parten del hecho de que en el ámbito del bienestar social se dan títulos competenciales genéricos como el de asistencia social; títulos referidos a medios técnicos prestacionales, como vivienda o enseñanza; y otros referidos a los destinatarios a proteger, como juventud o protección de menores. En este marco, la asistencia social describiría un conjunto de políticas públicas dirigidas al bienestar social; y los servicios sociales serían la concreta acción prestacional para ejecutar la asistencia social, y -en parte- la Seguridad Social. ABBAD, 1991, páginas 370-372.

[909] Son las tres primeras causas de ayuda que se mencionan en la Orden de 29 de marzo del 2000 (BOE del 6 de abril del 2000).

176.2.d) LGSS: «carecer de medios propios de vida»), las pensiones de orfandad (artículo 175.2 LGSS: «no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga en cómputo anual sean inferiores al...»), o las asignaciones contributivas por hijo a cargo (artículo 183.c) LGSS: «no perciban ingresos anuales, de cualquier naturaleza, superiores a...»), o cuando se condiciona total o parcialmente las prestaciones y subsidios por desempleo a las personas a cargo del beneficiario o a su carencia personal de rentas (artículos 211.3; 215.1.1 etc. de la LGSS). Recopilando, en cuanto al requisito de carecer de recursos hemos visto que: a) no se exige exclusivamente para causar las prestaciones de asistencia social, sino también en varias y básicas prestaciones de Seguridad Social; b) no siempre es relevante para describir la situación de necesidad, ya que la tutela precisada puede ser técnica o económica; c) no es proporcional la situación económica del interesado con la tutela precisada o la otorgada (el coste de una intervención quirúrgica puede resultar igualmente elevadísimo para distintos niveles de renta); y d) no se exige con rotundidad, ya que a menudo el pago de la tutela precisada debe anticiparse o cofinanciarse. En consecuencia, -aunque constatemos que se trata de un requisito tradicionalmente exigido- actualmente se halla debilitada la importancia de la carencia de recursos económicos en la descripción de los elementos característicos de las prestaciones de asistencia social que nos permita diferenciarlas de otras prestaciones.

En el ámbito comunitario el Tribunal de Justicia ha dictado una numerosa jurisprudencia en la que se argumenta acerca de la distinción entre Seguridad Social y Asistencia Social. Debe tenerse en cuenta antes de intentar generalizar tales argumentaciones que las categorías que maneja el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas son totalmente instrumentales para la aplicabilidad del derecho comunitario de coordinación^[910] que se ha formulado con autonomía de los conceptos jurídicos nacionales, precisamente para hacer posible tal coordinación sin sujetarse a la clasificación que cada ordenamiento nacional hiciese de sus prestaciones^[911], y -más importante aún- las disposiciones de coordinación deben ser interpretadas a la luz del objetivo del artículo 51 del Tratado CE [actualmente, tras su modificación, el art. 42 CE] que es «contribuir al establecimiento de la más amplia libertad posible en el ámbito de la libre circulación de los trabajadores migrantes, principio que se inscribe en los

La distinción comunitaria entre Seguridad Social y Asistencia Social.

[910] En especial el Reglamento(CEE) 1408/71, del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad.

[911] STJCE C-111/91 'Comisión/Luxemburgo', de 10 de marzo de 1993; STJCE C-249/83 'Hoeckx', de 27 de marzo de 1985; STJCE C-57/96 'Meints', de 27 de noviembre de 1997; STJCE C-185/96 'Comisión/República Helénica', de 29 de octubre de 1998; entre otras.

fundamentos de la Comunidad»^[912], objetivo que no se alcanzaría «si como consecuencia del ejercicio de su derecho de libre circulación, los trabajadores tuvieran que perder los beneficios de Seguridad Social que les concede la legislación de un Estado miembro, en particular cuando tales beneficios suponen la contrapartida de las cotizaciones que aquellos pagaron»^[913]; la tensión entre los conceptos comunitarios de Seguridad Social y Asistencia Social es, en realidad, la tensión entre prestaciones que se quiere que sean o no exportables, en virtud de que sean o no «contrapartida» de previas cotizaciones pagadas. De acuerdo con este objetivo, el ámbito de aplicación de esta normativa de coordinación -y por lo tanto de su interpretación- se halla limitado a los trabajadores y sus familias, interpretado muy ampliamente pero heredando una concepción profesional de la Seguridad Social. En este marco, se consideran propias de la Seguridad Social las prestaciones que se hallen «al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales» y «se refieran a alguno de los riesgos expresamente enumerados»^[914]. Obsérvese que lo que se considera distintivo no es simplemente que exista una apreciación individualizada de la situación de necesidad, sino que tal apreciación sea discrecional; el establecimiento de una evaluación personalizada como alternativa a la descripción de una presunción legal de estado de necesidad está muy relacionado con la técnica legislativa y con la fiabilidad de los estudios sociales; en cambio, que tal evaluación se realice de forma discrecional o mediante una tipificación reglada de los supuestos a tutelar, altera profundamente la naturaleza jurídica del derecho que posean los beneficiarios, y por ello es -a nuestro entender- el elemento relevante de esta clasificación. Por último, la exigencia de que una prestación para ser considerada como de Seguridad Social debe proteger una de las contingencias expresamente previstas en la norma, (que -dicho sea de paso- se corresponde con el estándar de protección social definido en el convenio 102 de la OIT) es también de suma relevancia por cuanto configura también en el ámbito comunitario a la Seguridad Social como un ámbito preciso y limitado, y a la asistencia social como aquel que, hallándose próximo al anterior en su finalidad tuitiva, no se halla expresamente tipificado.

De la constatación que venimos realizando de que la LGSS prevé la posible concesión de prestaciones de asistencia social no puede deducirse que estas prestaciones sean las únicas de asistencia social, es decir, que toda la asistencia social esté, o deba estar, [Asistencia social externa e interna a la Seguridad Social](#).

[912] STJCE C-284/84 'Spruyt' de 25 de febrero de 1986.

[913] STJCE C-215/99 'Jauch' de 8 de marzo del 2001.

[914] STJCE C-249/83 'Hoeckx', de 27 de marzo de 1985; STJCE C-356/89, 'Newton', de 20 de junio del 1991; STJCE C-78/91, 'Hughes', de 16 de julio de 1992; STJCE C-66/92 'Acciardi', de 2 de agosto de 1993; STJCE C-160/96, 'Molenaar', de 5 de marzo de 1998; STJCE C-275/96 'Kuusijärvi', de 11 de julio de 1998. Un comentario a la evolución en la jurisprudencia comunitaria de esta distinción en PÉREZT, 1986, páginas 79-81.

integrada en el sistema de Seguridad Social. La mención que realiza el artículo 41 CE a la libertad para ofrecer, ante situaciones de necesidad, asistencia y prestaciones complementarias, es decir, distintas a las del régimen público de Seguridad Social, justifica una realidad que ya preexistía a la Constitución: estas prestaciones suplementarias^[915] a las proporcionadas por la Seguridad Social se ofrecen por parte de diversas instituciones públicas (ayuntamientos, diputaciones, consejos comarcales, gobiernos autonómicos, etc.) y privadas (fundaciones, órdenes religiosas, organizaciones caritativas, etc.)^[916]. En consecuencia, además de la asistencia social prevista en la LGSS existe una asistencia social externa a la Seguridad Social, y -dada su pluralidad- los organismos que la proporcionan no son un elemento válido para definir el concepto material de asistencia social. No obstante, el que con amparo constitucional exista esta libertad y pluralidad de ayudas asistenciales no significa que esta asistencia deba estar huérfana de toda reglamentación jurídica, como la libertad de empresa no significa que la actividad empresarial pueda realizarse extramuros del ordenamiento jurídico; la garantía de otros valores constitucionalmente reconocidos, como la eficacia de la Administración, la publicidad de las normas, la tutela judicial, la participación de los ciudadanos, la planificación económica, etc. obliga a los poderes públicos a dictar regulaciones de la asistencia social que pueden afectar tanto a sujetos públicos como privados; véase como ejemplo de supraordenación de prestaciones asistenciales, la exposición de motivos del Real Decreto 620/1981, de 5 de febrero, sobre régimen unificado de ayudas públicas a disminuidos^[917], que justificaba el mismo diciendo «la multiplicidad y diversidad de las ayudas, tanto por su naturaleza como por su origen y por su finalidad, exigen una mínima instrumentación legal donde aquellas puedan ser definidas y clarificadas, dentro de un marco general, por mínimo que sea, de referencia jurídica» para determinar (artículos 24.1 en relación con el 1.1) que «los regímenes, programas y planes relativos a ayudas económicas de la Administración del Estado, de la Administración Institucional y de la Administración de la Seguridad Social» debían

[915] La diferencia entre complementario y suplementario no es clara: la Real Academia Española acoge textos en los que aparecen con idéntico sentido (RAE, 2001); Aunque ambos términos implican la adición de alguna cosa, en base al uso social y con finalidad utilitaria podemos considerar como complementario aquello que completa un conjunto, y como suplementario aquello que se añade a un conjunto previamente definido. Prestaciones complementarias serían las internas que completan el sistema, y suplementarias las externas que aportan una protección adicional al conjunto de las inicialmente previstas.

[916] Recordemos que la STC 146/1986, de 25 de noviembre -ya citada- consideró que todas ellas debían incluirse en el concepto de asistencia social a efectos competenciales.

[917] (BOE de 6 de abril de 1981), aunque se ha visto afectado por el traspaso de competencias a las Comunidades Autónomas y por numerosas disposiciones posteriores, las sucesivas convocatorias anuales conjuntas del varios ministerios hacen referencia al mismo. Véase la Orden de 24 de marzo del 2000 (BOE de 6 de abril del 2000). El Real Decreto 620/1981 y la Orden de 5-mar-1982 fueron derogados por el Real Decreto 946/2001, de 3 de agosto (BOE 6-sep-2001); las nuevas ayudas a personas con discapacidad se regulan para el ámbito de actuación del IMSERSO en la Orden de 19-nov-2001 (BOE 30-nov-2001).

publicarse mediante una disposición conjunta. Concluyendo, la libertad para otorgar prestaciones no excluye que exista una Administración competente para regular aspectos diversos de la asistencia social, tanto la prestada por la propia Administración como la prestada por otras entidades.

Recapitulando, la asistencia social es un mecanismo de protección social prestado tanto fuera como dentro del sistema normativo y organizativo de la Seguridad Social, como así ha sido históricamente, y así lo ha constatado la doctrina^[918]. Aunque para resolver el debate competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en un primer momento se ha intentado diferenciar entre la asistencia social y la Seguridad Social en base a la utilización de técnicas de protección distintas, especialmente tras el desarrollo de prestaciones no contributivas en el seno de la Seguridad Social tales afirmaciones han perdido su fuerza^[919]; incluso se ha propuesto como único criterio diferenciador el orgánico: «En su consecuencia, y para lo sucesivo, serán pensiones no contributivas, en todo caso, las de creación estatal; y serán Asistencia Social las pensiones que, con las mismas características, y si es que existen, dependan de la iniciativa de los Parlamentos y Gobiernos autonómicos»^[920]. La asistencia social queda definida en consecuencia por la especificidad y a la vez indeterminación de las situaciones que protege, ya que su campo material de aplicación es el negativo del ámbito protegido por la Seguridad Social, las necesidades que no proteja ésta son las que pueden ser atendidas por la asistencia social; estas necesidades distintas no deben ser necesariamente contingencias distintas, ya que los ejemplos de asistencia que proporciona el artículo 56 LGSS (sanidad), y la jurisprudencia constitucional^[921] que reconoce como de asistencia social prestaciones por jubilación, viudedad y orfandad, permiten afirmar que lo distinto pueden ser las personas, las contingencias, el grado de protección, o varias de estas cosas a la vez^[922]; la asistencia social, pues, puede extender

La asistencia social se define por tutelar lo no protegido en la Seguridad Social.

[918] ALARCÓN, 1991, página 131; ALARCÓN, 1999, página 52; ALONSO OLEA, 1998, página, 545; LÓPEZ, 1993, página 198

[919] Sobre la difuminada frontera entre ambos conceptos véase: LÓPEZ, 1993, páginas 198-199, tras las que concluye que “Aquellos elementos conceptuales tradicionales, útiles en otro tiempo para trazar los límites entre Seguridad Social y Asistencia Social, dejan de tener valor en cuanto que no son hoy elementos formales y materiales los que hay que tener en cuenta sino la nueva opción explícita del legislador”.

[920] GONZALO, 1989, página 30.

[921] STC 76/1986, de 9 de junio.

[922] ALARCÓN, 1996, página 30, considera que la Asistencia Social es complementaria a la Seguridad Social en un triple sentido: a) subjetivo, para quienes se hallan aún fuera del paraguas protector de la Seguridad Social; b) objetivo, ampliando el catálogo prestacional ofrecido por la Seguridad Social basado en el ‘ideal de cobertura’ del Convenio 102 de la OIT; y c) modal, cuando las prestaciones de Seguridad Social no sean suficientes en su duración, en su cuantía o en sus detalles. En suma: para ‘tapar los huecos’ que deja la Seguridad Social. Una opinión más estricta, al exigir de la protección de asistencia Social un alejamiento mayor de toda contingencia prevista en la Seguridad Social, en:

la tutela social a personas que no estén el campo de aplicación de la Seguridad Social, por supuestos aún no tutelados, o para proporcionar un grado de protección distinto; por ejemplo, la prestación de Seguridad Social puede permitir (sobre)vivir, la de Asistencia Social puede proporcionar a la misma persona y por la misma contingencia la capacidad de hacerlo con autonomía.

2.C: LA DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL EN MATERIA DE PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS

En la LGSS no se indica expresamente que tenga carácter de legislación básica. La disposición final primera de la Ley indica que «será de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.17 de la Constitución», es decir, se afirma indirectamente la competencia del Estado para promulgarla, aunque sin precisar si tal competencia deriva de su carácter de legislación básica, o por su contenido material de régimen económico, o por ambas causas simultáneamente. En la Ley se reconoce en alguna ocasión que las Comunidades Autónomas pueden tener alguna potestad en materia de Seguridad Social; por una parte, la disposición final primera sigue diciendo «salvo los aspectos relativos al modo de ejercicio de las competencias y a la organización de los servicios en las Comunidades Autónomas que, de acuerdo con lo establecido en sus Estatutos de Autonomía, hayan asumido competencias en la materia regulada», complejo redactado en el que se aprecia una salvedad relativa a la «organización de los servicios», servicios que si se pueden organizar -es decir, ejercer la potestad normativa autorganizativa- es porque se pueden ejercer, conforme a lo dispuesto en el último inciso del artículo 149.1.17 CE; e, igualmente, se refiere esta disposición final al «modo de ejercicio de las competencias» competencias que indirectamente se reconocen en la medida en que si puede regularse autónómicamente el modo de ejercerlas por las Comunidades Autónomas, es porque a ellas les competen. Esta misma forma genérica de realizar una salvedad a las competencias autonómicas que pudiesen haber sido asumidas podemos hallarlo en el artículo 5 LGSS, cuando se atribuyen al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (hoy Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales^[923]) «las funciones ... del Estado en materia de Seguridad Social que no sean propias del Gobierno», reiterándose unas líneas más abajo que las atribuciones realizadas al Ministerio se refieren a aquellas que se hallan «dentro de las competencias del Estado». Las salvedades genéricas enunciadas chocan, sin embargo, con la rotunda dicción del artículo 4 LGSS de que «Corresponde al Estado la ordenación.. de la Seguridad Social»: toda la ordenación, sin salvedad alguna; se conserva así el texto preconstitucional del artículo 3.1 de la Ley de Seguridad Social de 1966, olvidando que en aquel momento el sentido de esta atribución normativa al Estado tenía un significado muy distinto al que

La LGSS no explicita su carácter básico.

HURTADO, 1992, página, 261

[923] Real Decreto 758/1996, de 5 de mayo (BOE de 6-jun-1996).

presenta ahora la lectura del mismo texto^[924]. En la memoria del proyecto del actual texto refundido^[925] se advierte que el mantenimiento de esta afirmación preconstitucional debe relacionarse «con la distribución de competencias prevista por el texto constitucional (art. 149.1.17) y contemplada, asimismo, en los respectivos Estatutos de Autonomía» argumentándose que «para evitar reiteraciones y, por otra parte, para obviar posibles interpretaciones inadecuadas» se optó por introducir la disposición final primera citada, y sigue argumentándose que tal salvedad es, con todo superflua, ya que según la doctrina constitucional^[926] «El Gobierno de la nación ... no viene obligado constitucionalmente a reservar, mediante una cláusula de salvaguardia, las competencias que puedan tener las Comunidades Autónomas en la respectiva materia, sin que quepa alegar, en sentido contrario, el principio de seguridad jurídica». Razonable cita, que pone en evidencia que el legislador delegado realizó lo superfluo: incorporar una innecesaria cláusula de salvaguardia de las competencias autonómicas, y olvidó lo necesario: precisar si todo el texto de la LGSS o qué partes de él tienen el carácter de legislación básica, de acuerdo con la reiterada doctrina constitucional de que la ley puede y debe declarar expresamente el alcance básico de sus preceptos para evitar la ambigüedad permanente en este extremo^[927].

No obstante estas imprecisiones formales -por otra parte, usuales^[928]-, el carácter básico de la LGSS puede inferirse de su contenido material. El criterio material para determinar lo que debía considerarse como legislación básica fue adoptado por el Tribunal Constitucional para resolver primordialmente un problema temporal: que las Comunidades Autónomas pudiesen dictar normas no básicas en materias sobre las cuales el Estado aún no había promulgado una normativa que explícitamente se considerase básica «La noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como

La LGSS como legislación básica por su contenido material.

[924] El citado precepto tiene su origen en el apartado III de la Base preliminar de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre (BOE de 30-dic-1963) que buscaba, con fundamento en el artículo 28 del «Fuero de los Españoles» de 1945, y la declaración X del «Fuero del Trabajo» de 1938, asegurar como función del Estado, si no la gestión, al menos la normación y jurisdicción en la materia. Nada que ver, obviamente, con la dialéctica unidad-autonomía de carácter territorial con base en la Constitución de 1978.

[925] MEMORIA-LGSS, 1993, páginas 11 a 13 y 181.

[926] STC 95/1984, de 18 de octubre.

[927] STC 32/1981, de 28 de julio; STC 1/1982, de 28 de enero; y -especialmente- la STC 69/1988, de 19 de abril (sobre ella, *vid.* CASAS, 1989), reiterada en la STC 80/1988, de 20 de abril; y en la STC182/1988, de 13 de octubre en que se exige la misma determinación a las normas reglamentarias que se incluyan en el concepto material de bases; aunque en la STC 15/1989, de 26 de enero se admite la «inferencia natural» del carácter básico, que se aplica también en la STC 64/1989, de 6 de abril, si bien poco antes, en la STC 13/1989, de 26 de enero, se exige con rigor la determinación formal de lo básico en un supuesto en que se reglamentó con carácter exhaustivo las condiciones técnico-sanitarias del comercio.

[928] El profesor Eduardo García de Enterría manifestaba preclaramente en 1988 «Es un hecho que llevamos ya diez años desde la Constitución, y pasaremos muchísimos más, a mi juicio, sin que se haya plasmado todavía en la práctica de la legislación del Estado un uso ordinario de las 'leyes básicas' que ha previsto la Constitución» Apéndice al libro: TORMOS, 1988, página 250.

noción material y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente»^[929]; este concepto, unido al criterio de que por legislación básica debía entenderse no únicamente las normas con rango de ley sino todo el conjunto normativo anteriormente existente permitió desconectar cronológicamente a las leyes básicas de las leyes de desarrollo, posibilitando que las potestades normativas autonómicas no quedasen a merced de la actividad legislativa del poder central, aunque a costa de dejar abiertas todas las posibilidades interpretativas en los futuros conflictos competenciales^[930]. En base a este criterio material, y atendiendo al hecho de que en la LGSS se regulan los aspectos nucleares del régimen jurídico de esta institución de relevancia constitucional, puede afirmarse que se trata de una legislación básica^[931]. En consonancia con este mismo criterio material de legislación básica, muy probablemente pueda considerarse legislación básica el RPNC de 1991 considerado en su conjunto, sin perjuicio de que en algún detalle pudiera discutirse esta calificación, ya que «este Tribunal ha venido declarando que cuando la Constitución usa el término 'legislación' y lo atribuye a la competencia estatal, incluye los reglamentos tradicionalmente denominados ejecutivos, esto es, los dictados en desarrollo de la Ley y complementarios de la normativa en ella recogida, con la finalidad de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia... se trata, por tanto, de un concepto material de legislación y no formal»^[932], aunque en el caso del RPNC no ha expresado el legislador reglamentario -ni tan sólo indirectamente- su voluntad de que se considerase básico tal reglamento por requerir la materia un tratamiento unificado en todo el Estado; aunque sí lo hace posteriormente en el artículo 1 del RD 1971/1999 (el baremo de minusvalías de 1999, ya comentado) al decir «todo ello con la finalidad de que la valoración y calificación de minusvalía que afecte a la persona sea uniforme en todo el territorio del Estado», afirmación formulada evidentemente para reivindicar la competencia del Estado para dictar tal norma.

La definición de lo que debe considerarse incluido en el concepto de Seguridad Social presenta unos límites borrosos, tanto por ser éste un concepto en constante evolución a lo largo del tiempo, como porque los modelos de Seguridad Social existentes en los

Las pensiones no contributivas son Seguridad Social.

[929] STC 32/1981, de 28 de julio. Esta doctrina se reiteró con claridad en la STC 54/1982, de 26 de julio.

[930] TORMOS, 1988, páginas 49 y 50.

[931] En contra, VALLEJO, 1992, páginas 318 y 322, que considera que la Ley de prestaciones no contributivas «no tiene materialmente este carácter, ni en ningún momento ha sido calificada como tal», negando el carácter de básica a esta norma «en la medida en que no establece un sistema universalista, al no proteger todas y cada una de las situaciones de necesidad», y «su regulación se limita a contemplar en exclusiva tres tipos de contingencias (minusvalías, jubilación, y prestaciones por hijo a cargo)». naturalmente discrepamos aquí de que para que una norma deba ser materialmente básica deba tener tal amplio contenido.

[932] STC 100/1991, de 13 de mayo.

diversos países difieren en bastantes aspectos. La doctrina ya ha señalado ^[933] las limitaciones que presenta el intento de definir la Seguridad Social en base a los solos criterios de las técnicas protectoras y redistributivas, o los riesgos protegidos; el concepto de lo que debe entenderse aquí y ahora por Seguridad Social es heredero de su historia, se halla condicionada por los textos internacionales ratificados por España, y se ve influenciado por una concreta estructura organizativa; por otra parte, el legislador no sólo goza de un cierto margen para configurar las instituciones protectoras de la Seguridad Social, sino que es precisamente con su acción como se cierra el concepto, porque la Seguridad Social es también y decisivamente lo que el legislador quiere que sea, de forma que -en parte- una prestación 'es' de Seguridad Social cuando 'está' prevista en la Seguridad Social. Las pensiones no contributivas son conceptualmente prestaciones de Seguridad Social por una suma de razones: porque tutelan situaciones de necesidad (criterio artículo 41 CE), porque estas situaciones tuteladas son precisamente la jubilación y la invalidez, que son situaciones típicamente protegidas por la Seguridad Social (criterio histórico: desde el retiro Obrero, y convenio 102 de la OIT); porque se conceden prestaciones en metálico de carácter no contributivo con carácter supletorio a la tutela contributiva ya prestada en las ramas de vejez y invalidez (criterio art. 4.2 *bis* del Reglamento CEE 1408/71); y porque el legislador las ha integrado normativamente en un sistema o régimen, de carácter público, con el resto de prestaciones de Seguridad Social (criterio 41 CE); por contra, resulta irrelevante para calificar estas prestaciones como de Seguridad Social el origen de los fondos para su financiación (cotizaciones, impuestos o una mezcla de ambos)^[934], y la forma que adopte su gestión (más o menos centralizada, con muchas o pocas cargas o controles a los beneficiarios), sin perjuicio de que estos aspectos puedan ser importantes para determinar otras facetas de la naturaleza jurídica de tales pensiones^[935].

Si el concepto de Seguridad Social es variable en el tiempo y maleable por el legislador, y si el concepto de lo que es básico en una materia tiene un amplio margen de indeterminación, no podremos hallar de forma predeterminada un concepto de cual es el contenido necesario de la legislación básica en materia de Seguridad Social. La doctrina científica constató prontamente esta indeterminación, y afirmó -de forma coincidente en lo esencial- que debían entenderse como temas básicos el campo de

La Seguridad Social no básica.

[933] ALARCÓN, 1991, páginas 26 y ss.

[934] Éste también es el criterio comunitario de prestaciones de Seguridad Social para las que « el modo de financiación de una prestación carece de importancia a efectos de su posible calificación como prestación de Seguridad Social » Sentencia 'Offermanns' C-85/99 de 15 de marzo del 2001.

[935] Asimismo considera el Tribunal de Justicia que a efectos comunitarios de la calificación de una prestación «los estados miembros tienen libertad para organizar sus regímenes de Seguridad Social determinando, en particular, los requisitos que confieren derecho a las prestaciones» Sentencia 'Fahmi' c-33/99, de 20 de marzo del 2001, con cita de muchas otras en su párrafo 25.

aplicación subjetivo, la acción protectora y régimen económico^[936]; es decir a quién se protege, cómo se le protege, y con qué se le protege. Pero todas las afirmaciones de la existencia de una competencia estatal sobre la Seguridad Social en virtud de lo básico se hallaban carentes de un complemento que era definir con precisión o, al menos, ejemplificar lo que debía entenderse por legislación no básica de Seguridad Social; a esta tarea no contribuyeron los legisladores autonómicos, a los que hubiera correspondido ejercer esta competencia de legislación no básica, que no supieron o no quisieron ejercer sus funciones en base a tal título competencial. Esta laguna descriptiva se clarificó cuando se formuló la tesis de que las rentas mínimas de inserción instauradas progresivamente en todas las Comunidades Autónomas podían ser consideradas como legislación no básica de Seguridad Social^[937], señalándose que otras intervenciones normativas de las Comunidades Autónomas podrían considerarse también legislación no básica de Seguridad Social, y se indicaba expresamente las actuaciones autonómicas en materia de protección de la salud; caracterizar la actuación autonómica en materia de protección social como legislación no básica posibilitaba que las Comunidades Autónomas, a partir del contenido material básico del sistema de Seguridad Social, pudiesen profundizar de forma mucho más amplia en la universalización y asistencialidad de nuestro sistema. No es tarea imposible pensar en otros supuestos en los que sería posible una política autonómica en esta materia, tanto de forma complementaria en supuestos en los que la protección básica de la Seguridad Social todavía no ha actuado, para lograr así que la protección por tal contingencia se acerque más al ideal de generalidad y universalidad, como también es posible una actuación de carácter suplementario que perfeccione una tutela que es y será siempre limitada en su extensión, pero que por la misma razón siempre es mejorable.

Si las rentas de inserción pueden ser caracterizadas como un desarrollo no básico de la Seguridad Social, también -y con mayor motivo- deben ser caracterizadas así unas prestaciones polémicas: las prestaciones autonómicas adicionales para pensionistas no contributivos, entre otros beneficiarios de prestaciones de pequeño importe. Antes de su estudio más detallado, debemos anticipar que consideramos que tales prestaciones complementarias autonómicas son conceptualmente prestaciones de Seguridad Social desde un punto de vista material (aunque no orgánico), ya que se pagan a personas que se hallan en las típicas contingencias de invalidez o vejez, y que cumplen con los mismos requisitos que se exigen para las pensiones no contributivas; sin embargo, entre la base común de las pensiones estatales y las prestaciones autonómicas existen unas importantes diferencias: las prestaciones complementarias autonómicas se conceden para afrontar unas situaciones de necesidad complementarias -por consiguiente:

Los suplementos autonómicos son un ejemplo de Seguridad Social no básica.

^[936] ALARCÓN, 1986, página 56, y los autores citados en su nota 25.

^[937] LÓPEZ, 1991, págs. 533 y ss.

distintas-; y su régimen jurídico es asimismo distinto al de las prestaciones estatales: las prestaciones autonómicas son accesorias a las estatales que complementan, si se extingue esta última cesa el derecho a percibirse aquella primera; no consolidan un derecho sino que son dependientes de la existencia de una dotación presupuestaria, de forma que terminado el ejercicio, salvo que se efectúe una nueva dotación presupuestaria y concesión del complemento los interesados no han consolidado el derecho a percibir una prestación autonómica; y, finalmente, las pensiones estatales son un derecho común y uniforme en todo el Estado, mientras que los suplementos autonómicos son de importe ligeramente distinto en cada Comunidad Autónoma que las ha instaurado.

Ahora bien, hasta el momento nos hemos referido en general a las Comunidades Autónomas, pero si descendemos al caso concreto deberemos examinar si por parte de una Comunidad Autónoma esta competencia ha sido explícitamente asumida en su respectivo Estatuto de Autonomía^[938]. El artículo 149.3 CE -y en similar sentido los **Los Estatutos de Autonomía y la Seguridad Social no básica.**

[938] PAÍS VASCO: Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre de 1979 (BOE de 22 de diciembre de 1979); CATALUÑA: Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre (BOE de 22 de diciembre de 1979); GALICIA: Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril (BOE de 28 de abril de 1981), modificada por Ley 32/1997, de 4 de agosto (BOE de 5 de agosto de 1997); NAVARRA: Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto (BOE de 16 de agosto de 1982); COMUNIDAD VALENCIANA: Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio (BOE de 10 de julio de 1982), modificada por las Leyes Orgánicas 4/1991, de 13 de marzo (BOE de 14 de marzo de 1991), 5/1994, de 24 de marzo (BOE de 25 de marzo de 1994) y por la Ley 36/1997, de 4 de agosto (BOE de 5 de agosto de 1997); CANARIAS: Ley Orgánica 1/1982, de 10 de agosto (BOE de 16 de agosto de 1982), modificada por la Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre (BOE de 31 de diciembre de 1996) y por la Ley 28/1997, de 4 de agosto (BOE de 5 de agosto); MURCIA: Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio (BOE de 19 de junio de 1982), modificada por las Leyes Orgánicas 1/1991, de 13 de marzo (BOE de 14 de marzo de 1991), 4/1994, de 24 de marzo (BOE de 25 de marzo de 1994), 1/1998, de 15 de junio (BOE de 16 de junio de 1998), y por la ley 34/1997, de 4 de agosto (BOE de 5 de agosto de 1997); LA RIOJA: Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio (BOE de 19 de junio de 1982), modificada por las Leyes Orgánicas 3/1994, de 24 de marzo (BOE de 25 de marzo de 1994), 2/1999, de 7 de enero (BOE de 8 de enero de 1999), y por la Ley 35/1997, de 4 de agosto (BOE de 5 de agosto de 1997); EXTREMADURA: Ley Orgánica 1/1983, de 25 de febrero (BOE de 26 de febrero de 1983), modificada por las Leyes Orgánicas 5/1991, de 13 de marzo (BOE de 14 de marzo de 1991), 8/1994, de 24 de marzo (BOE de 25 de marzo de 1994), y 12/1999, de 6 de mayo (BOE de 7 de mayo de 1999); CASTILLA LA MANCHA: Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto (BOE de 16 de agosto de 1982), modificada por las Leyes Orgánicas 6/1991, de 13 de marzo (BOE de 14 de marzo de 1991), 7/1994, de 24 de marzo (BOE de 25 de marzo de 1994), y 3/1997, de 3 de julio (BOE de 4 de julio de 1997); CASTILLA Y LEÓN: Ley Orgánica 4/1983, de 25 de febrero (BOE de 2 de marzo de 1983), modificada por las Leyes Orgánicas 4/1999, de 8 de enero (BOE de 9 de enero de 1999), y 11/1994, de 24 de marzo (BOE de 25 de marzo de 1994), y por la Ley 30/1997, de 4 de agosto (BOE de 5 de agosto de 1997); CANTABRIA: Ley Orgánica 8/1981, de 30 de diciembre (BOE de 11 de enero de 1982), modificada por las Leyes Orgánicas 7/1991, de 10 de marzo (BOE de 14 de marzo de 1991), 2/1994, de 24 de marzo (BOE de 25 de marzo de 1994), y 11/1998, de 30 de diciembre (BOE de 31 de diciembre de 1998), y por la Ley 29/1997, de 4 de agosto (BOE de 5 de agosto de 1997); ASTURIAS: Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre (BOE de 11 de enero de 1982), modificada por las Leyes Orgánicas 3/1991, de 13 de marzo (BOE de 14 de marzo de 1991), 1/1994, de 24 de marzo (BOE de 25 de marzo de 1994), y 1/1994, de 5 de enero (BOE de 8 de enero de 1999), y por la Ley 26/1997, de 4 de agosto (BOE de 5 de agosto de 1997); ARAGÓN: Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto (BOE de 16 de agosto de 1982), modificada por las Leyes Orgánicas 6/1994, de 24 de marzo (BOE de 25 de marzo de 1994), y 5/1996, de 30 de diciembre (BOE de 31 de diciembre de 1996), y por la Ley 25/1997, de 4 de agosto (BOE de 5 de agosto de 1997); MADRID: Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero (BOE de 1 de marzo de 1983), modificada por las Leyes Orgánicas 2/1991, de 13 de marzo (BOE de 14 de marzo de

artículos 147.2.d) y 149.2- dice claramente: "Las materias [...] podrán corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de los Estatutos respectivos". Todas las CCAA han asumido competencias en materia de Asistencia Social si bien tal asunción se ha formulado a menudo asociándola a la de servicios Sociales o la más genérica de Bienestar Social. En cambio, las referencias estatutarias a la Seguridad Social son ya más diversas por cuanto, por una parte, hay un grupo de siete Comunidades Autónomas que asumen explícitamente las competencias no reservadas al Estado por el artículo 149.1.17 CE, -es decir: se asume la facultad de normación no básica además de competencias de ejecución- y se asume en estos términos: «el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado salvo las normas que configuran el régimen económico de la misma», a ello se añade adicionalmente «la gestión del régimen económico»^[939]; el resto de Comunidades Autónomas -salvo los especiales casos de Ceuta y Melilla^[940]-, siguen en su mayoría literalmente el texto de la Ley Orgánica que a finales de 1992 armonizó las competencias de las Comunidades Autónomas que accedieron a su autogobierno por la vía del artículo 143 de la Constitución^[941], y asumen únicamente la ejecución^[942] de la legislación del Estado en la materia de «gestión de las prestaciones y servicios sociales del sistema de Seguridad Social: IMSERSO», precisándose a continuación los límites de tal potestad ejecutiva en términos similares a los empleados veinte años antes en los primeros traspasos de servicios a las Comunidades

1991), 10/1994, de 24 de marzo (BOE de 25 de marzo de 1994), y 5/1998, de 7 de julio (BOE de 8 de julio de 1998), y por la Ley 33/1997, de 4 de agosto (BOE de 5 de agosto de 1997); ANDALUCÍA: Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre (BOE de 11 de enero de 1982); MELILLA: Ley Orgánica 2/1995, de 13 de marzo (BOE de 14 de marzo de 1995), CEUTA: Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo (BOE de 14 de marzo de 1995); ISLAS BALEARES: Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero (BOE de 1 de marzo de 1983), modificada por las Leyes Orgánicas 9/1994, de 24 de marzo (BOE de 25 de marzo de 1994), y 3/1999, de 8 de enero (BOE de 9 de enero de 1999).

[939] Así los artículos: 18.2 del Estatuto de Autonomía del País Vasco; 20.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía; 17.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; 38.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; 54 de la LO de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra; 32 del Estatuto de Autonomía de Canarias; 33 del Estatuto de Autonomía de Galicia.

[940] El autogobierno de estas dos entidades se basa en una autorización de las Cortes concedida en base al artículo 144 CE. En dicho artículo se diferencia entre los supuestos de «comunidades autónomas» excepcionales de la letra *a*), y otros «territorios» de la letra *b*). Por ello, pueden denominarse, por ejemplo, ciudades autónomas, pero no Comunidades Autónomas, y no parece probable que les sean de aplicación todos los preceptos constitucionales referidos a las Comunidades Autónomas, más que en la medida que el Estatuto otorgado se refiera a dichos preceptos.

[941] Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre (BOE 24 de diciembre de 1992).

[942] «Últimamente se ha dado una cierta tendencia a ampliar las competencias de las Comunidades Autónomas en un orden puramente ejecutivo o de gestión aunque reduciendo su facultad de innovación de manera que su facultad legislativa es puramente formal. Sin embargo hay que insistir en que las competencias de las Comunidades Autónomas conllevan la posibilidad de una renovación en profundidad» ARGULLOL, 1999, página 112, tras afirmar que cabe una reinterpretación de las previsiones constitucionales y estatutarias en orden a la definición de competencias.

Autónomas^[943]. Las Comunidades Autónomas ya no se hallan constreñidas actualmente por el plazo del artículo 148.2 CE, pero buena parte de ellas no especifican en sus Estatutos de Autonomía que hayan asumido las competencias en materia de legislación no básica de Seguridad Social; quiere decir ello que en bastantes Comunidades Autónomas no tendría cabida la posibilidad de un desarrollo propio de la legislación básica de Seguridad Social, y que una política autonómica de protección social que fuese calificada como de Seguridad Social no básica sólo sería posible en parte del territorio salvo que: *a)* se niegue que exista tal posibilidad de una Seguridad Social no básica por considerar que todo lo que en mayor o menor medida se refiera a la Seguridad Social es básico, interpretación que rechazamos por poco acorde con el artículo 149.1.17 CE; o *b)* porque hallemos una interpretación integradora entre la asistencia social y la Seguridad Social no básica -y esto es lo que nos proponemos realizar seguidamente- que permita afirmar que el calificar a una prestación como de Seguridad Social no básica no significa una limitación para su implantación territorial, sino sólo la expresión de un límite material a su diversidad.

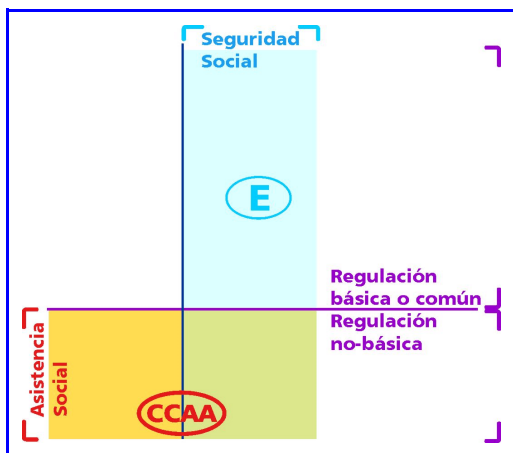
Para el encaje conceptual y competencial de las materias de Seguridad Social -básica y no básica- y de Asistencia Social -integrada o externa a la Seguridad Social- deberemos tener en cuenta que para la delimitación de ambos conceptos no necesariamente debemos considerarlos como colindantes o paralelos^[944]. La Seguridad Social puede ser vista como un ámbito material de protección que incluirá unos subconjuntos temáticos (las diversas contingencias), utilizando una pluralidad de instrumentos normativos de distinto ámbito y grado de imperatividad (básicos o no), pero esta protección incide sobre un conjunto predefinido y bien delimitado de personas; el legislador institucionaliza los límites exactos del concepto jurídico de Seguridad Social al definir el campo de aplicación subjetivo y objetivo del mismo creando el derecho básico de la Seguridad Social: la protección a ciertas personas que se hallen en determinadas circunstancias sociales. En cambio, la Asistencia Social hemos visto que podía prestarse tanto a las mismas personas que integran el campo de aplicación de la Seguridad Social como a otras distintas, y por similares o distintas contingencias, debiendo definirse la Asistencia Social por la negación, ya que se trata de proteger necesidades sociales que no se hallen previstas por el legislador como integrantes del derecho a la Seguridad Social, y proporciona protección a personas distintas, o por causas distintas, o ambas cosas a la vez: por una necesidad social que ni está prevista ni se dirige a las mismas

El encaje entre Seguridad Social y asistencia social.

[943] Decía el Real Decreto 1517/1981, de 8 de julio (BOE de 24 de junio y ss) en el segundo párrafo del número 7 del apartado B, que la actuación de la Generalidad debía sujetarse «a la normativa general de la Seguridad Social por lo que respecta a la determinación de los beneficiarios, requisitos e intensidad de la acción protectora y régimen económico-financiero y económico-administrativo».

[944] Anteriormente ya se ha argumentado acerca de las intersecciones conceptuales que existen en las materias listadas en los artículos 148 y 149 de la Constitución.

personas. La Asistencia Social es una acción transversal, ya que si unas veces proporciona a quienes están en el ámbito de la Seguridad Social una tutela complementaria (por ejemplo, para cubrir necesidades de un inválido más allá de la pensión que ya recibe), otras veces atenderá al excluido de la Seguridad Social (por ejemplo, un extranjero en situación administrativa irregular) para proporcionarle lo que en otras circunstancias recibiría de la Seguridad Social, y a unos y otros podrá proporcionarles ayudas por contingencias que no se consideran propias de la Seguridad Social (por ejemplo, cuando



se tutela a personas que carecen de una vivienda digna y salubre). Podemos pues considerar que mientras la Seguridad Social es una acción 'vertical' sobre un campo de aplicación determinado, la Asistencia Social es 'transversal', proporcionando a un conjunto más indeterminado sea una tutela complementaria en allí donde terminan los siempre limitados recursos de la Seguridad Social, o complementando otras políticas sociales como las de vivienda^[945], educación,

transporte, o alimentación. Partiendo de esta concepción de que la asistencia Social debe contemplarse desde una óptica distinta a la Seguridad Social, tanto por su indeterminación esencial como por la amplitud de su función, la interpretación de articulación de ambas materias y del consiguiente reparto competencial que se propone, y que hemos intentado reflejar en la ilustración adjunta, es la siguiente: la Seguridad Social es un ámbito de protección vertical acotado por su estructura organizativa y su ámbito de aplicación objetivo y subjetivo, que puede dividirse en una protección básica y una no básica; el nivel de imperatividad superior -la protección básica- es competencia del Estado, y la protección no básica puede ser asumida por las Comunidades Autónomas; la Asistencia Social es un ámbito de protección social transversal, que puede ser asumido por las Comunidades Autónomas, que siempre será no básico, y que puede coincidir parcialmente en cuanto a su ámbito subjetivo y material con el de la Seguridad Social; en cuyo caso estas prestaciones serán a la vez prestaciones de asistencia social y protección no básica de Seguridad Social.

Esta doble calificación, que significa la atribución de un doble título competencial, es la aplicación de un principio usual en Derecho Público: la concurrencia de títulos diferentes que legitiman la actuación administrativa. En la actividad administrativa son bien conocidos los casos en los que deben concurrir una pluralidad de autorizaciones (por

El doble título calificativo.

^[945] Un ejemplo reciente de la política concertada entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y las Comunidades Autónomas para facilitar el acceso a la vivienda en la resolución de 28 de junio del 2001 (BOE de 24-jul-2001).

ejemplo local y estatal) por razones urbanísticas, actividades peligrosas o molestas, de patrimonio protegido, etc^[946]. y también son conocidos los casos en los que es la misma autoridad la que debe conceder una autorización en base a dos criterios distintos. En el debate competencial, se ha constatado que una materia puede estar comprendida en más de una regla de las que definen las competencias^[947], cuando estas reglas atribuyen la competencia a un ente distinto, y no hay acuerdo, debe ser el Tribunal Constitucional quien dirima la cuestión buscando una norma a la que primordialmente pueda reconducirse la competencia, que prevalega por su especialidad, o la razón o finalidad de la regla de distribución competencial; la necesidad de atribuir al Estado o a la Comunidad Autónoma la competencia controvertida, y la obligación de resolver sin alegar falta de claridad (*non liquet*) obligan a escoger entre los títulos competenciales; y partiendo del dogma de que el legislador es coherente, por lo que no puede haber asignado la competencia sobre la misma materia y con el mismo alcance al Estado y a la Comunidad Autónoma, debe buscar algún elemento de prevalencia de un título sobre el otro; pero si ambos títulos (legislación no básica y asistencia social) legitiman a la Comunidad Autónoma para ejercer la competencia, no hay que forzar una contradicción entre los mismos. Como ya señaló la doctrina^[948], con relativa frecuencia el Tribunal Constitucional ha admitido algunos tipos de solapamientos, y entre ellos se halla la aplicación conjunta de dos o más títulos competenciales. En la STC 33/1982, de 8 de junio, se afirmó que «no cabe duda de que es posible una dualidad de encuadramiento de un hecho en distintos ámbitos competenciales», e incluso ha proclamado la posibilidad de «aplicar conjuntamente» dos títulos a la hora de atribuir una competencia a un determinado ente. En la mayoría de casos en que se afirma una posible duplicidad de títulos competenciales el Tribunal Constitucional, después de afirmar esta duplicidad, recurre a los criterios de prevalencia porque debe resolver qué ente es el competente; sin embargo, cuando los distintos títulos se refieren al mismo ente (Estado o Comunidad Autónoma) el Tribunal simplemente alude a ellos para justificar la titularidad controvertida^[949], o simplemente el Tribunal constata que no es preciso excluir que la materia examinada corresponda a alguno de los títulos competenciales alegados: «No es necesario realizar dicha operación excluyente, pues cabe perfectamente mantener,

[946] MEILÁN, 1988, página 117.

[947] STC 71/1982, de 30 de noviembre

[948] VIVER, 1989, páginas 29 y 67 y siguientes, apoyándose también en la doctrina alemana (R. SHOLZ) e Italiana (VIRGA).

[949] Por ejemplo: STC 13/1988, de 4 de febrero.

sin contradicción en cuanto a las consecuencias, que la cuestión litigiosa puede encuadrarse en las dos materias aludidas»^[950].

La interpretación que aquí se propone para relacionar las materias competenciales de Seguridad Social y de Asistencia Social no niega que la definición de una materia deben efectuarse *per relationem*, es decir, hallando los lindes de una materia con las afines; lo que afirmamos es que el concepto de asistencia social y el de Seguridad Social no son limítrofes y excluyentes, y, en consecuencia, no deben confrontarse el concepto de la competencia estatal «Seguridad Social» expresado en el artículo 149.1.17 CE, con el concepto de la competencia autonómica «Asistencia Social» mencionado en el artículo 148.1.20 CE. Las materias que lindan con la Seguridad Social son aquellas que, por un lado, persiguen un bienestar social (por ejemplo, la política de vivienda, o la de medio ambiente) algunas de cuyas actuaciones podrían hallarse integradas algún día en un concepto más amplio de Seguridad Social; por otro lado, la Seguridad Social linda con las actuaciones de los poderes públicos que tienen capacidad redistributiva (por ejemplo, la política fiscal), desplazándose más o menos los límites de ambas materias dependiendo del modelo de financiación que adopte el sistema público de Seguridad Social. La Asistencia Social queda delimitada en cuanto a su techo superior en las competencias estatales de legislación básica, y en su nivel inferior por las políticas que, aunque promuevan el bienestar de las personas, no contemplan lo que se ha dado en llamar riesgos sociales, es decir, los potenciales daños que pueden sufrir todas las personas en sus necesidades más vitales de relación social, y que por la sociedad es admitido que precisan de la tutela colectiva; quedarían en un nivel diferenciado, por ejemplo, las políticas de fomento cultural, económico o político, que afrontan carencias que socialmente se consideran como necesidades que precisan una tutela o menos intensa, o menos generalizada, y en todo caso diferenciada de las que configuran nuestro actual sistema de protección social.

Las materias afines y limítrofes.

Concebir la Asistencia Social como una materia transversal significa también que puede ser no sólo el complemento a la Seguridad Social sino también puede ser el complemento a otras políticas sociales^[951] no incluidas en el actual concepto de Seguridad Social, con respecto a las cuales pueden originarse problemas de delimitación competencial; pero -nuevamente- estos debates se originarán únicamente si existen dos

Otras materias transversales u horizontales.

[950] STC 48/1985, de 28 de marzo.

[951] Con cierta desazón ante la indefinición de la materia Asistencia Social en la jurisprudencia constitucional, ya se había constatado (GARCÉS, 1996, página 45) que «persiste, pues, la sensación de que seguimos en presencia de un concepto entregado a la libre disponibilidad del legislador, y no sólo en ese ámbito difuso de la complementariedad respecto de la Seguridad Social» al comentar que en la STC 13/1992, de 6 de febrero, se reconoce que las materias a las que se aplican los recursos procedentes del IRPF, reguladas por el Real Decreto 825/1988, de 15 de julio (BOE de 28 de julio de 1988), se incluyen en el concepto de Asistencia Social.

entes, Estado y Comunidad Autónoma, que se disputen la competencia. La concepción de una materia como transversal u horizontal de forma que cruce a otras materias ya ha sido considerada en diversas ocasiones por el Tribunal Constitucional^[952] que ha debido plantearse las disputas competenciales que señalábamos como posibles en materias como las relaciones internacionales, el fomento de la investigación científica, la defensa de la competencia, o la planificación económica, entre otras. La diferencia estriba en que normalmente las materias transversales son competencia del Estado para aplicar una política común y coordinada y el riesgo comúnmente examinado es que una interpretación extensiva de las mismas pudiera desvirtuar las competencias autonómicas^[953], y aquí la protección común se realiza mediante la legislación básica, y la materia transversal cumple la función de generalización y extensión de la protección social.

Asimismo, en la interpretación que aquí sostenemos, no existiría diferencia entre las competencias de las distintas Comunidades Autónomas en cuanto a la actividad de protección social, ya que todas ellas tienen competencia en materia de Asistencia Social, que sería la materia no reservada al Estado y que todas ellas han asumido. El hecho de que los Estatutos de Autonomía -siguiendo el artículo 148.1.20 CE- no mencionen ninguna limitación a las potestades a ejercer sobre la materia de Asistencia Social, no quiere decir que tales limitaciones no existan en la Constitución; una de tales limitaciones es que cuando la Asistencia Social se refiera a contingencias y personas comprendidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social, y por consiguiente tal tutela de Asistencia Social pudiese calificarse también como materia de Seguridad Social, la Comunidad Autónoma deberá ejercer su competencia con respeto a la legislación básica específica ya que, la expresen o no los distintos Estatutos de Autonomía, esta limitación existe para todas las Comunidades Autónomas en virtud de la reserva estatal del artículo 149.1.17 CE. Asimismo, según la interpretación aquí propuesta, sería veraz la afirmación que se realiza en la Ley Orgánica 9/1992^[954] de que se equiparan las competencias de las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE con aquellas cuyos Estatutos se elaboraron de acuerdo con lo establecido en el artículo 151.2 de la Constitución, y lo que habría realizado tal norma no sería tanto una atribución competencial novedosa sino la

Las CCAA y la equiparación de sus competencias .

[952] Así las STC 1/1982, de 28 de enero; 11/1984, de 2 de febrero; 44/1982, de 8 de julio; 76/1984, de 29 de junio; STC 228/1993, de 9 de julio; 264/1993, de 22 de julio; 61/1997, de 20 de marzo; 186/1999, de 11 de octubre; 208/1999, de 11 de noviembre; 242/1999, de 21 de diciembre; o 190/2000, de 13 de julio.

[953] AJA, 1989, páginas 130-131.

[954] En el apartado 3.2 de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 9/1992, de 22 de diciembre (BOE de 24 de diciembre de 1992). Incluso se afirma seguidamente que la equiparación competencial se realizó incluyendo de manera homogénea otras materias que aparecían recogidas en niveles competenciales diferentes y aquellas que por suponer una extralimitación respecto a lo establecido en el artículo 148.2 de la Constitución Española no habían podido ser ejercidas anteriormente.

liquidación de lo que se han denominado^[955] intervenciones históricas derivadas de la aplicación de la legislación preconstitucional.

Como ya se ha repetido, los límites de la competencia estatal para dictar la legislación básica en materia de Seguridad Social no son estáticos, ya que el Estado puede variar tanto el concepto de lo que considera básico como el concepto de Seguridad Social siempre que con tales variaciones no llegase a desfigurar alguno de estos conceptos. Significa esto que el Estado puede ampliar el concepto de Seguridad Social incorporándole la tutela de una nueva contingencia; esta ampliación (que en el gráfico anterior significaría desplazar hacia la izquierda la frontera de Seguridad Social) puede suponer la integración en la Seguridad Social de supuestos que antes se tutelaban como asistencia social. Por ejemplo, imaginemos que se incorpora a la Seguridad Social la contingencia de tener a cargo a una persona de edad avanzada -o, desde otro punto de vista, depender de otra persona por causa de la edad-; esta contingencia, que ya se tutela en la Seguridad Social de otros países,^[956] es distinta de las contingencias de tener un hijo a cargo, de invalidez, o de jubilación, aunque mantenga puntos de contacto con las mismas; tal hipotética asunción ampliaría el campo de aplicación material de la Seguridad Social; y si se estableciese para toda España como legislación básica dentro de la Seguridad Social, supondría la absorción parcial de la tutela que actualmente prestan algunas Comunidades Autónomas^[957], ya que la ampliación de la competencia estatal en materia de Seguridad Social puede realizarse también en el otro eje (el horizontal en el gráfico anterior) si el Estado integra como básico algún aspecto que antes no tenía tal carácter, estableciendo así el Estado un denominador común unitario distinto al anterior; también, por ejemplo^[958], al establecer para todo el territorio del Estado una renta de inserción similar a las que previamente existían en todas las

La elasticidad de la competencia estatal.

[955] GONZALO, 2000, página 19

[956] En Francia: la *Prestation spécifique dépendance* (SPD) instaurada desde principios de 1997, se otorga según el grado de dependencia y los recursos económicos de que disponga el interesado; con una peculiar característica: cuando fallezca el beneficiario, el Estado puede recuperar los importes pagados por esta prestación con cargo a lo que en su herencia sobrepase los 300.000 FF. En España se anunció hace diez años la intención de crear una prestación similar por parte del entonces secretario general de la Seguridad Social (LA VANGUARDIA, 18 de agosto de 1990)

[957] Por ejemplo: el «Programa de acogida familiar para personas mayores y minusválidos» de la CA de Galicia, Decreto 361/1991, de 17 de octubre (DOG de 28 de octubre de 1991); o el «Programa de suport a les famílies amb persones grans discapacitades» de la CA de Cataluña, Decreto 254/1992, de 26 de octubre (DOG de 27 de noviembre de 1992).

[958] Así lo prevé el artículo 23 del proyecto de Ley de medidas fiscales, administrativas y sociales, para el año 2001: «Renta activa de inserción.- Se habilita al Gobierno a regular para el año 2001 dentro de la acción protectora por desempleo...». se da así rango legal a la renta de inserción creada por el Estado mediante el Real Decreto 236/2000, de 18 de febrero (BOE de 10 de marzo del 2000); en tal norma dice que tenga carácter básico ni se responde a ninguno de los interrogantes competenciales que presenta esta prestación financiada con el presupuesto para política de empleo.

Comunidades Autónomas^[959]; o asumiendo el pago de determinadas órtesis que anteriormente no se consideraban un gasto sanitario^[960]. Naturalmente es muy posible que el redimensionamiento de la Seguridad Social básica pueda producirse en sentido negativo^[961], disminuyendo las prestaciones; por ejemplo, y como ha sucedido, reduciendo el alcance de la prestación farmacéutica^[962]; en este caso se produciría el fenómeno inverso al anterior: las Comunidades Autónomas verían ante sí más situaciones de necesidad no tuteladas por la legislación básica de Seguridad Social, y, en consecuencia, un mayor campo de actuación. Resumiendo, la competencia estatal sobre legislación básica de Seguridad Social condiciona mediante su elasticidad el contenido posible de la competencia autonómica^[963].

Un cambio en este sentido es el que se produjo con las pensiones no contributivas: el Estado asumió esta parcela de protección y derogó las prestaciones que, gestionadas por las Comunidades Autónomas tras las transferencias efectuadas en materia de asistencia social, otorgaban las pensiones de invalidez y de jubilación en supuestos no protegidos

Posibles actuaciones autonómicas en materia de asistencia social.

[959] Posibilidad esta que ya había sido apuntada por ALARCÓN, 1991, página 132: «no hay ninguna razón conceptual que impida que estas prestaciones [las rentas de inserción autonómicas] se hubieran otorgado por la Seguridad Social: basta leer el artículo 41 CE para confirmarlo. Su carácter 'complementario' -pese a lo 'básico' de las necesidades a las que viene a hacer frente, valga la paradoja- dimana exclusivamente del hecho de que la Seguridad Social no las ha incluido en el ámbito objetivo de su acción protectora: no están 'en la lista'; pero podrían -y quizás deberían- haber estado». El mismo autor había apuntado también la relación de tales rentas de inserción con el desempleo al caracterizarlas como prestaciones para expulsados del mercado de trabajo en situación de necesidad, acompañadas de medidas de inserción laboral.

[960] Como se realizó mediante la Orden de 30 de marzo del 2000 (BOE de 11 de abril del 2000); y en la Orden de 23 de julio de 1999 (BOE de 5 de agosto de 1999).

[961] Para lograr el equilibrio presupuestario (nuevo paradigma europeo de las finanzas públicas) en los presupuestos del Estado para el año 2001 se han incrementado los ingresos en un 21% y se han disminuido los gastos -entre ellos, los de Seguridad Social- en un 79%; se tiende actualmente por parte de la Hacienda Pública española al embridamiento y reducción del gasto público en un proceso que en otras circunstancias se llamó de jibarización del Estado. LÓPEZMT, 2000.

[962] La disminución de la prestación farmacéutica a cargo de la Seguridad Social tiene una larga tradición, y se ha producido en dos direcciones: la primera, la exclusión de determinados medicamentos de la prestación pública como las que dispone el Real Decreto 83/1993, de 22 de enero (BOE de 19 de febrero de 1993) desarrollado por la Orden de 6 de abril del mismo año; la segunda vía ha sido el incremento de la aportación de los beneficiarios, incremento efectuado mediante la reducción de las listas de medicamentos sometidos a aportación reducida, o mediante el aumento del porcentaje a satisfacer, que si en el Real Decreto 3157/1966, de 23 de diciembre (BOE de 30-dic-1966) se fijaba mediante unos tramos decrecientes de los que el más elevado suponía el 17% del importe bruto del medicamento, en el Real Decreto 945/1978, de 14 de abril (BOE de 6-may-1978) se elevó en general al 30% del precio, y en verano de 1980 (Real Decreto 1605/1980, de 31 de julio; BOE de 4-ago-1980) aumentó al 40% (salvo para los incluidos en el mutualismo funcional que no se vieron afectados por esta última disposición).

[963] Por ello no debe extrañarnos que algunas leyes autonómicas de Asistencia Social, aún basándose en la competencia 'exclusiva' en esta materia, se declaren dependientes de lo que diga la legislación básica del Estado; por ejemplo, el tercer párrafo del artículo 18 de la Ley aragonesa 4/1987, de 25 de marzo (BOE de 10 de abril de 1987).

por el Estado como Seguridad Social básica; aunque continúan existiendo supuestos en los que las personas afectadas de invalidez o llegadas a la vejez no pueden o quieren acceder a las prestaciones básicas y conservan como derecho personal a extinguir las antiguas prestaciones LISMI o FONAS, que se van actualizando anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Si bien el campo de aplicación subjetivo de la Seguridad Social se ha ampliado muchísimo siguiendo el mandato legal y constitucional de universalización, las Comunidades Autónomas tienen aún en materia de Asistencia Social y para personas que no se hallan comprendidas en la Seguridad Social un campo de actuación; por ejemplo, en los últimos tiempos ha sido tema noticiable la responsabilidad de las Comunidades Autónomas en proporcionar ayuda ante las situaciones de necesidad que plantean los inmigrantes recién llegados a nuestro país; lo que sucede es que en estos casos entre el Estado, las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos parece que no se plantea un conflicto competencial de signo positivo (que varios reclamen la competencia) sino más bien de signo negativo (se rehuye la competencia). Asimismo las Comunidades Autónomas tienen un amplio campo de actuación en supuestos en los que las personas incluidas en el campo de aplicación de la Seguridad Social se hallan en supuestos no tutelados por la misma, por ejemplo, las modificaciones del entorno del inválido para restablecer parcialmente su capacidad de movilidad y comunicación mediante la eliminación de barreras arquitectónicas, adaptación de vehículo, etc. Finalmente, las Comunidades Autónomas tienen las funciones de fomento y control de la asistencia social «impropia» o amplia a la que aludía el Tribunal Constitucional en la STC 146/1986, de 25 de noviembre: la prestada por entidades privadas.

Como hemos señalado con anterioridad, existe también la posibilidad de que se produzcan concretas situaciones de necesidad no protegidas en supuestos que afecten a personas incluidas en el campo de aplicación de la Seguridad Social, y en contingencias que -en general- ya se hallan tuteladas por la Seguridad Social. Dos actuaciones relativamente recientes de algunas Comunidades Autónomas en estos supuestos han originado un amplio debate competencial: nos referimos a los supuestos en los que la Comunidad Autónoma paga del precio de un medicamento la parte que debería ser satisfecha por el beneficiario, y a la concesión de un importe adicional a los perceptores de prestaciones asistenciales y no contributivas. En el primer caso, la situación de necesidad consiste en que unos beneficiarios de la Seguridad Social, que perciben las prestaciones de asistencia sanitaria, se estima que no pueden hacer frente al pago del precio de un medicamento, siendo indiferente a efectos competenciales si se trata de la porción del 40% que debe abonarse con carácter general o si se trata de la totalidad del precio en los casos de medicamentos que el médico de la Seguridad Social puede recetar pero que van a cargo íntegramente del beneficiario. En el segundo supuesto -el de las pensiones no contributivas-, lo que se alega es que las prestaciones percibidas no

Dos actuaciones autonómicas competencialesmente problemáticas.

satisfacen plenamente el objetivo de suficiencia, sea porque su incremento en los últimos años ha sido inferior al de las pensiones más elevadas^[964]; sea porque su importe se halla muy lejos del salario mínimo interprofesional^[965]; o del importe de las pensiones contributivas a las que suplen más a menudo que en otras zonas debido a la mayor precariedad y estacionalidad del empleo^[966], sea porque quienes residen en determinadas zonas en las que el incremento del coste de la vida ha sido superior al promedio nacional^[967], han visto disminuir el poder adquisitivo de sus pensiones -y por tanto, el grado de tutela de su estado de necesidad- en mayor medida que otros beneficiarios; y para compensar tal desequilibrio se otorgó a tales beneficiarios, y a cargo de los presupuestos autonómicos, un importe complementario. Los motivos expuestos por cada una de las Comunidades Autónomas que han pagado estos complementos a los pensionistas no contributivos no resultan muy relevantes ya que pertenecen más al mundo de la mercadotecnia política que al ámbito de lo jurídico^[968], por ello el Tribunal Constitucional ha manifestado reiteradamente que «ni las rúbricas de los títulos de las leyes ni los preámbulos o exposiciones de motivos tienen valor normativo»^[969]. Lo

[964] Argumento expuesto por la Junta de Andalucía en la exposición de los acuerdos de su Consejo de Gobierno del día 29 de diciembre de 1998 «Por lo que se refiere a las pensiones no contributivas de la Seguridad Social, implantadas mediante ley en 1990 y que en los dos últimos años han visto incrementadas las diferencias existentes entre los pensionistas con cuantías más altas y las más inferiores, el decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía fija en 9.395 pesetas anuales el importe de la ayuda...» JUNTAAND, 2001, de 29-dic-1998. La prestación se reguló por Decreto 284/1998, de 29 de diciembre (BOJA de 31 de diciembre de 1998), modificado en cuanto a la fecha de pago por el Decreto 62/1999, de 9 de marzo (BOJA de 11 de marzo de 1999). Una crónica en LÓPEZMENUDO, 2000,, páginas 84, 85 y 96.

[965] Este es el argumento expuesto por el Consejo de Gobierno de la Islas Baleares que concedió en 1999 y en el 2000 un complemento a 10.143 beneficiarios de las pensiones asistenciales: Resolución de 17 de noviembre de 1999, por el que se hace público el acuerdo del día 12 (BOIB de 30 de noviembre de 1999), que fue recurrido por el Gobierno del Estado (véase BOE 11 de febrero del 2000) ante el Tribunal Constitucional. Nuevamente por acuerdo del Consejo del día 29 de diciembre del 2000 (http://web2.caib.es/pidip/plsql/di_web_comunicat) el Gobierno balear decidió conceder una paga extraordinaria de 29.142,- pesetas a los 7.774 perceptores de pensiones no contributivas, con el fin de que sus ingresos alcanzasen el 60 por 100 del SMI; ello se plasmó en la Orden de 2 de febrero del 2001 (BOIB de 17-feb-2001); el Consejo de Ministros del día 30 de marzo del 2001 decidió recurrir también ante el Tribunal Constitucional (EL PAÍS, 31 de marzo del 2001, página 18) esta ayuda económica.

[966] Argumento expuesto por un senador (CÁMARA FERNÁNDEZ) al explicar en el Senado las razones del Gobierno Balear, en la sesión plenaria del 28 de septiembre de 1999 Diario de Sesiones-Senado, Pleno, núm. 139, de 28 de septiembre de 1999. Versión electrónica en: (<http://www.senado.es/pdf/legis6/senado/ds/PS0139.PDF.html>)

[967] Criterio que adopta el apartado 3 de la Resolución de 8 de septiembre de 1999 del Gobierno de la Generalidad de Cataluña (DOGC de 21 de septiembre de 1999): «la diferencia del IPC entre Cataluña y el conjunto del Estado, año a año».

[968] No es extraño encontrar juristas que consideren que, en el debate competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, la perspectiva jurídica no es la más relevante para resolver o entender las cuestiones planteadas. PALOMAR 1997, página 11.

[969] STC 36/1981, de 12 de noviembre; 150/1990, de 4 de octubre; 49/1998, de 30 de diciembre; 173/1998, de 23 de julio; y 116/1999, de 17 de junio.

relevante en ambos supuestos es que se está proporcionando una protección social que empieza justamente allí donde termina la protección básica -uniforme- de la Seguridad Social: si en general se considera que las prestaciones (farmacéuticas y económicas, en este caso) de la Seguridad Social sirven para compensar razonablemente el *handicap* o desventaja social de los beneficiarios debido a su estado de salud, de forma que con las mismas se les reintegra mínimamente a sus posibilidades de participar en la vida social, unas Comunidades Autónomas han considerado que ciertos colectivos precisaban de una ayuda complementaria para que tales beneficiarios alcanzasen una posición de igualdad real y efectiva.

La posibilidad de que las Comunidades Autónomas instauraran prestaciones económicas que complementasen a las pagadas por la Seguridad Social no era una posibilidad ni desconocida ni rechazada por parte de quienes implantaron en España las pensiones no contributivas. Como ha recordado^[970] un destacado miembro del equipo técnico que gestionaba la Seguridad Social en aquel entonces, en los trabajos preparatorios se manifestaba ya lo siguiente^[971]:

El complemento autonómico ya estaba previsto hace diez años.

«el establecimiento de la modalidad no contributiva de pensiones de la Seguridad Social puede provocar una modificación (que dependerá de la iniciativa y propósitos de cada Comunidad Autónoma) en los contenidos prestacionales de la Asistencia Social o pública. Garantizadas universalmente las ayudas económicas para la vejez, y la minusvalía por la Seguridad Social, los nuevos contenidos de la Asistencia Social pasarían a ser -ya lo son en algunos países- los siguientes: ...concesión de **suplementos en dinero para la mejora de esas mismas prestaciones otorgadas por la Seguridad Social**»^[972]

En consonancia con tal previsión, se preguntó a muchos españoles, en los sondeos de opinión que formaban parte de los estudios preparatorios de tales pensiones, sobre la posibilidad de que el importe fuese fijado por el Estado con un complemento autonómico^[973]; y a los diputados que discutieron la Ley 26/1990 se les proporcionó en

[970] GONZALO, 2000, página 22 y 25 en la que concluye que la exclusividad competencial de la Asistencia Social autonómica «no tiene en la legislación superior otros límites que los que razonablemente pueden resultar de la naturaleza complementaria y suplementaria de sus prestaciones con respecto a las de la Seguridad Social. Todas las demás restricciones que se le suponen por los agentes del debate en curso son meras construcciones doctrinales enfrentadas a la legalidad, y sin otro valor que el que resulta de su fundamentación histórica o de su propia lógica singular».

[971] Las negritas no estaban en el original

[972] Asimismo en un artículo dedicado a las pensiones no contributivas en Europa, se concluía que los nuevos cometidos de la Asistencia Social en España pasarían a ser: a) Concesión de suplementos en dinero para la **mejora** de esas mismas prestaciones otorgadas por la Seguridad Social; b) concesión de asistencia complementaria en forma de **servicios sociales** diversos; c) Concesión de ayudas económicas para la compensación de **riesgos o necesidades sociales no tipificadas**. GONZALO, 1989, páginas 26 y 27 (Se han destacado las mismas expresiones que en el original).

[973] GONZALO-ESTUDIOS, 1991, páginas 63 a 68.

el apartado de previsiones de la Administración del Estado contenidas en la documentación aneja a la Ley la siguiente información:

« La Asistencia Social actuará como instrumento preferente de mejora de las prestaciones básicas de Seguridad Social, atendiendo a la concesión de **suplementos de dinero de las prestaciones (contributivas o no contributivas, estas últimas sobre todo)** de la Seguridad Social; concesión de asistencia complementaria y conexas en forma de servicios sociales diversos (de rehabilitación, preventivos, de empleo y formativos, de salud en diversas formas...); y a la concesión de ayudas económicas para la compensación de riesgos o necesidades sociales extraordinarias y no tipificadas».

«Para lo sucesivo se procederá a eliminar cuantas fórmulas residuales de Asistencia Social se conservan aún en manos del Estado»

«Cada Comunidad Autónoma dispondrá con libertad absoluta sobre las interdependencias que deban establecerse entre la Seguridad Social y la Asistencia Social a su cargo»

Sirva esta cita también como muestra no sólo de que es plausible sostener una interpretación amplia de la competencia autonómica en materia de protección social, sino también de que tal interpretación autonomista ha sido liderada en algún momento no únicamente por quienes se llaman nacionalistas sino también desde los alrededores del Gobierno del Estado; aunque la polémica desatada actualmente es también muestra de que dista de ser un tema doctrinalmente pacífico^[974].

En sentido amplio, las contingencias de alteración de la salud e invalidez son de las tuteladas por la Seguridad Social, pero la necesidad específicamente tutelada en los supuestos de prestaciones autonómicas que examinamos es distinta. Podemos imaginar fácilmente una hipótesis simétrica, suponiendo que el precio de los medicamentos no fuese idéntico en todo el territorio: entre dos personas que precisasen adquirir un mismo medicamento y percibiesen la misma prestación económica (60% del precio a cargo de los poderes públicos), una de ellas -la que tuviese que pagar el precio más elevado- podría hallarse con una mayor dificultad para obtenerlo; la misma desventaja existiría entre quienes percibiendo iguales rentas debiesen pagar distinto precio, que entre quienes fuesen a pagar idéntico precio pero desde niveles económicos distintos; en ambos casos la desventaja se podría aminorar con una prestación complementaria que, respectivamente, rebajase el precio más elevado o que elevase el nivel económico del desfavorecido; y en ambos casos la situación de necesidad tutelada por esta prestación complementaria sería distinta, aunque accesoria, a la contingencia básica de alteración de la salud: hallarse en una zona en la que el precio a pagar sería más elevado que el promedio general, o hallarse en una situación económica inferior a la media en el momento de precisar una medicación. Similares paralelismos podríamos imaginar

^[974] En contra de la competencia autonómica para otorgar tales complementos véase el informe del Consejo de Estado, de 9 de septiembre del 2000. CONSEJOE, 2000

refiriéndonos a las pensiones de invalidez o jubilación, pero basta el ejemplo para reafirmar lo expuesto de que, para personas y contingencias tuteladas por la Seguridad Social, pueden existir situaciones de necesidad específicas que justifiquen prestaciones complementarias; que por la tutela de situaciones atípicas serían prestaciones de asistencia social, y que por dirigirse -aunque de forma complementaria- a las personas tuteladas por el sistema de Seguridad Social y a las contingencias básicas, se incluirían también en el concepto material de Seguridad Social. Evidentemente, puede argüirse que no existen dos beneficiarios con una situación económica idéntica, y que, en consecuencia, las disparidades en la capacidad para comprar un medicamento son una situación generalizada y no específica de quienes han percibido las prestaciones autonómicas debatidas; pero este alegato demostraría que pueden existir más situaciones de necesidad que no son aún atendidas, no que las atendidas no existan. Observemos finalmente que la situación protegida no es una genérica falta de recursos económicos personales o familiares; los beneficiarios podían con más o menos desahogo vivir, y es en el momento en que precisan un medicamento que no se les proporciona gratuitamente cuando aparece la situación específica de necesidad, la prestación no se ofrece a todo aquel que precise dinero, sino a quien debe afrontar este pago específico. En el caso de las prestaciones complementarias a las pensiones por invalidez o vejez, la prestación autonómica no se ofrece a todos aquellos a quienes para vivir les resulte conveniente incrementar la pensión básica, sino a aquellos a quienes les resulta más insuficiente que a otros la cantidad percibida por una específica causa (el diferencial de inflación o de revalorizaciones); puede haber muchos otros ciudadanos o pensionistas a quienes les resulte insuficiente el importe percibido porque hayan tenido que afrontar gastos que otros no han debido soportar en la misma cuantía (por ejemplo, quienes no hayan podido hallar una vivienda con un alquiler moderado^[975]), pero estas otras causas de insuficiencia de las pensiones son otras posibles situaciones de necesidad; como hemos dicho, constatar la existencia de las mismas y observar que no son atendidas no sirve para negar que las situaciones atendidas existieran. De todas formas, dado el pequeño importe de las ayudas acordadas por las Comunidades Autónomas, y el hecho de que sus destinatarios fuesen personas con escasísimos recursos económicos personales, no ha de resultar difícil describir un estado de necesidad que justifique la prestación autonómica, y, de hecho, no se ha cuestionado tal necesidad en el debate

[975] Ya en el informe de 1942, Beveridge señalaba la importancia de los alquileres para estimar el importe de una pensión suficiente, y señaló además la gran diversidad de importes y la poca elasticidad a las variaciones de ingresos (no puede reducirse el importe destinado al alquiler como sí se puede con lo destinado al consumo de ropa), concluyendo que aunque había razones para mantener una prestación uniforme, seguía vigente la dificultad de atender con ella las necesidades de las familias en todas las partes del país, dificultad que podía extenderse al establecimiento de las cotizaciones uniformes; constataba que cualquier tipo uniforme conlleva situaciones de insuficiencia para algunos o de exceso para otros. BEVERIDGE, 1990, págs. 84 a 89.

acerca de tales prestaciones^[976]; el problema de fondo es si tal comportamiento autonómico tiene suficiente cobertura constitucional en cuanto al reparto de competencias^[977].

Para determinar si las Comunidades Autónomas tenían la competencia para establecer las prestaciones autonómicas que comentamos debemos examinar si las mismas resultan contradictorias con las competencias reservadas al Estado. Tanto porque, en general, una competencia es «una potestad definida *per relationem* a las ostentadas sobre el mismo objeto por otro ente público»^[978], como porque ya hemos visto que existen unos importantes límites a la competencia autonómica: el Estado tiene la competencia de la legislación básica de la Seguridad Social, y para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. De acuerdo con lo que hemos manifestado anteriormente al examinar estos límites, podemos considerar que es competencialmente correcta la legislación autonómica no básica en materia de Seguridad Social que complemente o refuerce la protección social proporcionada por la legislación básica del Estado, siempre que no limite o reduzca esta última; y tales normas autonómicas no infringirían lo dispuesto en el artículo 149.1.1 CE si protegen, aunque fuese de distinto modo, una necesidad también considerada protegible en el ordenamiento general, incluso si tal protección se proyectase sobre una contingencia que no fuese distinta de las también tuteladas por el derecho protector estatal. El núcleo de la compatibilidad de las prestaciones autonómicas no básicas con la legislación básica estatal consiste en que las primeras no contradigan, ignoren, reduzcan o limiten la protección estatal. Claramente no ignoran las prestaciones autonómicas a las estatales, ya que precisamente toman a las mismas como elemento de hecho de referencia en su fundamento y cuantía; tampoco reducen o limitan la protección básica estatal, ya que la complementan; queda, por

La compatibilidad entre la legislación básica y la autonómica.

[976] Una exposición de las distintas posiciones políticas puede verse en el debate que tuvo lugar en el pleno del Senado en la sesión del día 28 de septiembre de 1999 (Diario de sesiones número 139, VI legislatura, 1999) con motivo de una proposición presentada por el Partido Popular «por la que se insta a las Comunidades Autónomas a que eviten adoptar medidas relacionadas con el sistema de pensiones que, fuera de su ámbito competencial, puedan poner en riesgo la existencia de un sistema público de pensiones que garantice la igualdad de trato de los españoles en todo el territorio nacional».

[977] En un reciente informe de la OIT presentado a la 89ª Conferencia Internacional del Trabajo se dice de las prestaciones basadas en la tributación: «Por lo general, para la asistencia social y las prestaciones universales es mejor que la financiación proceda principalmente del gobierno central, dado que no es posible dar de otra forma la respuesta adecuada a las enormes necesidades de las regiones y localidades deprimidas. Esto garantiza el acceso de las personas de todas las regiones de un país a las mismas prestaciones básicas, que, en caso necesario, han de ajustarse en función de las diferencias del costo de la vida. Los gobiernos municipales y regionales pueden añadir complementos a esta prestación básica, por ejemplo prestaciones para la vivienda, la manutención o el trabajo. Además, en colaboración con las instituciones locales, el gobierno municipal puede desempeñar un papel importante en la concesión efectiva de las prestaciones» OIT, 2001, página 78. En resumen se propone: financiación estatal, ajuste descentralizado al coste de la vida, complementos para finalidades específicas y colaboración local en la gestión.

[978] STC 157/1985, de 15 de noviembre.

consiguiente, analizar si las prestaciones autonómicas contradicen la protección social estatal, y debemos afirmar que no la contradicen sino que la afirman en cuanto la complementan.

Ya hemos indicado anteriormente que, debiendo existir algún grado de capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en las materias en que el Estado ostenta la potestad de dictar la legislación básica, ésta debe considerarse siempre como un mínimo, que -por consiguiente- puede ser completado. Debemos añadir a ello que, desde la perspectiva de un Estado Social, consideramos difícil sostener que la protección social básica es un imperativo absoluto que se opone a cualquier mejora por parte de otro poder público^[979]. Si así se entendiera, negaríamos la posibilidad de que pudiese existir una asistencia social que complementase a la Seguridad Social, lo que ni es realista, ni es acorde con la posibilidad competencial anunciada por el artículo 148.1.20 CE. La competencia del Estado para fijar la legislación básica de Seguridad Social debe entenderse como una reserva del mínimo uniforme, ya que si consideráramos como una oposición a tal base cualquier intento de mejora de la misma, estaríamos excluyendo a una parte importante de los poderes públicos de la obligación promocional derivada del artículo 9.2 CE. Todos los poderes públicos citados en tal artículo y en los artículos 40.1; 41 y 50 CE pueden y deben concurrir a la satisfacción de los estados de necesidad, como señalaba el Tribunal Constitucional: «en una materia compleja como la acción y protección social, tan central además en un Estado Social (a la vista de los principios rectores de política social incluidos en el Capítulo Tercero del Título I de la Constitución), las competencias exclusivas no pueden entenderse en un sentido estricto de exclusión de actuación en el campo de lo social, ni de otros entes públicos -tal como sucede en particular con los entes locales- ni por parte de entidades privadas»^[980]. Ello nos conduce a negar que la protección social estatal pueda ser considerada como un máximo que no puede ser violado por la protección social autonómica; por el contrario, debemos mantener que estamos ante un imperativo relativo que se respeta cuando se mejora; y, en consecuencia, que las ayudas autonómicas complementarias no suponen una oposición a las pensiones no contributivas establecidas por el Estado. Existirá ciertamente el límite de que las necesidades a proteger estuvieran ya completamente satisfechas por la protección social estatal; en tal caso, cualquier otra aportación ya no sería protección social sino subvención personal, pero todo cuanto hemos anteriormente

La protección autonómica no se opone a la estatal.

[979] Aunque así lo entiende alguna doctrina; ALONSO G, 1997, reconoce que existen dos interpretaciones posibles: una, que «las Comunidades Autónomas pueden completar este *mínimo* hasta los niveles de protección que deseen»; otra, que es la que defiende, que «no existe ese mínimo o que ese mínimo opera como máximo, pues todo el Sistema de seguridad Social ha de ser igual en todo el territorio nacional, so pena de incurrir en discriminación por razón de residencia».

[980] STC 146/1986, de 25 de noviembre. En cuanto a la referencia a los entes locales, debe tenerse en cuenta que la Ley de Bases de Régimen Local les atribuye competencias en materia de prestación de servicios sociales en los términos que la normativa estatal y autonómica prescriban: art. 25.2.k) de la Ley 7/1985, de 2 de abril (BOE de 3-abr-1985).

examinado acerca de la suficiencia de las pensiones y de los distintos criterios para establecer un umbral de recursos económicos suficientes permite descartar que importes como los que se manejan en este caso puedan suponer una sobreprotección de los beneficiarios de estas pensiones no contributivas.

La cuantía y el origen de los fondos empleados en estas ayudas complementarias autonómicas han sido también un argumento utilizado en este debate competencial. La escasa cuantía de estas ayudas fue *ratio decidendi* para que el Tribunal Constitucional levantara la suspensión inicialmente acordada ante el recurso planteado por el Gobierno del Estado^[981], pero ello sólo para no mantener la suspensión cautelar, ponderando el grado de perjuicio que podía causarse al Estado y a los beneficiarios. Sin embargo, esta decisión no prejuzgaba la alegación estatal de que la actuación autonómica atacaba la caja única de la Seguridad Social violando otro elemento de la competencia estatal: el régimen económico; y es que la escasa cuantía de las ayudas no puede ser el elemento decisivo en este debate ya que la doctrina que se adopte debe ser válida para distintas magnitudes de intervención autonómica; ello no obstante, no puede desconocerse que la cuantía puede ser relevante. En primer lugar, la cuantía de las ayudas debe ser contemplada para juzgar la proporcionalidad de las actuaciones de los poderes públicos (por ello el Tribunal Constitucional ha tenido en cuenta este criterio para evaluar la necesidad o no de mantener la suspensión de la norma cuestionada); y, en segundo lugar, la cuantía puede ser valorada para analizar el rol que juega realmente la ayuda en el conjunto de la protección recibida por los beneficiarios; basta imaginar un supuesto irreal en el que las ayudas autonómicas fuesen de una cuantía muy superior a las pensiones que dicen complementar: probablemente podría considerarse que tal cuantía -por desproporcionada- desfigura y ataca el esquema básico de Seguridad Social. De ello no puede deducirse en absoluto que la asistencia social autonómica tenga vocación de miniatura, pero sí que en algún caso la cuantía de las mismas puede ser un elemento a considerar.

Competencia y escasa cuantía de las ayudas.

Al origen autonómico de los fondos se ha aludido incidentalmente en el debate político^[982], y también en el Auto del Tribunal Constitucional al mencionarse que «los fondos procedentes del Estado del sistema unitario no quedan en entredicho de modo directo». El hecho de que los fondos con los que se financian las controvertidas ayudas provengan de los presupuestos autonómicos no parece que deba ser un criterio para

La irrelevancia del origen autonómico de los fondos empleados.

[981] La suspensión de las ayudas concedidas por la Junta de Andalucía fue automática en virtud del artículo 161.2 CE. La decisión del Tribunal Constitucional de levantar la misma fue publicada en el BOE de 29 de julio de 1999 (ATC 193/199 y ATC 194/199, ambos de 21 de julio). Una breve crónica de este contencioso en COLINO, 1999.

[982] LÓPEZ PAVÓN, TERESA «Andalucía sube las pensiones no contributivas el doble que el Estado», en EL MUNDO, 30 de diciembre de 1998.

determinar si estas ayudas se han establecido dentro de la competencia autonómica, ya que reiteradamente el Tribunal Constitucional ha establecido -refiriéndose tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas- que «la 'facultad de gastar' no constituye un título competencial autónomo»^[983] habilitante para asumir cualquier competencia que no le corresponda constitucionalmente: «no podrán los poderes autonómicos, al abrigo de sus potestades respecto del gasto público, recabar para sí una competencia sobre áreas reservadas al Estado»^[984]; «Ya ha repetido este Tribunal, refiriéndose a una frecuente manifestación de esta facultad de gasto -las subvenciones-, pero con una doctrina que puede generalizarse, que el hecho de invertir fondos propios en una determinada actividad no es título competencial propio, ni el sólo hecho de financiar puede erigirse en núcleo que atraiga hacia sí toda competencia sobre los varios aspectos a que puede dar lugar la actividad de financiación»^[985]. La misma doctrina debe aplicarse al caso de estas ayudas, y el que los fondos a gastar sean autonómicos o estatales deberá ser una consecuencia de la competencia normativa, no un criterio anterior para determinar la misma. Un ejemplo ficticio nos puede ilustrar mejor esta relación: imaginemos que un ciudadano cualquiera decide alocadamente nombrar a su suegro como funcionario judicial para cubrir la crónica carencia de los mismos; tal estrambótico «nombramiento» sería a todas luces plenamente nulo, y el hecho de que decidiera tal ciudadano pagar de su propio peculio los emolumentos derivados de tal extravagante nombramiento no convertirían al mismo en una actuación ajustada a Derecho, simplemente porque tal ciudadano no tiene competencia para nombrar a funcionarios judiciales, por más dinero propio que pusiese en su empeño. Descendiendo de la exageración al caso que examinamos, según el artículo 156.1 CE las Comunidades Autónomas disponen de «autonomía financiera para cumplir y ejercer sus competencias» no para cualquier actuación; en consecuencia, es la capacidad competencial lo que condicionará el uso de los fondos autonómicos y no al revés.

Una vez aclarado que el uso de fondos propios no es un criterio de distribución competencial, debemos examinar ahora si el uso de estos fondos propios ha violado el último límite a la actividad autonómica que nos queda por examinar: la reserva estatal del régimen económico que se formula en el artículo 149.1.17 CE. Con claridad, este artículo reserva al Estado todas las competencias normativas relativas al régimen económico, y es discutible en qué extensión también el Estado ostenta las competencias ejecutivas relativas a dicho régimen económico, ya que el último inciso del artículo «sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas» hace

[983] STC 179/1985, de 19 de diciembre; STC 95/1986, de 10 de julio; STC 146/1986, de 25 de noviembre; STC 201/1988, de 27 de octubre; STC 145/1989, de 21 de septiembre; STC 188/1989, de 16 de noviembre; STC 59/1995, de 17 de marzo; STC 109/1996, de 13 de junio; STC 71/1997, de 10 de abril.

[984] STC 39/1982, de 30 de junio

[985] STC 146/1986, de 25 de noviembre.

posible dos interpretaciones distintas^[986]: en primer lugar que la competencia del Estado es absoluta y que, por tanto, a las Comunidades Autónomas les estará vedada cualquier actuación en la materia, incluida la potestad de ejecución; y, frente a ella, es posible entender que las competencias estatales son todas las normativas, dejando a las Comunidades Autónomas la ejecución de los servicios, incluidos los relativos al régimen económico, si bien con las importantes limitaciones contenidas en otros preceptos constitucionales; corresponde esta doble interpretación no sólo a una distinta visión doctrinal, sino también a un doble modelo de previsiones competenciales en los Estatutos de Autonomía^[987]. La jurisprudencia constitucional, que en la STC 27/1983, de 20 de abril sólo afirmaba la competencia normativa estatal en esta materia^[988], en la STC 46/1985, de 26 de marzo interpretaba que «constituye competencia exclusiva e indeclinable del Estado todo lo relativo al régimen económico de la Seguridad Social», y en la importante sentencia 124/1989, de 7 de julio determinó que «el Estado ejerce no sólo facultades normativas sino también facultades de gestión o ejecución del régimen económico» si bien admitiendo que existen unas no muy concretadas competencias autonómicas en esta materia cuyo ejercicio debe conciliarse en todo caso con las del Estado, concluyéndose en el último Fundamento Jurídico que la competencia autonómica^[989] de gestión del régimen económico de la Seguridad Social no resulta en modo alguno mermada por lo que se dice en el precepto impugnado. En el caso analizado de los complementos pagados a los pensionistas beneficiarios de una pensión no contributiva, las Comunidades Autónomas no pretendían aplicar o ejecutar ninguna norma estatal de las que disciplinan estas prestaciones, por lo que el debate se sitúa

[986] Una síntesis en PALOMAR, 1990, que se apoya en el texto original de la tesis de LÓPEZ LÓPEZ, JULIA «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de trabajo y Seguridad Social », si bien debe hacerse notar que los textos de 1985 que allí se transcriben fueron revisados por su autora a la luz de la STC 124/1989, de 7 de julio, en LÓPEZ, 1993, páginas 191 y ss.

[987] DESDENTADO, 1983, págs, 353 a 364, realiza una descripción de ambas interpretaciones y modelos; y, con los instrumentos normativos disponibles en aquella fecha, realiza una propuesta de reparto competencial que tiene la rara virtud de detallar las concretas facultades que propone tanto para el Estado como para las Comunidades Autónomas. Una interpretación más estricta en ALONSOG-RE, 1997, páginas 242 y ss. en las que incluso se prevé una 'Alta Inspección' para el régimen económico incluso en las Comunidades Autónomas que no han asumido en sus Estatutos de Autonomía tales competencias, basándose para ello que si las CCAA que las han previsto «prevén la reserva del Estado sobre la alta inspección, con mayor motivo se dará ésta en las Comunidades Autónomas con menores competencias asumidas» pero que pueden ejercerlas por la vía del artículo 150.2 CE.

[988] F.J. 4: «En consecuencia, como si calificásemos la Circular como norma sería una norma en materia de régimen económico de la Seguridad Social, que la Generalidad no es competente para dictar, es obvio -de acuerdo con los criterios generales antes expuestos- que la solución procedente es la de calificarla como acto de carácter jerárquico con valor meramente interno de competencia de la Generalidad ».

[989] En la sentencia se refiere a la expresada en el Estatuto de autonomía de Cataluña. Con similar redactado «gestión del régimen económico de la Seguridad Social» figura en el artículo 20.2 del Estatuto de Andalucía; artículo 54.1 del Régimen Foral de Navarra; artículo 38.2 del Estatuto de la Comunidad Valenciana; artículo 18.2 del estatuto del País Vasco; y en el artículo 33.2 del Estatuto de Autonomía de Galicia, que precisa que tal gestión del régimen económico se realizará «sin perjuicio de la caja única».

fuera de las controvertidas competencias de ejecución que hemos simplemente reseñado, y lo que deberemos determinar para ver si el establecimiento de tales complementos constituye un acto que afecte al régimen económico es qué conceptos lo integran materialmente.

La materia de régimen económico de la Seguridad Social no puede definirse de forma maximalista incorporando a la misma cualquier disposición que de un modo u otro pudiese tener repercusiones económicas, ya que entonces la distinción constitucional del artículo 149.1.17 CE entre legislación básica y régimen económico carecería de sentido: todo sería régimen económico desde la norma más básica al último desarrollo asistencial; si se olvida el criterio de atribución competencial de atender a la finalidad principal de la norma, y se utiliza el de los efectos que puede producir, serían régimen económico incluso muchas otras políticas laborales, de fomento económico, formativas, etc. que pueden repercutir en el número, categoría o ubicación de los cotizantes, de su solvencia o liquidez, por citar algunos temas que se interrelacionan con la financiación de la Seguridad Social. Por ello la doctrina partió de las definiciones que figuraban en la LGSS, es decir los actuales artículos 80 a 95 que integran el capítulo VIII de la LGSS, titulado precisamente «Régimen Económico» y que comprende aspectos económico-financieros y económico-administrativos agrupados en cuatro secciones referidas a la titularidad y gestión del patrimonio, recursos posibles y sistema financiero, administración presupuestaria, y a contratación. Ninguna de las normas autonómicas discutidas se propone innovar alguno de estos aspectos, sino que su finalidad es simplemente proporcionar unas prestaciones asistenciales sostenidas con fondos públicos determinados *ad hoc* por los poderes públicos que respectivamente proporcionan este complemento, de acuerdo con lo que hemos visto al comentar el artículo 55 LGSS; implícitamente las entidades gestoras de tales prestaciones complementarias deberán tomar medidas de administración, que deberán ser consideradas como ejercicio de la potestad organizativa e instrumental necesaria para su correcto funcionamiento, y la competencia para tales actividades instrumentales corresponde a quien ostenta la correspondiente competencia para la actividad prestacional principal^[990], que en materia de Asistencia Social y prestaciones no básicas es la Comunidad Autónoma, de la misma forma que corresponden al Estado los actos de gestión recaudatoria de la Seguridad Social y los de control cuando recaen directamente sobre actividades económicas y no instrumentales.

El contenido material del régimen económico de la Seguridad Social.

^[990] STC 195/1996, de 28 de noviembre (F.J. 7 y 8), completando lo manifestado en el último inciso del F.J. 4 de la STC 124/1989, de 7 de julio.

No queda afectada tampoco la vocación unitaria^[991] de la caja de la Seguridad Social. Tal como la doctrina y la jurisprudencia constitucional han señalado, de los debates y antecedentes legislativos se deduce que la finalidad del artículo 149.1.17 CE era evitar políticas de Seguridad Social territorialmente distintas a partir de cálculos actuariales territorialmente diferenciados^[992] y de la administración y disposición «de los fondos generados por la Seguridad Social»^[993]. Ni la Constitución ni los Estatutos de Autonomía han querido suprimir toda actividad prestacional autonómica, ni impedir la aportación de fondos propios por parte de los poderes públicos autonómicos a esta actividad prestacional, como por otra parte viene realizándose de forma incontestada en ámbitos de muy elevado coste como el de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social gestionada por diversas Comunidades Autónomas.

La caja unitaria del sistema de Seguridad Social.

El último inciso del artículo 41 CE «la asistencia y las prestaciones complementarias serán libres » ha sido interpretado normalmente como expresión de la posibilidad de que la iniciativa privada proporcione prestaciones que se superpongan a las prestaciones de la Seguridad Social^[994] o que proporcionen una protección en supuestos no tutelados por los poderes públicos, es decir autónoma y no complementaria, pero basada en la libertad y voluntariedad de incorporación a su campo de aplicación^[995], si bien la Constitución no habla propiamente de asistencia privada, sino que ha sido la carencia del desarrollo de un sistema complementario público voluntario lo que ha conllevado la similitud entre prestaciones complementarias y prestaciones privadas^[996]. Otra perspectiva la ofrece la interpretación realizada en base al análisis del proceso de su redacción en 1978, que atribuye este último inciso del artículo 41 CE a un error del

Prestaciones complementarias 'libres'.

[991] Caja unitaria (que propende a la unidad) más que caja única. Para apreciar las carencias respecto a este ideal de caja única sólo hay que comparar las facultades de administración financiera de la Tesorería General de la Seguridad Social, en relación a la totalidad de los fondos precisos para mantener todo lo que materialmente y técnicamente (artículos 9 y 10 LGSS) integra el sistema español de Seguridad Social, que incluye naturalmente la Seguridad Social de los millones de funcionarios, además de los fondos gestionados por las MATEPSS, la protección por desempleo, etc.

[992] LÓPEZ, 1993 página 193, explica -basándose en los debates parlamentarios- que la intención de los constituyentes era evitar un 'amurallamiento financiero' consistente en: «desequilibrios prestacionales como consecuencia de la utilización de cálculos actuariales de la Seguridad Social sólo en función de los ingresos que se producen por cotizaciones en determinados territorios, y por tanto, que la de esos ingresos en determinados territorios sólo se efectuará sobre los beneficios afectados de ese territorio, puesto que, efectivamente, eso provocaría la insolidaridad en las prestaciones en el sistema de la Seguridad Social».

[993] STC 195/1996, de 28 de noviembre (F.J. 7), y F.J. 4 de la STC 124/1989, de 7 de julio

[994] ALARCÓN, 1991, páginas 49 y 129.

[995] ALONSO OLEA, 2000, páginas 571 a 573,

[996] BLASCO, 2000, página 69.

legislador constituyente que originariamente lo refirió a la asistencia sanitaria, por lo que -aunque sea ineludible realizarlo- sólo con dificultad puede llenarse de contenido^[997].

Algún autor ha planteado que las Comunidades Autónomas podían hallarse legitimadas para ofrecer intensidades distintas de protección social en virtud de este último inciso del artículo 41 CE «siendo la solución del constituyente tolerante con la creación de bolsas de mayor protección en unas zonas que en otras, siempre que no se rebase el área de complementariedad a que se refiere el art. 41 de la Constitución»^[998]; aunque esta propuesta de legitimación de la actuación autonómica no ha sido empleada, nos invita a reflexionar sobre dos aspectos: en primer lugar sobre el hecho de que cualquier organización pía, humanitaria, filantrópica, o mercantil puede ofrecer esta asistencia complementaria amparándose entre otros preceptos en la libertad proclamada en este último inciso del artículo 41 CE; y en segundo lugar, que las Comunidades Autónomas podrían utilizar -como ya han realizado para otras actuaciones^[999]- la vía de los organismos autónomos o de las sociedades privadas para ofrecer tal asistencia. Ambas posibilidades, que se corresponden con algunas de las interpretaciones que se han realizado acerca de la función de este último inciso del artículo 41 CE^[1000], invitan a no realizar una interpretación restrictiva de la actuación autonómica en materia de protección social complementaria cuando ésta se desarrolle bajo el régimen del Derecho Público.

Lo privado y lo público en la asistencia complementaria a 'libre'.

Debe separarse en este debate los elementos políticos de oportunidad de los elementos jurídicos de legalidad, ya que no es cuestión jurídica^[1001], que las Comunidades

Oportunidad y legalidad.

[997] Esta expresión final se asemeja mucho a la que cierra el artículo 38 de la Constitución Italiana «La asistencia privada es libre». GARRIDO FALLA, 1985, páginas 775 a 780, ofrece la explicación, no exenta de verosimilitud, de que dicha frase iba referida a la sanidad, que en el último momento (Comisión Mixta Congreso-Senado) pasó al actual artículo 43 CE como «salud pública», con olvido de que el Senado además de tal propuesta había introducido en el artículo 41 una mención a la asistencia sanitaria; la asistencia libre que actualmente se menciona en el último inciso del art. 41 CE no se refería originariamente a la asistencia social en sentido amplio sino a la asistencia sanitaria. Una descripción adicional de este proceso en la nota 367 de GARCÉS, 1996, página 157.

[998] MANRIQUE, 1985, página 217.

[999] Es conocido que la práctica totalidad de Comunidades Autónomas han utilizado Patronatos, Consorcios, Sociedades y Fundaciones para crear oficinas en el extranjero (especialmente en Bruselas) que se ocupen de promover y representar sus intereses culturales o comerciales.

[1000] Véase GARCÉS, 1996, páginas 185-187.

[1001] Recordemos que tanto en Andalucía como en Cataluña las ayudas fueron anunciadas en período cercano a las respectivas elecciones autonómicas. Como se ha señalado (PALOMEQUE, 2000) el problema posee, más allá de la controversia jurídica, una dimensión política de alcance acerca de la suficiencia del sistema de protección social.

Autónomas puedan realizar políticas distintas de protección social^[1002]. Desde distintos criterios políticos puede argumentarse en favor de una mayor o menor intensidad de protección social, de una mayor o menor diversidad de políticas, de un adelanto o un retraso en el tiempo de las políticas redistributivas; es un debate paralelo al que tiene lugar en cuanto a la financiación autonómica y a la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan o deban en mayor o menor grado variar los tipos de gravamen del IRPF, IVA u otros impuestos^[1003] que pagan los ciudadanos, paralelismo que no es únicamente formal sino de fondo, ya que si se acepta que una Comunidad Autónoma pueda detraer impuestos en cantidades superiores a sus ciudadanos, habrá que aceptar que pueda repartir beneficios distintos, no sólo incluso a quienes más lo precisen, sino especialmente a ellos, ya que sería indefendible que esta recaudación tributaria complementaria debiera gastarse necesariamente en cosas que no afectasen en modo alguno a sus ciudadanos, o que el gasto público autonómico deba realizarse de forma que carezca de todo efecto redistributivo o de solidaridad.

Resumiendo: hemos visto que los conceptos de Seguridad Social y de Asistencia Social no se hallaban definidos con precisión y podían asimismo evolucionar junto con el ordenamiento jurídico; proponíamos definir la Asistencia Social por negación, de tal forma que serían prestaciones de Asistencia Social las que proporcionasen: o a personas distintas de las actualmente integradas en el sistema de Seguridad Social, una ampliación de la tutela existente; o a personas ya protegidas por el sistema, una protección complementaria a la protegida por la Seguridad Social; o a ambos grupos de personas una protección por contingencias distintas de las tipificadas y protegidas por la Seguridad Social básica. En consecuencia, podría ser que una prestación pudiese ser calificada como perteneciente a la materia de Seguridad Social, del nivel no básico y común definido por el Estado, y -simultáneamente- como prestación de Asistencia Social. Esta interpretación, que entendemos es una de las admisibles en Derecho, permitiría que las Comunidades Autónomas en base a uno u otro título competencial (Asistencia Social, o Seguridad Social no básica) pudiesen conceder prestaciones como las complementarias que se han pagado a perceptores de otras prestaciones de escasa

Conclusión: las CCAA pueden reforzar la protección social en base a un doble título competencial.

[1002] GONZALO, 2000, página 25 afirma que «La atribución generalizada y en exclusiva a las CC.AA. de las competencias de la Asistencia Social ha significado la definitiva quiebra de la antigua aspiración preconstitucional a favor de una política unitaria y cerrada de protección social estatal. Ella misma -la Asistencia Social- ha perdido unidad, desparramando sus intervenciones en una pluralidad de regímenes tan numerosos como CC.AA. existen».

[1003] El día 28 de julio del 2001 el Consejo de Política Fiscal y Financiera, que reunió a los consejeros de hacienda de las 15 Comunidades Autónomas aprobó por unanimidad el modelo de financiación autonómico que debe regir a partir del año 2002 sin que se haya establecido fecha de caducidad: FINAUT, 2001. Sustituye tal acuerdo al de 23 de septiembre de 1996 por el que se aprobó el sistema para el quinquenio 1997-2001: FINAUT, 1996.

cuantía (entre ellas, las pensiones no contributivas^[1004]) siempre que ello fuese para tutelar una necesidad distinta a la protegida en el nivel básico, aún cuando de la oportunidad de tal concesión pueda discreparse. Esta interpretación reafirmaría las posibilidades de los poderes públicos autonómicos de concurrir a la consecución de una mayor protección social dando un destino solidario a parte de sus crecientes recursos económicos propios.

3.- PAGO DE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS

El segundo párrafo del artículo 42 de la LGSS dice que el pago de las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez «se fraccionará» en catorce pagas anuales, es decir, doce mensualidades más dos pagas extraordinarias. Ello indica que se parte del concepto no de una pensión mensual sino de que el importe de la pensión es anual, tal como se prevé en el artículo 145.1 de la misma ley «la cuantía de la pensión de invalidez en su modalidad no contributiva se fijará, en su importe anual, en la correspondiente ley de..», y tal previsión se concreta en el artículo 40 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el 2001^[1005] «Para el año 2001, la cuantía de las pensiones de jubilación e invalidez de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, se fijará en: Un beneficiario: 586.746 pesetas íntegras anuales». Las mensualidades no son sino fracciones o porciones de la pensión; por consiguiente, el reconocimiento de la pensión deberá hacerse por su importe anual, sin perjuicio de que el pago del mismo se realice fraccionadamente; por ello, también en el reglamento de estas pensiones cuando se habla del importe de la pensión se refiere a su importe anual (por ejemplo, en el artículo 14.4 RPNC), mientras que a las mensualidades se las denomina en el artículo 14.5 RPNC: «la cuantía mensual a abonar».

Pensión anual y su fraccionamiento de la pensión en 14 pagas.

En las pensiones contributivas de invalidez y jubilación, la pensión que se reconoce es una pensión calculada a partir de unas bases mensuales (artículos 140 y 162 de la LGSS) y esta pensión se paga catorce veces al año (primer párrafo del artículo 42 LGSS); hemos visto que la pensión no contributiva se reconoce por un importe anual, y el pago de dicho importe se fracciona, pero fijémonos que el artículo 42 de la LGSS dice que se

El devengo mensual.

[1004] Ello permitiría también que las Comunidades Autónomas pudiesen ofrecer las Rentas Mínimas de Inserción, por uno u otro título competencial, sin que 'desandar lo andado' por la senda competencial de la Asistencia Social (ROJO, 1996, página 134) fuese motivo de diferencia o conflicto, ya que -recordemos- no todas las Comunidades Autónomas han asumido la competencia de Seguridad Social no básica.

[1005] Ley 13/2000, de 28 de diciembre (BOE de 29 de diciembre del 2000).

fracciona el pago del derecho reconocido, no el derecho en sí^[1006]; hay, pues, que buscar un precepto que regule cómo se devengará cada catorceava parte del derecho reconocido, y este precepto no está muy bien expresado en la LGSS; en los artículos 146 y 169 de la LGSS se establece que «los efectos económicos del reconocimiento del derecho ... se producirán a partir del día primero del mes siguiente a aquél en que se presente la solicitud», lo que literalmente quiere decir que los efectos de la pensión reconocida (586.740 pesetas en el 2001) se inician el día 1 del mes siguiente en que se formuló su petición. Como iría contra toda lógica (y seguramente contra el principio de igualdad^[1007]) que quien hubiese solicitado una pensión a finales de septiembre percibiera íntegra la pensión anual, deberemos interpretar que cuando se habla de fraccionar el pago en el artículo 42 de la LGSS, se dice que aunque el derecho reconocido sea anual se devenga también fraccionadamente por meses; y que cuando se habla en los artículos 146 y 169 de la LGSS de los efectos económicos del reconocimiento del derecho, quiere decirse que se inicia el devengo mensual de estas pensiones.

La indicación de los artículos 140 y 162 de la LGSS de que las pensiones no contributivas surten efectos al mes siguiente a su petición, supone en primer lugar que las fechas en que se cumplen otros requisitos devienen irrelevantes para iniciar el pago de dichas prestaciones, de forma que aunque se pudiese acreditar suficientemente el cumplimiento de todos los requisitos (edad, residencia, minusvalía, carencia de rentas) en una fecha anterior, es el acto concreto de la petición de una pensión el hecho relevante para fijar el inicio del pago de la pensión; ello representa en comparación con las pensiones contributivas un mejor trato en el caso de las pensiones de invalidez, ya que la demora en efectuarse la evaluación de la minusvalía, que se va a efectuar una vez el peticionario haya depositado su solicitud de pensión, no va a perjudicar al peticionario. La petición de la pensión es relevante para fijar la fecha de efectos porque es el acto que establece el nexo jurídico entre la entidad gestora y el peticionario; el interesado puede que en cualquier fecha cumpla todos los requisitos exigidos y que se halle en la contingencia tutelada, pero sólo hasta que solicita la pensión ésta no se le va a otorgar, y precisamente desde ese momento de la petición; porque la protección social pública se otorga mediante un mecanismo similar a una oferta vinculante: los poderes públicos configuran legalmente los supuestos y requisitos del derecho a obtener las prestaciones,

Relevancia de la fecha de petición.

[1006] No es lo mismo un alquiler anual pagadero por meses que un alquiler mensual pagadero anualmente: un alquiler anual se debe íntegro por todo el año, y debe y puede pagarse por meses si así se ha previsto (artículo 1169 del Código Civil) a medida que sean líquidas y exigibles fracciones mensuales del total de la deuda; un alquiler mensual se debe por meses, aunque naturalmente pueda pagarse el importe de todo un año.

[1007] Decimos seguramente, porque siguiendo una reiterada posición del Tribunal Constitucional, no es procedente plantearse desigualdades hipotéticas basándose en conductas o textos inexistentes; además de que podría sostenerse una postura distinta si a quienes solicitan una pensión no contributiva se les computan como requisito obstativo todos los ingresos anuales percibidos en sus unidades familiares, inclusive las rentas anteriores al efectivo disfrute de la pensión.

y en virtud del principio de sumisión a esta legalidad quedan obligados a conceder las mismas pero sólo cuando esta especie de «oferta» de tutela pública es aceptada por el interesado mediante la formulación de la correspondiente solicitud; antes de la petición no existe ninguna relación jurídica que vincule a ambas partes (poderes públicos e interesado); a partir de la petición, a la que la administración correspondiente debe responder (siempre, y de acuerdo con la ley) es cuando se cierra el círculo y los poderes públicos devienen obligados a pagar la correspondiente prestación. El acto participativo del interesado en obtener una prestación es un requisito esencial para obtener la misma, sin su consentimiento no puede abonarse una pensión, ya que si bien otras prestaciones de los poderes públicos es posible que puedan ser otorgadas a sus destinatarios de forma coactiva si un interés colectivo así lo demandare (por ejemplo algunas prestaciones sanitarias, o las de seguridad), el derecho a la propiedad (artículo 33 CE) en un marco de respeto a la dignidad de la persona y a su libre autodeterminación (artículo 10 CE) tiene una vertiente negativa que impide que alguien puede ser compelido a aceptar una asignación económica pública que no ha solicitado.

En segundo lugar, al ser la fecha de la petición la única relevante, será en dicho momento en el que deberán cumplirse todos los requisitos y deberán poder acreditarse, por lo que -en principio, y salvo lo que se argumentará en cuanto a la fecha de efectos- no debería ser posible adicionar posteriormente a la solicitud hechos que constituyeran requisitos que debían ya haberse cumplido (como períodos de residencia, minusvalía en cierto grado), ya que si así se hiciera, la consecuencia sería que se pagaría la pensión correspondiente a un período en el que no se cumplían aún los requisitos para percibir la misma. Evidentemente es posible -y será lo normal- constatar posteriormente a la solicitud el cumplimiento de los requisitos, tanto si esta constatación se efectúa en sede administrativa como en sede judicial; pero lo que se argumenta es que no es posible solicitar -con éxito- una pensión no contributiva de jubilación antes de cumplir con el requisito de la edad, o con el de la «carencia» residencial, o computar para otorgar inicialmente una pensión de invalidez no contributiva discapacidades surgidas posteriormente a la solicitud que sean precisas para alcanzar el grado de minusvalía exigido, ya que aunque pudiese argumentarse que ello representaría una economía de trámites al evitar repetir una solicitud de pensión ya formulada, no puede entenderse causada una prestación en ausencia de un requisito ni puede pagarse sin causa una prestación. Ello no debería necesariamente ser siempre así, ya que si en las pensiones contributivas de jubilación es posible solicitar la pensión con antelación a causar la misma, y en dicha modalidad contributiva la jubilación es el cese en el trabajo por razón de la edad y con antelación es posible hacer una manifestación de voluntad del día en que se quiere abandonar la actividad laboral, en la modalidad no contributiva en la que tal cese en la actividad económica no existe o es irrelevante, quedan sólo los requisitos objetivos (no susceptibles de arrepentimiento por parte de la persona peticionaria) por

Los requisitos exigidos y la fecha de efectos inicial.

lo que el texto legal podría perfectamente haber previsto la solicitud previa y que la fecha de efectos se defiriese a una fecha posterior: la del cumplimiento del requisito de la edad.

De la misma forma que al concederse el derecho a una pensión no contributiva la LGSS ha aplazado la fecha de efectos al primer día del mes siguiente a la petición, reglamentariamente se ha instaurado el mismo desplazamiento temporal en todas las otras situaciones en las que el importe de la prestación podía sufrir un cambio: en caso de que las variaciones de las rentas personales o familiares deban suponer una reducción de la cuantía de la pensión o la extinción de la misma, ello se produciría a partir del día 1 del mes siguiente a aquel en que tales variaciones de rentas se hubiesen producido^[1008]; si la pensión no contributiva de invalidez debe complementarse con un nuevo importe a consecuencia de un aumento del grado de invalidez o de la constatación de la necesidad de la ayuda de una tercera persona, tal incremento se producirá a partir del día primero del mes siguiente a la solicitud de revisión^[1009], o -si la revisión se realizó de oficio y no a petición del interesado- a partir del primer día del mes siguiente al que se emitió el correspondiente dictamen por los equipos de valoración de las minusvalías^[1010]; de forma similar, si la revisión de grado conllevase una reducción del importe de la pensión, tal reducción surtiría efectos a partir del día primero del mes siguiente al que se hubiera dictado la correspondiente resolución^[1011]; y asimismo si debe extinguirse el derecho a percibir una pensión no contributiva por no cumplir ya el beneficiario alguno de los requisitos necesarios para ello, tal extinción no tendrá lugar antes de final del mes en que se hubiese producido el cambio que ocasiona la pérdida de la pensión, salvo que dicho cambio fuese de grado de minusvalía en cuyo caso la pensión se pagará hasta el final del mes en que se hubiese producido el nuevo dictamen de valoración del grado de minusvalía^[1012]. Puede observarse, en resumen, que en la ley -para el momento inicial- y en el reglamento -para la extinción y los cambios intermedios- se ha efectuado un desplazamiento generalizado de la fecha de efectos económicos al primer día del mes siguiente al momento en que se entiende causado el derecho o el cambio en la configuración del mismo.

Las fechas de efectos posteriores.

[1008] Artículo 17 del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo (BOE de 21-marzo-1991).

[1009] Primer inciso del segundo párrafo, del artículo 5.5 del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo (BOE de 21-marzo-1991).

[1010] Segundo inciso del segundo párrafo, del artículo 5.5 del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo (BOE de 21-marzo-1991).

[1011] Primer párrafo del artículo 5.5 del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo (BOE de 21-marzo-1991).

[1012] Artículo 19 del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo (BOE de 21-marzo-1991).

El que la ley haya fijado este desplazamiento temporal de la fecha de efectos económicos del inicio del derecho a cobrar una pensión, sólo puede explicarse desde la comodidad de no tener que calcular un primer pago que fuese una fracción de mensualidad, ya que ninguno de los requisitos exigidos (residencia, edad, grado de minusvalía, o rentas -que se evalúan anualmente-) exigen una consideración mensual, y resulta difícilmente justificable que quien se halla en el grado de necesidad que se exige para percibir estas pensiones deba observar tal período de espera. El reglamento parece querer atenuar la repercusión de esta espera en el derecho con un sistema aparentemente compensatorio, en la medida en que los días de espera para cobrar la pensión al inicio del reconocimiento del derecho se compensan con la prolongación del mismo cuando este mismo derecho se extinga, y si bien en cada caso concreto estos períodos inicial y finales pueden no ser idénticos y por tanto pueden perderse o ganarse unos días de prestación, en general podría suponerse que existen las mismas probabilidades de que se produzca tal pérdida o ganancia de días de prestación. Sin embargo, esta 'compensación' reglamentaria de efectos no resulta muy atractiva para el beneficiario, y puede criticarse desde la óptica de la situación de necesidad a proteger, ya que no es igual para el beneficiario que cuando se halla en estado de necesidad se le imponga un período de espera sin derecho a prestación, a que cuando ya no precise la protección social pública (por disponer de rentas, por mejora de su minusvalía, o por fallecimiento) se le siga pagando durante unos días más una pensión anterior.

Fechas de efectos: compensación de sus consecuencias

Las disposiciones reglamentarias que también juntamente con la ley configuran este desplazamiento de los efectos económicos parecen coherentes con el texto del artículo 146 de la LGSS y razonables en la medida que sirven, aunque limitadamente, para compensar el legal aplazamiento de los efectos económicos de las pensiones no contributivas que hemos criticado, y sobre las que debemos añadir otro inconveniente más: su discutible legalidad. Este paréntesis prestacional permite que podamos definir el cumplimiento de los requisitos exigidos para una pensión de jubilación, por ejemplo, de esta manera: 'haber cumplido sesenta y cinco años y algunos días más' antes de poder acceder a la pensión, o 'haber residido en territorio español diez años y unas semanas más' antes de poder percibir la pensión, o expresiones similares para las pensiones no contributivas por invalidez; lo que -aparte de lo inusual de tales criterios- resulta contrario a lo previsto en algún texto jurídico internacional que indica que respecto a la protección de la contingencia de jubilación la edad prescrita no deberá exceder de sesenta y cinco años^[1013]. En efecto, si bien en cada caso el plazo de espera

Aplazar la prestación supone incrementar requisitos.

[1013] Art. 26 del Convenio 102 de la OIT de 1952, aunque este Convenio fue ratificado por España en 1988, este artículo pertenece a la parte V (prestación de vejez) que no es de las ratificadas; sin embargo el mismo redactado figura en el artículo 26.2 del Código Europeo de Seguridad Social, de 1964, (número 48 de los del Consejo de Europa), y España sí ha ratificado la parte V relativa a las prestaciones por vejez. Asimismo en algunos convenios bilaterales figuran referencias a la edad de 65 años para las prestaciones por vejez, por ejemplo: en el art. 10.4 del convenio con Australia de 1990.

para alcanzar los plenos efectos económicos será distinto, excepto quienes soliciten su pensión exactamente el último día del mes y celebren su aniversario asimismo en tal día, todos deberán esperar contra su voluntad más allá del día en que cumplen los sesenta y cinco años para empezar a cobrar efectivamente su pensión de jubilación.

El hecho de que la fecha en que empieza a devengarse el derecho a las mensualidades de una pensión no contributiva se haya establecido no en el mismo día de la solicitud sino en el primero del mes siguiente, permitiría considerar la posibilidad de que los requisitos (por ejemplo la carencia residencial) pudieran terminar de cumplirse en este breve plazo de tiempo entre la fecha de la solicitud y el inicio del mes siguiente, ya que ello no ocasionaría el pago de la prestación con anterioridad al cumplimiento de los requisitos que se habrían ultimado en este pequeño intervalo; en contra de esta posibilidad se hallaría el argumento anteriormente expuesto de que los posibles perjuicios de tal período de espera ya se compensan -limitadamente- al finalizar el derecho a percibir la pensión; sin embargo resulta difícil aceptar que no pueden cumplirse los requisitos para acceder a una prestación en cualquier período anterior al efectivo disfrute de la misma, aunque el comentado período de espera se presente como un período en el que ya se tiene el derecho pero éste no surte efectos económicos, ya que una prestación monetaria mientras no surta efectos económicos no es nada. Por otra parte, el establecimiento de una fecha de efectos económicos no puede ser un acto libérrimo o incondicionado en manos del legislador, por lo que es preciso buscar la razonabilidad y proporcionalidad de tal disposición; es posible que existan motivos razonables (las necesidades de gestión financiera, facilitar los mecanismos de reducción por rentas propias o familiares, etc.) que aconsejen concentrar las fechas de efectos al inicio de cada mes, aunque resulta entonces inexplicable el hecho de que no se realice la misma opción en el grueso de las prestaciones del sistema: la modalidad contributiva de pensiones, por lo que parece dudoso que tales necesidades existan; aplicando a las Entidades Gestoras el beneficio de la duda y suponiendo la antedicha razonabilidad de concentrar la fecha de efectos a primeros de mes, el establecimiento de una demora entre la fecha de la solicitud y el efectivo derecho a percibir la prestación debe ser proporcionada, y esto quiere decir que debe existir un equilibrio entre los intereses de la entidad gestora y los de quienes solicitan una prestación, y tal equilibrio no existe si la demora de efectos económicos se establece exclusivamente en aquello que perjudica a los solicitantes de prestaciones (demora en cobrar la pensión), mientras que tales intereses quedarían más equilibrados si se efectuara simplemente una traslación -a todos los efectos- de la fecha de petición y efectos económicos al primer día del mes siguiente al de la entrada de la solicitud, porque la entidad gestora conseguiría el objetivo de gestión buscado, y los peticionarios podrían ver computados los hechos (residencia, edad, discapacidades) acaecidos hasta esta unificada fecha de efectos generales; obsérvese que las necesidades organizativas de la Entidad Gestora -que presuponemos

Razonabilidad
y
proporcionalidad
de la fecha
de efectos.

suficientes- se verían satisfechas también si los efectos económicos se retrotrajeran al día uno del mes anterior a la petición, es cierto que en este caso podría pagarse la pensión correspondiente a unos días en los que los solicitantes aún no hubiesen cumplido con todos los requisitos, aunque podría objetarse que tan intolerable debería ser pagar unos días en exceso como aplazar el pago un solo día después de acreditada la situación de necesidad que contemplan estas pensiones, por lo que mientras no se justifique la necesidad de este aplazamiento de los efectos económicos de las pensiones no contributivas y sólo en ellas, debe propugnarse la modificación del artículo 146 LGSS y disposiciones reglamentarias concordantes para hacer coincidir la fecha de efectos económicos con la solicitud de las pensiones no contributivas.

Recapitulando, consideramos que no puede escindirse la concesión de una pensión del efectivo derecho a percibirla; el hecho de que no pueda percibirse una pensión no contributiva de jubilación hasta el mes siguiente al que se hayan cumplido los sesenta y cinco años podría ser contrario al Convenio 102 de la OIT^[1014], y al Código Europeo de Seguridad Social de 1964^[1015]; la agrupación de las fechas de efectos económicos con aplazamiento del derecho a percibir una pensión podría estar justificada por las necesidades organizativas del sistema; en este caso el perjuicio al derecho a obtener la tutela de Seguridad Social debe minimizarse todo lo posible, por lo que debe interpretarse que -si fuera menester- deberán computarse los requisitos cumplidos hasta la fecha del efectivo disfrute de la pensión establecida en el artículo 146 de la LGSS^[1016].

Requisitos y fecha de efectos: interpretación correctora propugnada.

En la LGSS no existe ningún precepto que determine un día exacto para realizar el pago de las pensiones; la ley se limita a regular el devengo del derecho, y ha sido el reglamento^[1017] el que ha regulado este aspecto. El supuesto que se considera más normal es el de la transferencia de fondos a una cuenta corriente o libreta de ahorro abierta en una entidad financiera, aunque se regulan también los supuestos de pago en efectivo, mediante cheque, giro postal, pago a través de un graduado social, o a través de los administradores de residencias de pensionistas; si bien para las pensiones no

La fecha de pago de las pensiones.

[1014] Ratificado por España en 1988 (BOE del 6 de octubre de 1988), pero no en su parte V (vejez).

[1015] Número 48 del Consejo de Europa, ratificado por España en 1994 (BOE de 17 de marzo de 1995).

[1016] El informe del Defensor del Pueblo de 1997 reseña actuaciones «en los supuestos en que la resolución, dictada con varios meses de demora, es denegatoria, por no cumplir el interesado los requisitos en la fecha de la solicitud, aún cuando dichos requisitos pudieran concurrir pocos días después de la iniciación del expediente. DEFENSOR, 2001; epígrafe 8.3.3 «pensiones no contributivas». En el informe correspondiente al año 1996 (epígrafe 8.3.8) se reseña un caso en el que se deniega la pensión por haberse solicitado antes de la extinción del subsidio por desempleo, y -en consecuencia- en el momento de la solicitud se superaba el límite de ingresos; la resolución de la entidad gestora tardó un año en producirse, cuando fueron a notificar a la interesada tal denegación ya había fallecido.

[1017] Artículo 15 del Real Decreto 1391/1995, de 4 de agosto (BOE de 8-agosto-1995); desarrollado por la Orden de 22 de febrero de 1996 (BOE de 29-febrero-1996)

contributivas parece que el artículo 21 de la Orden de 22 de febrero de 1996, contempla únicamente la posibilidad del pago a través de una entidad financiera sea para su abono en cuenta sea para su pago en efectivo por ventanilla. En cualquier caso, todos los pagos periódicos de pensiones posteriores al primero «deberán figurar en la cuenta de los perceptores o a disposición del beneficiario en la entidad financiera colaboradora el primer día hábil del mes en que se realiza el pago» según el artículo 15 del Real Decreto 1391/1995; lamentablemente, ni en dicho Real Decreto ni en la Orden que lo desarrolla se especifica fecha alguna para los pagos realizados por otras vías distintas, como los giros postales o el administrador de la residencia donde pudiese hallarse ingresado el pensionista, laguna que deberá completarse con los preceptos específicos cuando existan (como el del servicio postal de giros) o en último término por el genérico deber de diligencia en el cumplimiento de los mandatos expresado en el artículo 1719 del Código Civil. Debemos observar que en el conjunto de las normas reseñadas, y salvo algunos casos minoritarios como los primeros pagos o las transferencias al extranjero, para la mayor parte de pensiones el pago se prevé hacerlo en un mismo día: el primer día del mes. Esta circunstancia establecida reglamentariamente se engarza con la previsión de que la fecha de efectos de las pensiones no contributivas se inicia también siempre el primer día de un mes, aunque una y otra circunstancia podrían ser distintas como sucede en algún otro país europeo^[1018].

El artículo 42 de la LGSS señala que dos de las catorce fracciones de la pensión no contributiva corresponden a pagas extraordinarias, y que su devengo se producirá en los meses de junio y noviembre. Este artículo -que refunde lo establecido respecto a las pagas extraordinarias en el antiguo artículo 136 bis de la LGSS tal como se redactó por la ley 26/1990, y en el artículo 50 de la Ley de Presupuestos para 1992^[1019]- muestra como regla general un tratamiento unificado de la fecha de devengo de las pagas extraordinarias entre las modalidades contributiva y no contributiva de prestaciones (con la notable excepción de las prestaciones derivadas de contingencias profesionales); si las pagas extraordinarias se devengan (es decir se adquiere el derecho a percibir las) en junio y noviembre, significa que es junto a la mensualidad de dichos meses que tales pagas deberán pagarse, y por consiguiente estarán a la disposición de sus beneficiarios el primer día de los meses de julio y diciembre^[1020]. Como excepción a la regla general

La fecha de pago de las pagas extraordinarias

[1018] Las pensiones «nacionales» finlandesas, de carácter no contributivo, se pagan según la primera letra del apellido del beneficiario en fechas distintas de cada mes: las letras A-K el cuarto día; L-R, el decimocuarto; y S-Ö, el vigésimosegundo, o el precedente día laborable si el inicialmente previsto correspondiese en un día festivo: KELA-GUIDE, 2000, página 26 del anexo de actualización para el 2000.

[1019] Ley 31/1991, de 30 de diciembre (BOE de 31-diciembre-1991).

[1020] Artículo 15 del Real Decreto 1391/1995, de 4 de agosto (BOE de 8-agosto-1995); desarrollado por la Orden de 22 de febrero de 1996 (BOE de 29-febrero-1996)

anteriormente comentada, reglamentariamente se ha regulado^[1021] el supuesto del abono de las pagas extraordinarias en el momento en que la pensión se extinga o sea suspendida por cualquier causa, estableciéndose que la última paga extraordinaria se entenderá devengada el día primero del mes en que se produzca la extinción de la pensión; refiriéndose el texto legal a la paga -en singular- aunque sean dos las pagas extraordinarias establecidas, porque -como se analizará en el apartado siguiente- se ha establecido un cálculo semestral del importe de dichas pagas. En los casos en que las pagas extraordinarias debieran percibirse con posterioridad a la última mensualidad ordinaria, el reglamento anticipa la fecha de devengo establecida por la ley, el tenor literal del precepto reglamentario no deja dudas de que se trata de una modificación de la fecha de devengo: «se entenderá devengada el día 1 del mes en que se acuerde la suspensión o se produzca la causa de extinción, y se abonará, junto con la última mensualidad de la pensión a que se tuviese derecho o como pensión devengada y no percibida, aplicando las siguientes reglas»; resulta comprensible y es en favor del beneficiario que la última paga extraordinaria no se abone meses después de extinguida una pensión (por ejemplo por fallecimiento del beneficiario), pero no resulta justificable que no se haya procedido a modificar la ley al menos para habilitar al reglamento para regular la excepción comentada, evitando que la reglamentación de este particular supuesto suponga una oposición frontal al texto legal.

El legislador reglamentario estableció en 1997 unas reglas para determinar el importe de las pagas extraordinarias de las pensiones de la Seguridad Social^[1022], y lo hizo con carácter uniforme para las pensiones contributivas y las no contributivas; en dicha disposición se establece que como regla general las pagas extraordinarias serán del mismo importe que una mensualidad ordinaria (artículo 1), salvo la primera paga tras el reconocimiento inicial de la pensión (artículo 2) o de la última paga extraordinaria tras la extinción o suspensión de la prestación (artículo 3), pues en estos dos últimos supuestos el importe de la paga extraordinaria se prorrateará mensualmente entre los meses en que el beneficiario tuviese derecho a pensión en el semestre inmediatamente anterior al devengo de cada paga. Partiendo de la base -anteriormente argumentada- de que aceptamos que en el artículo 42 de la LGSS puede hallarse la autorización para establecer un devengo por meses del derecho a percibir una pensión, el texto reglamentario ha optado por realizar el cálculo de la prorrata de las pagas extraordinarias estableciendo el cálculo de cada una de ellas en una sexta parte de cada

La norma de
prorrateo
semestral de
las pagas
extraordinarias

[1021] Artículo 3 del Real Decreto 771/1997, de 30 de mayo (BOE de 31-mayo-1997), y art. 2 de la Orden de 25 de junio del 2001 (BOE de 30-jun-2001). Durante muchos años y hasta 1997, las pagas extraordinarias de las pensiones se devengaban en los meses de junio y noviembre sin prorrateo mensual, de forma que bastaba que el interesado tuviese la condición de pensionista durante un sólo día anterior a finalizar dichos meses para que se le pagase íntegramente la paga extraordinaria.

[1022] Real Decreto 771/1997, de 30 de mayo (BOE de 31-mayo-1997).

paga en relación al semestre anterior, en lugar de establecer una doceava parte de las dos pagas extraordinarias en relación a los doce meses inmediatamente anteriores a cada una de ellas; para ello se ha establecido que la paga extraordinaria que se devenga en junio (y se percibe en julio) se pagará en proporción al período que va del 1 de diciembre al 31 de mayo, y la paga que se devenga en noviembre (y se cobra en diciembre) se abonará en proporción a los meses del período entre el 1 de junio y el 30 de noviembre. Obsérvese que mediante este mecanismo la paga que en el artículo 42 de la LGSS se dice que se devengará en el mes de junio, se calcula en función de un período (diciembre-mayo) en el cual no hay ni un día del mes de junio, mientras que la otra paga que se devenga en el mes de noviembre sí que se calcula tomando en cuenta dicho mes; mediante este ardid se posibilita el cálculo semestral del importe de las pagas extraordinarias, cálculo que de otra forma no sería posible por la sencilla razón de que las dos pagas extraordinarias no se hallan separadas por un semestre ya que entre el día 30 de junio y el día 30 de noviembre transcurren sólo cinco meses; tal maniobra sería innecesaria si en el texto legal se hubiese fijado el devengo de la paga extraordinaria de verano en el mes de mayo (a percibir, en consecuencia a principios de junio), o si se calculase la prorrata de las pagas extras mediante el no muy difícil cómputo anual, o si se dijese claramente que las pagas extraordinarias se devengarán a prorrata de un semestre.

Si comparamos la estructura del Real Decreto 771/1997 con el artículo 42 de la LGSS observaremos que mientras el reglamento realiza un tratamiento unitario del pago de las prestaciones, el artículo 42 de la ley separa en dos apartados distintos las modalidades contributiva y no contributiva, lo que nos incita a analizar qué diferencias existen en la regulación legal del pago entre ambas modalidades y a confrontar si es posible que el reglamento regule igual lo que la ley establece de forma separada. Como ya se apuntó anteriormente, en el artículo 42 de la LGSS se establecen de forma idéntica el número de catorce pagas, y el número y los meses de devengo de las pagas extraordinarias, la única diferencia existente es que las pensiones contributivas por contingencias comunes consisten en una pensión mensual que se paga en catorce ocasiones, mientras que en la modalidad no contributiva de pensiones se trata de una pensión anual que se reparte en catorce entregas («se fraccionará en catorce pagas»). Si examinamos primeramente la modalidad contributiva, vemos que no se menciona en el artículo 42 de la LGSS ninguna regla sobre el cálculo de las pagas extraordinarias, la pensión mensual se calcula según las reglas establecidas para cada prestación y lo que tiene de «extraordinaria» cada una de las pagas así denominadas puede ser: *a)* sólo el hecho de que su devengo se produce excepcionalmente en dos meses del año, o *b)* puede ser que además de la fecha de su devengo sea también «extraordinaria» su cuantía; ante esta inconcreción de la ley, el Real Decreto 771/1997 opta por establecer en cuanto a la cuantía de las pagas extraordinarias la regulación reseñada: las pagas

El importe de las pagas extraordinarias en las pensiones contributivas.

extraordinarias son del mismo importe que las ordinarias excepto la primera y la última que se prorratean por meses^[1023]; la disposición reglamentaria regula sin oponerse a lo establecido en la ley un aspecto que la ley no concretaba, y que es necesario determinar para la efectiva aplicación de la ley: nada hay pues que objetar a dicha regulación.

Ligeramente distinto es el caso de las pensiones no contributivas, ya que si se trata de una pensión anual que se fracciona en catorce pagas significa que la suma de las catorce fracciones debe ser equivalente al importe anual, por consiguiente, para establecer el importe de las pagas extraordinarias de las pensiones no contributivas existe un menor grado de inconcreción legal. Sin embargo, existían dos posibilidades a disposición del poder reglamentario: la primera era establecer como idéntico el importe de cada una de dichas fracciones, tanto las correspondientes a cada uno de los meses del año como las dos pagas extraordinarias; y la segunda posibilidad era establecer el importe de las mensualidades extraordinarias en un valor inferior al de las mensualidades ordinarias, con el consiguiente incremento de estas últimas, para que la suma del total de fracciones fuese la pensión anual establecida en la ley. Esta segunda opción no se ha recogido en norma alguna, aunque la entendemos posible y dentro de los límites de la ley -que no indica nada a este respecto-, porque no sería contrario a la misma. Dejando, en consecuencia, esta segunda opción como mera posibilidad teórica, debe entenderse que todas las mensualidades -ordinarias y extraordinarias- tienen idéntica cuantía: una catorceava parte del importe anual.

El importe de las pagas extras en las pensiones no contributivas.

Debemos ahora valorar si las disposiciones reglamentarias sobre prorrateo de pagas extraordinarias son conformes con lo dispuesto en la LGSS. Mediante dos supuestos, siendo el primero y más elemental de ellos la verificación de que el importe anual de la pensión fijado en la Ley de Presupuestos se mantiene tras aplicar las normas de prorrateo de pensiones cuando el beneficiario deba percibir la pensión durante todo el año: si un beneficiario tiene como fecha inicial de efectos el día 1 de enero y como fecha final de efectos económicos el día 31 de diciembre, su pensión debe ser el total anual fijado en la ley, y si aplicamos las reglas establecidas en el Real Decreto 771/1997, veremos que tal condición se cumple, ya que además de las doce mensualidades percibirá en la paga de junio cinco sextas partes de paga, la paga de noviembre la percibirá íntegra (seis sextas partes) y en diciembre percibirá una sexta parte de la paga de junio siguiente, en total: doce sextas partes, o sea dos pagas extraordinarias íntegras que se añaden a las doce mensualidades ordinarias.

El prorrateo de las pagas extras cuando se percibe la pensión un año natural.

[1023] En cuanto a su devengo, se establece un redondeo por exceso de los meses de cómputo, ya que, si bien no coinciden necesariamente la fecha de efectos económicos de las pensiones contributivas con el inicio y el final de un mes, se incluyen íntegramente dichos meses para el cálculo del prorrateo. Esta regla en cuanto al devengo de las pagas extraordinarias es innecesaria en las pensiones no contributivas ya que -como ya se ha analizado anteriormente- se halla establecido que la fecha de efectos económicos de dichas pensiones coincide con el inicio o el final de un mes natural.

La segunda comprobación relativa al prorrateo de las pagas extraordinarias debe ser si **Prorrateo de las pagas extras si se percibe la pensión menos de un año.**

	Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Sep	Oct	Nov	Dic
Importe de las pagas 'extras'						145					145	
Importe de las mensualidades	145	145	145	145	145	145	145	145	145	145	145	145

Cálculo del total anual percibido: $(145 \text{ pts.} \times 12 \text{ meses}) + (145 \text{ pts.} \times 2 \text{ pagas extra}) = 2030$

Ejemplo A : mensualidades y pagas extraordinarias de idéntico importe

	Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Sep	Oct	Nov	Dic
Importe de las pagas 'extras'						1					1	
Importe de la mensualidad, incrementado dos veces en (144÷12=)12,- Pts. por la reducción de las pagas extras de junio y noviembre de 145 a 1,- pta.	145	145	145	145	145	145	145	145	145	145	145	145
+	+ 12	+ 12	+ 12	+ 12	+ 12	+ 12	+ 12	+ 12	+ 12	+ 12	+ 12	+ 12
=	=	=	=	=	=	=	=	=	=	=	=	=
12	169	169	169	169	169	169	169	169	169	169	169	169
=												
169												

Cálculo del total anual percibido: $(169 \text{ pts.} \times 12 \text{ meses}) + (1 \text{ pta.} \times 2 \text{ pagas ex.}) = 2030$

Ejemplo B: pagas 'extraordinarias' (simbólicas) de 1,-Pta. y mensualidades incrementadas

existe un suficiente engarce legal para la reducción de las pagas extraordinarias en caso de que el derecho a percibir una pensión fuese inferior a un año. Para quienes perciban su pensión durante un período inferior a un año, tras observar que en la ley (artículo 42 LGSS) se establecen catorce fracciones de pensión «correspondientes a cada uno de los meses del año y dos pagas extraordinarias que se devengarán en los meses de junio y noviembre», podría pensarse que el reglamento está habilitado para establecer únicamente la supresión de la mensualidad de pensión «correspondiente» a los meses anteriores a la fecha de efectos económicos de la pensión coordinando el citado artículo 42 con el artículo 146 LGSS relativo a la fecha de efectos, pero que el reglamento no puede alterar el hecho de que el importe de cada paga extra sea igual al de una mensualidad. Aquí es cuando nos resultará útil a efectos argumentales una posibilidad hipotética antes mencionada de distribución del importe de las pensiones: la posibilidad que tendría el reglamento de reducir el importe de las pagas extraordinarias y aumentar las mensualidades siempre que el total anual fuese el importe legal. Yendo al caso límite , podemos ver que si el reglamento podría reducir las pagas extras a casi nada (a una peseta) y aumentar correlativamente las mensualidades ordinarias, éstas quedarían con el valor de una doceava parte de la pensión anual: el 'ejemplo A', con mensualidades idénticas de un valor ficticio de 145, se transformaría en el 'ejemplo B' en el que, con el mismo total anual, se ha reducido el importe de las pagas extraordinarias a la mínima expresión con el consiguiente incremento a 169 del importe de las mensualidades ordinarias para que el total anual sea idéntico en ambos casos. Como hemos argumentado anteriormente, en base a los artículos 42 LGSS (autorización tácita para establecer el devengo por meses del derecho a percibir una pensión) y 146 LGSS (fecha

de efectos de las pensiones) podemos en el caso hipotético planteado suprimir las mensualidades correspondientes a los meses anteriores a la fecha de efectos con el valor de una catorceava parte de la pensión, es decir: suponiendo una fecha inicial de efectos 1 de mayo, se transformaría el 'ejemplo B' en el 'ejemplo C'; si es posible la reducción de una catorceava parte en el supuesto de distribución desigual del importe, cuando las mensualidades se han visto incrementadas con los importes que otrora eran pagas extraordinarias, también es posible tal reducción por catorceavas partes cuando las mensualidades y las pagas extras son de idéntico importe, es decir: que también es posible que el 'ejemplo C' se transforme en su equivalente 'ejemplo D' en el que se conserva el mismo total anual percibido que el caso anterior. Así, utilizando como instrumento las posibles configuraciones que podrían tener las pagas extraordinarias, demostramos numéricamente y paso a paso que si la Ley permite suprimir el pago correspondiente a los meses anteriores a la fecha de efectos que la misma determina, puede también el reglamento suprimir en las pagas extraordinarias la fracción correspondiente a dichos meses. Podemos concluir por ello que: a) es conforme a la LGSS que el reglamento efectúe la reducción del importe de las pagas extraordinarias a través del mecanismo de prorratear cada paga extraordinaria en función del semestre anterior, y b) que la regulación del importe de las pagas extraordinarias de forma idéntica para la modalidad contributiva y la no contributiva de pensiones que se efectúa en el Real Decreto 771/1997, de 30 de mayo, es conforme a la base legal establecida en el artículo 42 de la LGSS.

No ha sido hasta el 2001 que se han desarrollado mediante una Orden del Ministerio de

El desarrollo reglamentario de las pagas extras..

	Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Sep	Oct	Nov	Dic
Paga extra de 1,- Pta.(junio prorrateada)						$\frac{1}{3} \cdot 1$						1
Mensualidad, incrementada dos veces en (144÷12)=12,-Pts. ya que las pagas extras de junio y noviembre se han reducido de 145,- a 1,- Pta.	145	145	145	145	145	145	145	145	145	145	145	145
	+12	+12	+12	+12	+12	+12	+12	+12	+12	+12	+12	+12
	=	=	=	=	=	=	=	=	=	=	=	=
	169	169	169	169	169	169	169	169	169	169	169	169

Cálculo del total anual percibido de mayo a diciembre: $(169 \text{ pts.} \times 8 \text{ meses}) + 0,33 \text{ pta.} + 1 \text{ pta.} = 1353,33$

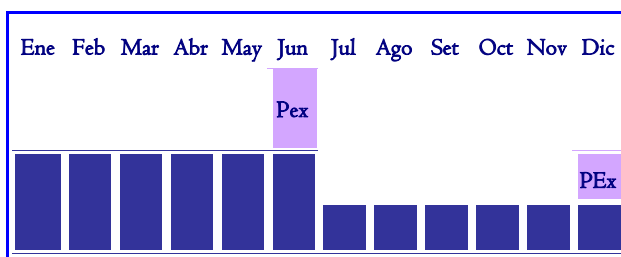
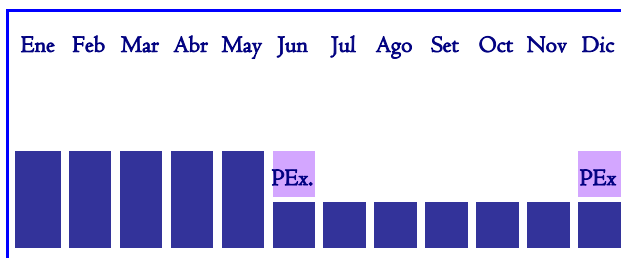
Ejemplo C: pagas extra 'simbólicas' de 1,- Pta. y mensualidades incrementadas, si es pensionista desde el día 1 de mayo

	Ene	Feb	Mar	Abr	May	Jun	Jul	Ago	Sep	Oct	Nov	Dic
Importe de la paga extra (junio prorrateada)						$\frac{1}{3}$	145					145
Importe de la mensualidad	145	145	145	145	145	145	145	145	145	145	145	145

Cálculo del total anual percibido de mayo a diciembre: $(145 \text{ pts.} \times 8 \text{ meses}) + (\frac{1}{3} 145) \text{ pts.} + 145 \text{ pta.} = 1353,33$

Ejemplo D: pagas extra del mismo importe que las mensualidades, si es pensionista desde el día 1 de mayo

Trabajo^[1024] algunos aspectos no concretados anteriormente acerca del importe de las pagas extraordinarias; Orden que entró en vigor el día 1 de julio del 2001, esto es: el inicio del mes siguiente a su publicación en el BOE, según se indica en su disposición final segunda; aplicándose sin embargo con un cierto efecto retroactivo: según su artículo 1.1, rige para todas las pensiones con efectos económicos iniciales a partir de 1 de diciembre de 1996 -es decir: para todas aquellas en las que la primera paga extra devengada debía calcularse de acuerdo con el Real Decreto 771/1997-. Uno de los detalles que desarrolla esta Orden es cual es el importe que debe tomarse como base para los cálculos de pagas extraordinarias, ya que -como mínimo- eran posibles dos interpretaciones del «importe correspondiente a dichos meses» (los meses del semestre de referencia de cada paga extraordinaria): podía tomarse una sexta parte del importe de cada una de las mensualidades pagadas, o podía considerarse sólo el importe de la



última mensualidad y aplicar al mismo el número de sextas partes correspondiente al número de meses de referencia; la diferencia es relevante cuando la pensión pagada ha variado su importe a lo largo del semestre de referencia: si la pensión ha aumentado su importe a lo largo del semestre la primera interpretación (sumar una sexta parte de cada mensualidad efectiva) proporciona un resultado menor que la segunda interpretación (última mensualidad multiplicada por tantas sextas partes

como meses se haya pagado la pensión). Tanto para los supuestos de reconocimiento inicial o rehabilitación como para los de extinción o suspensión de la pensión, la Orden referida opta por la segunda interpretación, beneficiando así a quienes hayan visto aumentado el importe de su pensión a lo largo del semestre y perjudicando a quienes durante el transcurso del mismo hayan sufrido una disminución del importe de la pensión, por ejemplo un pensionista no contributivo a quien se le haya reducido la pensión tras haber notificado que un miembro de su unidad familiar ha encontrado un nuevo trabajo por el que percibirá mayor salario que anteriormente. Esta opción puede ser discutida ya que no era la única interpretación posible, y dado que existía la posibilidad de escoger la mejor, esto es: el mayor importe entre las dos interpretaciones señaladas. Que el resultado es pernicioso puede verse claramente con un ejemplo: supongamos que un pensionista percibe su pensión íntegra, hacia el mes de junio se

^[1024] Orden de 25 de junio del 2001 (BOE de 30-jun-2001).

estima que debe reducirse su importe a la mitad en virtud de nuevos ingresos familiares que el interesado diligentemente notificó a la entidad gestora: la paga extra se paga duplicando la totalidad o la mitad de la pensión ordinaria^[1025] dependiendo de si la reducción de la pensión se realiza en el mes de junio o inmediatamente después en julio, sin perjuicio de realizar un cómputo global tras la declaración anual de rentas; pero, de entrada, sin más incidente que esta mínima diferencia de fechas se ha reducido la paga extra a la mitad, y similares ejemplos podríamos comparar con supuestos de extinción o de reconocimiento inicial.

Para el cálculo de la paga extraordinaria, deben considerarse dos elementos, que podemos denominar 'base' y 'proporción'. Las normas comentadas prestan mucha atención a la 'proporción', esto es: a las sextas partes según el número de meses en los que se ha percibido la pensión, pero como 'base' se adopta el importe ordinario a pagar el mismo mes, sin realizar promedio alguno con las bases del semestre de referencia. Parece que ello es acorde con el concepto de 'paga extraordinaria' que parece referirse a una sola mensualidad, sin embargo este concepto de referencia mensual de la paga extraordinaria es propio de las pensiones contributivas en las que se reconoce un derecho mensual, y debemos recordar que según el art. 42 LGSS el derecho a las pensiones no contributivas es un derecho anual que se fracciona en catorce pagas, y ello supone que el importe de las pagas decimotercera y decimocuarta deben más bien seguir una proporción con el conjunto del derecho anual y no con la mensualidad del mes en el que se abonan; evidentemente al final, cuando se realice la regularización anual tras la declaración de los ingresos del interesado, el importe anual siempre será el mismo, ya que éste depende del importe anual determinado por la ley menos los otros ingresos computables como disponibles por el interesado; y también hemos dicho que la ley permitiría diversas concepciones de lo que de extraordinario debiesen tener las pagas extraordinarias. No se discute que en último término el interesado va a percibir lo que señala la ley, sino el hecho de que en algunos casos el interesado va a percibir provisionalmente un importe menor que el que podría haber percibido con otra interpretación reglamentaria, y en personas cuyos ingresos son tan escasos ello tiene una importancia notable.

La base y las sextas partes para calcular una paga extra.

[1025] «Cuando en los meses de junio o noviembre se produzcan variaciones [...] que impliquen cambios de su cuantía, la paga extraordinaria que corresponda será igual al importe percibido en dichos meses» Artículo 2.2 de la Orden de 25 de junio del 2001 (BOE de 30-jun-2001). Igual en el artículo 3.1.a) para los casos de reconocimiento inicial: «cada sexta parte se calculará tomando la cuantía de la pensión ordinaria abonada en el mes de junio» (o de noviembre, en el apartado 1.b) y se insiste en el artículo 3.2 «Cuando en los meses de junio o noviembre se produzca una variación [...] que implique una modificación de la cuantía [...] la paga extraordinaria que corresponda será la suma de las sextas partes, por cada uno de los meses en que se haya abonado la pensión, del importe percibido en los referidos meses de junio o noviembre».

El análisis realizado en las páginas anteriores pone de relieve un aspecto de la regulación normativa de nuestro sistema de Seguridad Social: el rango de las normas que regulan el importe de las prestaciones, ya que acabamos de ver cómo, aunque sólo parcialmente, el importe de las pensiones viene determinado por preceptos reglamentarios. El hecho de remitir la fijación del importe de las pensiones a normas reglamentarias ha sido una constante en nuestro sistema: si ahora el artículo 120 de la LGSS establece que el importe de las prestaciones que no venga determinado en la propia Ley «será fijada en los Reglamentos Generales», ello no es sino la traslación de lo preceptuado en el artículo 89.1 de la LSS de 1966^[1026]; en las pensiones contributivas por invalidez se reitera tal remisión ya que para ellas el artículo 139.5 de la LGSS establece que «se harán efectivas en la cuantía y condiciones que se determinen en los Reglamentos generales de la presente Ley», ya que la LGSS regula con bastante detalle el cálculo de la base reguladora de dichas pensiones, pero el porcentaje a aplicar sobre dicha base para obtener la prestación correspondiente a cada grado de incapacidad permanente debe buscarse en los preceptos reglamentarios; en cambio, en las pensiones contributivas de jubilación aunque el artículo 160 de la LGSS remita la cuantía de las mismas a lo que reglamentariamente se determine, el artículo 163 de la misma ley determina el porcentaje a aplicar a la base reguladora definida en el artículo anterior; debiendo explicarse esta diferencia porque el redactado actual del artículo 163 de la LGSS es más reciente (es de 1997) que los artículos que regulan la incapacidad permanente, puesto que con anterioridad dicho artículo -como su precedente: el artículo 155 del Texto refundido de 1974- remitía igualmente al reglamento. En las pensiones no contributivas todos los elementos básicos para determinar el importe de las mismas que hemos analizado (importe inicial, correcciones según la renta de las familias de los beneficiarios, etc.) se recogen en lo esencial en normas con rango de ley, si bien acabamos de ver que el importe de las pagas extraordinarias viene claramente condicionado por preceptos reglamentarios. No existe en la Constitución una reserva de ley expresa y directa en materia de prestaciones de la Seguridad Social, aunque tal reserva deba entenderse en aquello que afecte los elementos fundamentales de la institución^[1027]; ello no obstante, deberemos tener en cuenta que la responsabilidad en el pago de prestaciones de Seguridad Social no siempre recae en las Entidades Gestoras del sistema, sea porque la

El rango normativo de la regulación de las prestaciones.

[1026] Texto Articulado primero de la Ley de Bases de la Seguridad Social: Decreto 907/66, de 21 de abril (BOE de 27-abril-1966).

[1027] Las líneas generales según ALONSO OLEA, 1998, página 379 son objeto de ley en nuestro ordenamiento jurídico actual. Podrían definirse tres círculos de actividad normativa: un núcleo de garantía institucional que resulta indisponible hasta para el legislador (STC 37/1994, de 10 de febrero; 129/1994, de 5 de mayo, entre otras); el círculo más amplio que comprenda lo fundamental de su estructura organizativa y prestacional es responsabilidad del legislador, que no puede por inacción ni anular la llamada a la ley efectuada por el artículo 53.3 de la Constitución, ni convertir en excepcional que la legislación básica (149.1.18 CE) emane las normas con rango de ley (STC 69/1988, de 19 de abril; 80/1988, de 20 de abril, entre otras); y, por último, el tercer círculo más extenso sería el de las normas reglamentarias, cuya necesidad en materia de Seguridad Social esta fuera de toda duda.

ley llama a determinadas personas (empresarios) a coparticipar en su pago, sea por imputárseles dicho pago -directa o de forma derivada- a consecuencia de un previo incumplimiento de las obligaciones de encuadramiento o cotización^[1028]; tampoco se ha admitido por la jurisprudencia que exista una reserva de ley absoluta en materia de cotización, ya que se ha considerado que tales cotizaciones -y lo mismo puede decirse del pago de prestaciones imputado a particulares- no se hallan afectadas por la reserva absoluta de ley que emana del artículo 133 que obligaría a que los elementos esenciales de esta obligación no pudieran deferirse a una norma reglamentaria^[1029], sino a la categoría de «relativa» reserva de ley dimanante del artículo 31.3 de la Constitución, que sólo obliga a que tales exacciones se realicen de conformidad con la ley, pero no impone de manera rígida que su establecimiento y regulación deban hacerse necesariamente por ley^[1030].

No obstante lo anterior, no parece muy lógico que en normas con rango de ley se regulen aspectos básicos para la determinación del importe de una pensión como el cálculo de la base reguladora, y que otro aspecto tan básico como el anterior: el porcentaje a aplicar a dicha base reguladora, se remita al reglamento; asimismo podemos considerar ilógico que la revalorización a aplicar a las pensiones se establezca en una ley, mientras que el importe inicial de dichas pensiones depende de normas reglamentarias; y lo mismo podríamos decir acerca de los complementos para pensiones inferiores a la mínima. Parece que la necesidad de utilizar normas con rango de ley debería obedecer a consideraciones materiales más que a las formales, es decir, que debería ser sobre todo la trascendencia económica y social de la determinación del importe de las pensiones la que hiciera necesario el rango de ley; los mecanismos que formalmente imponen el rango de ley (reserva material, congelación de rango) deben servir para evitar vaivenes y consideraciones circunstanciales acerca de la importancia material de una norma, pero no deberían servir de justificación permanente las explicaciones que pueden darse sobre el acarreo histórico de normas reglamentarias y legales que sirven para determinar el importe de las pensiones. Si se aprecia la necesidad de garantizar la participación de quienes ostentan la capacidad legislativa del Estado en la determinación del importe de las pensiones, la ley debería contemplar todos los elementos esenciales para el cálculo de dicho importe para no vaciar de contenido tal participación, participación que debería extenderse con la misma intensidad en las dos vertientes de la actividad presupuestaria: en la determinación de los tributos y exacciones que se detraen de los presupuestos familiares por la autoridad del Estado,

Debe reformarse el rango que regula las prestaciones.

[1028] Artículos 126 y 126 de la Ley General de Seguridad Social.

[1029] FERREIRO-DF, 1987, páginas 62 y siguientes. STC 6/1983, de 4 de febrero; STC 77/1985, de 27 de junio; STC 227/1993, de 9 de julio.

[1030] STC 6/1983, de 4 de febrero, STS-3a. 18-feb-1997 (Ar.1103).

y en la de los gastos que la administración realice con destino a dichos presupuestos familiares; no sería lógico un garantismo asimétrico que reservara la actuación del poder legislativo en una sola dirección: las cotizaciones o impuestos que la ciudadanía deba aportar a los poderes públicos, y que disminuyera su intervención en las prestaciones que los mismos poderes públicos deban aportar o retornar a los ciudadanos, o viceversa. En conclusión, debería elevarse el rango de las normas que determinan el cálculo de las prestaciones de Seguridad Social, debiendo establecerse por ley los elementos esenciales de dicho cálculo, tal como los que determinan el importe de las contribuciones a efectuar a los poderes públicos.

4.- RESPONSABLES DEL PAGO DE LAS PENSIONES

4.A: RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTOS EMPRESARIALES

Al hilo de la jurisprudencia dictada para las pensiones de la modalidad contributiva, anteriormente se ha apuntado la posibilidad de que hubiese otros responsables del pago de las pensiones no contributivas distintos a las entidades gestoras. Ello nos sugiere la necesidad de examinar si existe o puede existir una imputación de responsabilidades en orden a las prestaciones en caso de incumplimiento empresarial de las obligaciones legales, semejante a la que se halla establecida para las prestaciones contributivas; concretamente, la hipótesis inicial que queremos examinar es la siguiente: si un incumplimiento empresarial hubiese obstaculizado a los interesados en obtener una prestación el cumplimiento de algún requisito de los exigidos para otorgar una pensión no contributiva, y con ello hubiese ocasionado -indirectamente- la no concesión de la misma, ¿podría imputarse el pago de dicha prestación no contributiva al empresario incumplidor?; concretándolo en un caso, la hipótesis sería el empresario que contrata a un extranjero pero se niega a formalizar tal contratación y no paga, en consecuencia, cotización ni impuesto alguno (economía sumergida), este trabajador no puede acreditar su condición de tal para obtener el permiso de trabajo y residencia, y más tarde -tras sobrevenirle una discapacidad- ve negada su petición de pensión no contributiva. En una primera aproximación parece que debemos negar esta posibilidad en base a dos motivos: el primero, que no existe ningún precepto que establezca para las pensiones no contributivas otra responsabilidad de pago por parte de una persona o ente distinto a la entidad gestora; y el segundo motivo sería que la imputación de responsabilidades a la que nos referimos se produce en la modalidad contributiva a causa del incumplimiento por parte del empresario de los deberes de afiliación y alta o los de cotización, y en las prestaciones no contributivas, tanto los empresarios, como la cotización, y la previa afiliación son elementos irrelevantes para el otorgamiento de las prestaciones. Sin embargo, esta inicial negativa merece un examen más detallado ya que

¿Es aplicable el artículo 126 LGSS a las pensiones no contributivas?

podemos dudar de ella partiendo de dos posiciones previas: en primer lugar, la de que la inclusión de las prestaciones no contributivas en el Régimen General de la LGSS no es una anomalía que el legislador, a pesar del tiempo transcurrido, tiene pendiente de corregir, sino que precisamente por el transcurso del tiempo tal ubicación puede considerarse consolidada^[1031]; y en segundo lugar, porque las prestaciones no contributivas tienen un importante elemento contributivo que las acerca estructuralmente al resto de pensiones, ya que si en ambas situaciones el sistema de Seguridad Social contempla el cumplimiento de unas obligaciones previas, en ambas modalidades de pensiones deberemos plantearnos las consecuencias del incumplimiento de tales obligaciones. Por ello, no debe descartarse la aplicabilidad en lo posible a las pensiones no contributivas del artículo 126 de la LGSS que se titula «Responsabilidad en orden a las prestaciones» sin que se exceptúe la modalidad no contributiva de las mismas; artículo que, como es sabido, debe contemplarse junto con los artículos 94 a 96 de la Ley de Seguridad Social de 1966^[1032] que actúan como sustitutos de los preceptos no dictados para el desarrollo del artículo 126 de la LGSS.

La remisión a los supuestos de imputación y su alcance que se realiza en el artículo 126.2 de la LGSS nos dice en primer lugar *a contrario* que la responsabilidad empresarial no será la general que emana de los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, sino la tipificada expresamente para la Seguridad Social^[1033], y como obligación emanada de la ley, se regirá por lo que dicha ley establezca^[1034]. El ordenamiento jurídico de la Seguridad Social es un conjunto que ha tendido históricamente a la autointegración; desde el primer desarrollo de los sistemas de protección social se crearon conjuntos normativos diferenciados del derecho común en las normas relativas a prestaciones^[1035], en los sistemas de financiación y recaudación, y en los sistemas de gestión concertada, y la tendencia a la autointegración de las normas de Seguridad Social se acrecentó

Un sistema especial de responsabilidad.

[1031] En defensa de la inclusión de las pensiones no contributivas en el Régimen General como «vía idónea de universalización de la protección» ESCUDERO, 1991, página 50. Desde otra perspectiva se criticó tal inclusión por cuanto «la lógica interna del nuevo brazo no contributivo es frontalmente contradictoria con el elemento que preside la existencia de diversos regímenes, a saber, el factor profesional» ALARCÓN, 1991, página 392.

[1032] Decreto 907/1966, de 21 de abril (BOE de 22 y 23-abr-1966) que aprueba el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre (Boletín -Gaceta de Madrid- de 30-dic-1963).

[1033] ALONSO, 1991, páginas 11-13.

[1034] Artículo 1090 del Código Civil.

[1035] A partir de lo ya establecido en la Ley de Accidentes de Trabajo y en los reglamentos de las Cajas de Ahorro, la Ley de 27 de febrero de 1908 (Gaceta de 29-febrero-1908) estableció una regulación distinta a la del Derecho civil en la capacidad de obrar de los menores y de las mujeres casadas (artículo 27) en orden a la posibilidad de contratar seguros de renta vitalicia a capital cedido o reservado, y en las normas de derecho sucesorio (artículo 28) en lo que se refiere a los herederos del capital reservado de los citados seguros de renta vitalicia, aplicable a los fondos capitalizados en el Retiro Obrero en el que además se puede designar expresamente a un beneficiario

cuando los contenciosos del primer conjunto citado se residenciaron en las Magistraturas de Trabajo una vez agotada la vía administrativa previa. En cuanto a los incumplimientos empresariales, como mínimo a partir de que en 1959^[1036] se descartó la doctrina de la compensación de culpas, y la normativa de Seguridad Social construyó un sistema propio de responsabilidades que ha perdurado en sus líneas maestras hasta la actualidad, aunque con la notable mutación derivada de un sistema de responsabilidad que fue construido sobre unos esquemas obligacionales de contrato de seguro y que ha evolucionado a un sistema público de protección social.

Dice el apartado 2 del artículo 126 de la LGSS que «el incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance...» Podemos observar que el precepto contiene dos elementos: primero, para que se produzca la imputación de responsabilidad a alguien distinto de las entidades gestoras normalmente responsables del pago de prestaciones (apartado 1 del mismo artículo) debe haberse producido de alguna forma un incumplimiento en materia de encuadramiento o cotización; en segundo lugar, el precepto examinado remite a otras normas el detalle de los supuestos de imputación. No se concreta en el artículo 126.2 de la LGSS ningún grado específico de tal incumplimiento, ni se exige que la falta de afiliación o de cotización sean la causa única e inmediata de que la entidad gestora no haya pagado la prestación, ni que el daño a la prestación haya sido querido por el empresario incumplidor; se tipifica tan sólo que la omisión de los deberes de encuadramiento y cotización legalmente exigibles comportará como consecuencia un pago, una conducta omisiva a la que se anuda con carácter objetivo el pago de las prestaciones, carácter objetivo que también tienen los supuestos de responsabilidad que se tipifican en los artículos de la Ley de Seguridad Social de 1966^[1037].

Una
responsabilidad
objetiva.

La vigencia de estos preceptos de 1966 se ha afirmado por algunos autores y especialmente por la jurisprudencia^[1038] que tiene valor reglamentario, aunque buena parte de la doctrina guarda prudente silencio sobre el rango que debe atribuirse

La vigencia y
el rango de los
artículos 94 a
96 de la LSS
de 1966.

[1036] Artículo 6 del Decreto 931/1959, de 4 de junio (BOE de 8-junio-1959): «En caso de incumplimiento imputable a las Empresas o Entidades de la obligación de afiliar a sus trabajadores, correrán a cargo de las mismas las prestaciones que pudieran corresponder a los productores no afiliados en tiempo y forma, sin perjuicio de imponer las sanciones que reglamentariamente procedan y del derecho del trabajador para solicitar directamente del Instituto Nacional de Previsión el alta correspondiente».

[1037] En pro del carácter objetivo: GALA, 1997, página 191.

[1038] GALA, 1997, página 32 y 51. STS 8-may-1997 (Ar.3970); STS 10-mar-1998 (Ar.2376), entre otras muchas. El hecho de que se haya reiterado tal expresión muchas veces dificulta considerar que «reglamentario» se utiliza en sentido coloquial, no técnico, para indicar que complementa a otra disposición obligatoria.

actualmente a tales preceptos^[1039]; puede sostenerse el carácter reglamentario porque tal vigencia se expresa en una norma de tal rango: la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1645/1972^[1040], que desarrollaba la Ley 24/1972^[1041] en cuyo artículo 17.1 -como hoy en el artículo 126.2 LGSS- se llamaba a una «fijación de los supuestos de imputación y su alcance»; por contra, puede sostenerse razonablemente que tal vigencia es con valor de ley, teniendo en cuenta que el hecho de que un reglamento cite una ley no rebaja a ésta de rango, ni toda norma que complete los preceptos de una ley debe tener necesariamente rango reglamentario. La disposición final segunda.1 de la Ley 24/1972 dejaba subsistente la Ley de Seguridad Social de 1966 al decir: «La Ley de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966, continúa en vigor en cuanto no sea opuesta a lo establecido por la presente», y nosotros entendemos que, naturalmente, subsistente con valor de ley; y las posteriores refundiciones de 1974 y 1994 no han alterado tal situación: en cuanto a la primera refundición, porque la Ley de 1974 no derogó explícitamente a las leyes anteriores de 1966 y 1972 que refundía, sino que sólo derogó «las leyes y demás disposiciones que se opongan a lo dispuesto en la presente Ley»^[1042], y estos concretos preceptos de 1966 no pueden entenderse opuestos a la Ley de 1974 para considerarlos derogados, ya que si tal oposición existiera menos aún sería posible considerarlos subsistentes con valor reglamentario; respecto al texto refundido de 1994, sólo deroga al de 1974^[1043], no los anteriores, que conservan su vigencia de acuerdo con el artículo 2.2 del Código Civil; por otra parte, puede entenderse la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1645/1972 que menciona la vigencia de los artículos de la Ley de 1966 no como un precepto que hace renacer con valor reglamentario un anterior texto legal, sino como un reconocimiento declarativo de que la derogación de tales preceptos de 1966 no se había producido. La opción del Tribunal Supremo de considerar que los preceptos de 1966 tienen valor reglamentario no afecta a su vigencia, que mayoritariamente no se discute^[1044], sino -entre otros importantes

[1039] ALARCÓN, 1991, página 136; ALONSO OLEA, 1998, página 160; BLASCO, 1999, página 300.

[1040] Real Decreto 1645/1972, de 23 de junio (BOE 28-junio-1972). La disposición transitoria segunda dice: «En tanto se dicten las disposiciones en las que se determinen las circunstancias a que se refiere en número 1 del artículo 17 de la Ley 24/1972, se aplicarán las normas contenidas en los artículos 94, 95, 96 y 97, números 1 y 2, de la Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966».

[1041] Ley 24/1972, de 21 de junio (BOE de 22-junio-1972).

[1042] Disposición final 1ª del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo (BOE de 20-julio-1974).

[1043] Disposición derogatoria única a) del Texto Refundido por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (BOE de 29-junio-1994).

[1044] «Algunos autores [Ordeix, 1986; Rivero, 1988] han sostenido la tesis de su derogación, por cuanto el Decreto 1645/1972, de 23 de junio, que los mantiene provisionalmente vigentes, debe considerarse todo él derogado desde la publicación de la LGSS, ley que sustituye a la de 1972. El criterio mayoritario de la doctrina, y el de la Jurisprudencia es, sin embargo, opuesto a dicho parecer» ALONSO, 1991, páginas 21 y 22; y más extensamente: HERNÁNDEZMJ, 1994, página 65.

aspectos- al rango necesario de la posible norma que los modificase, o al rango suficiente que ampare lo que de sancionador tenga tal mecanismo de responsabilidad.

La remisión que se realiza en el artículo 126.c de la LGSS a las normas que completan la tipificación de los supuestos de responsabilidad, debe llevarnos a examinar cualquier otra norma que pueda conectarse con dicho artículo para delimitarlo y completarlo; aparece así dicho artículo 126.2 como excepción al supuesto normal previsto para el Régimen General en el apartado anterior (126.1) de responsabilidad de las entidades gestoras de acuerdo con sus competencias, en el marco más general del artículo 41 de la LGSS que señala para el conjunto de la Seguridad Social quiénes son responsables del pago de prestaciones: primeramente, las entidades gestoras cuando se hayan cumplido los requisitos exigidos en el Título II de la Ley o las establecidas en los Regímenes Especiales; y en segundo lugar, entidades o personas distintas a las entidades gestoras «en orden a las prestaciones, en su modalidad contributiva». La mención en el artículo 41.2 de la LGSS a la modalidad contributiva como única modalidad en la que pueden imputarse responsabilidades, excluye claramente la posibilidad de que puedan exigirse respecto a las pensiones no contributivas. Sin embargo, tal exclusión aparece por primera vez en el texto refundido de la LGSS de 1994, mientras que el resto del redactado del artículo 41 es idéntico al del artículo 23 del texto de 1974, e idéntico a su vez al redactado del artículo 23 de la Ley de Seguridad Social de 1966, y la incorporación de esta exclusión que aparece en 1994 se señaló en la memoria del proyecto así: «se ha añadido la referencia a la ‘modalidad contributiva’, sobre las que, en principio, únicamente cabe producirse la traslación de responsabilidad»^[1045]; en consecuencia dicha limitación no será relevante, ya que deberá entenderse añadida por afán pedagógico del refundidor (nótese la cautela «en principio» que se advierte en la memoria); en consecuencia, tal restricción debiera anularse (por exceso del refundidor) en caso de que del examen del ordenamiento jurídico aplicable resultara que existe algún supuesto en que tal responsabilidad pudiera exigirse.

La exclusión del artículo 41 LGSS ‘en principio’ no es relevante.

Para los casos en los que se daba un retraso o pago parcial de cotizaciones, una doctrina no muy lejana del Tribunal Supremo -posteriormente matizada, como se verá- despojó a los artículos 94 y 95 de la Ley de Seguridad Social de 1966 de su carácter sancionador por considerarlo incompatible con el principio *non bis idem* ya que se sancionaría dos veces: por la LISOS y por la LSS, efecto sancionatorio la de esta última que no puede autorizar «la Ley de 21 de abril 1966, que se considera por los tribunales, como se ha dicho, de valor reglamentario y es además anterior a la Constitución»^[1046], la

El Tribunal Supremo y el daño efectivo a la prestación.

[1045] MEMORIA-LGSS, 1993, página 49.

[1046] STS dictada en Sala General de 8-may-1997 (Ar.3970), siguiendo una doctrina ya manifestada en la STS de 27-feb-1996 (Ar.1511). Aunque el doble argumento (duplicidad sancionatoria y falta de rango) se contradice, puesto que si la norma carece de rango suficiente es inaplicable y no se produce la

responsabilidad empresarial se afirmó que reparadora de un perjuicio y, por consiguiente, debía aplicarse conforme al principio de proporcionalidad. De ello puede deducirse que el interés que se protege con el mecanismo de responsabilidad empresarial es el interés del beneficiario^[1047], no la capacidad prestacional del sistema cuya satisfacción vendrá con la recaudación de las cuotas debidas, incrementadas con el correspondiente recargo proporcional a la demora^[1048]; en consecuencia, la conducta jurídicamente reprochable es la que sea directamente eficiente para causar la pérdida de prestaciones, ya que al afirmarse que una misma conducta de incumplimiento empresarial genera o no responsabilidad para el empresario dependiendo de la existencia de un daño, se está diciendo que debe existir una relación entre la conducta empresarial y tal daño en el interés del pensionista, siendo insuficiente la mera constatación de la conducta empresarial irregular para establecer objetivamente la responsabilidad pecuniaria del infractor.

La imputación de responsabilidades a quienes incumplan una obligación legalmente establecida es un mecanismo frecuentemente examinado en los distintos órdenes jurisdiccionales (de forma habitual en el orden Penal, pero también en casos de responsabilidad de la Administración o en la responsabilidad de tipo civil); constatado un acto u omisión ilícitos y un daño, un elemento clave es la determinación de la relación entre el daño sufrido por un ciudadano y el incumplimiento reprochado, es decir: la relación causal. Por parte de la doctrina se han elaborado principalmente dos teorías de la causalidad: la de la «equivalencia de las condiciones» según la cual es causa de un resultado toda condición de la cual ha dependido su producción con independencia de su mayor o menor proximidad o importancia, determinándose cuando una conducta ha sido una condición del resultado mediante el mecanismo de suprimir mentalmente el mismo y evaluar si esta hipótesis implica que desaparezca el resultado^[1049]: de ser así, queda demostrado que dicha conducta fue causa necesaria «*condicio sine qua non*» de la producción del daño; esta teoría es la que tradicionalmente había aceptado el Tribunal

Las teorías de la relación causal.

duplicidad *non bis idem* que se acusa, y si existe duplicidad sancionatoria es porque las dos normas son aplicables con el rango suficiente para ello.

[1047] Por ejemplo, en la STS 10-mar-1998 (Ar.2376), la TGSS es condenada a pagar una IT de 10 días porque el beneficiario acreditaba la carencia necesaria, aunque el descubierto de cotizaciones empresariales alcanzaba la cifra de 1.877.960.527,- Pts.

[1048] Con la perversa consecuencia de que al empresario que contrate a jóvenes en buen estado de salud puede esperar un mejor trato de la ley ante idéntico incumplimiento que el que contrate a personas maduras o a minusválidos incumpliendo también sus obligaciones con la Seguridad Social, por cuanto aquellas tienen una menor morbilidad y se hallan más lejos de la contingencia de jubilación.

[1049] MIR, 1998, página 218 y ss.

Supremo utilizando la expresión «*causa causæ, causa causati*»^[1050], si bien se ha reconocido siempre que su inconveniente era que tendía a una determinación amplísima de la causalidad, por lo que para evitar un retroceso al infinito se adoptaron mecanismos correctores y limitativos como la prohibición de retroceder más allá del hecho dañoso producido, o la exigencia de la imputación objetiva del resultado^[1051]. La segunda teoría importante es la de la «causalidad adecuada»^[1052] -que más recientemente el Tribunal Supremo ha manifestado que era la más idónea^[1053]- según la cual debe valorarse *ex ante* si la conducta reprochada era probable que produjera el daño acaecido, ultimándose el análisis de la eficiencia de la causa o verosimilitud del nexo causal mediante la eliminación -por irrelevantes- de las concausas antecedentes o concomitantes^[1054].

Pero la conducta contemplada es una omisión (la de los deberes empresariales de encuadramiento), que tiene una diferencia estructural importante: mientras una acción injusta consiste en una intervención activa que en principio una norma prohíbe, la omisión injusta consiste en hacer algo distinto a la conducta deseable obligada en principio por una norma preceptiva. Por ello deberemos tener en cuenta que la doctrina ha señalado que difícilmente pueden aplicarse las teorías de la causalidad a las omisiones: «en el caso de la omisión nadie ha pretendido seriamente plantear la existencia de una causalidad entre omisión y resultado, sino que simplemente se habla de una causalidad hipotética, con lo cual se está afirmando la falta de causalidad», causalidad hipotética porque sólo puede señalarse que 'probable o posiblemente' el daño causado no se habría producido, y esta imprecisión o probabilidad no puede

Las omisiones y la relación de causalidad.

[1050] BUSTOS, 1984, página 170, con cita de varias STS de los años 70; CÓRDOBA, 1972, página 10 del Tomo I; MIR, 1998, página 224. Este apotegma jurídico se cita también en diversas formas no abreviadas, como «*Quod est causa causæ est etiam causa causati*»: porque es la causa de la causa es también causa de lo causado.

[1051] La STS 5-4-1983 (Ar.2242) señala como criterio frecuente de limitación de la teoría de la equivalencia de las condiciones el de adecuación de la causa «pero también pueden existir otros, como el de la relevancia, el de realización del peligro inherente a la acción base, o los de incremento o disminución del riesgo, o el del fin de protección de la norma».

[1052] Aunque la doctrina ha señalado que, en puridad, no se trata de una teoría de la causalidad sino de imputación objetiva, (es decir, si el objetivo de la conducta, el riesgo creado era contrario al bien jurídico protegido) antijuricidad que actúa como límite de la causalidad establecida según la única teoría causal propiamente dicha: la de la equivalencia de las condiciones. MIR, 1998, página 230 y ss.; BUSTOS, 1984, página 229.

[1053] Por todas: STS-2ª de 31-oct-1987 (Ar.7645); STS-2ª de 23-ene-1990 (Ar.480); STS-3ª de 28-nov-1998 (Ar.9967); STS-3ª de 28-oct-1998 (Ar.8420). Ello no obstante, en algunas sentencias no muy antiguas se argumenta en pro de la vigencia del principio de equivalencia de las condiciones: STS-1ª de 19-jul-1996 (Ar.5803); STS-2ª de 20-jun-1979 (Ar.2714); STS-1ª de 29-dic-1997 (Ar.9602).

[1054] Por todas: STS-2ª de 6-mar-1991 (Ar.1922); STS-3ª de 13-nov-1991 (Ar.8065). Un ejemplo en la STS 20-ene-1994 (Ar.288): un policía efectuó una denuncia falsa, el TS le hace responsable de los daños materiales y morales sufridos por el particular debidos a la detención y proceso penal, es indiferente que éstos fueran ordenados por otras autoridades, ya que el responsable conocía el riesgo al que sometió al afectado.

salvarse mediante la causalidad sino mediante el uso de otro criterio: la imputación objetiva ^[1055], como dice el Tribunal Supremo «las omisiones carecen de efecto causal: la nada, nada causa» ^[1056] añadiendo que «sólo cabe requerir una causalidad hipotética, es decir, la comprobación de si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado con una seguridad rayana en la probabilidad». De acuerdo con este criterio debemos valorar la situación típica descrita en la norma: si se han cumplido los requisitos de afiliación, alta, cotización y los particulares de la prestación, de ésta será responsable la entidad gestora, mientras que en el caso contrario de incumplimiento de los requisitos, la prestación será denegada; resulta irrelevante la hipotética protección por otros cauces (alta de pleno derecho, asistencia social, etc.); resulta irrelevante que las prestaciones no contributivas no se mencionen explícitamente en la norma, ya que inclusive las contributivas tienen una configuración actual distinta a la de 1966; lo que resulta relevante es que, de acuerdo con la experiencia de una persona media, puede suponerse que la ausencia de afiliación y alta de un trabajador, -el extranjero de nuestra hipótesis- que no pueda solicitar por ello un permiso de trabajo y residencia, conlleva su desprotección social, ya que -como norma general- todas las prestaciones de la Seguridad Social son negadas a los trabajadores que se hallan ilegalmente en nuestro país; el empresario al mantener a su trabajador al margen de los mecanismos administrativos -que lo son a la vez de control y de protección- pudo y debió prever o conjeturar que con su omisión ponía en peligro la posibilidad de que el trabajador pudiera percibir una pensión, peligro potencial que, al menos cuando se transforma en real, debería ^[1057] comportar una exigencia de responsabilidad.

No es seguro, empero, que pueda considerarse siempre que se da la causalidad hipotética con el grado de «probable» en los supuestos de negativa de la Administración a otorgar a un trabajador el permiso de residencia legal, que a su vez impediría a éste obtener o conservar una pensión no contributiva; ya que el incumplimiento empresarial sería sólo una concausa hipotética de la denegación de los permisos de residencia, incidiendo muchos otros elementos (como el cupo máximo de extranjeros que se admiten anualmente, o la situación del mercado de trabajo en el concreto sector profesional), por lo que no puede afirmarse que, suprimida esta omisión, el resultado denegatorio no se hubiese producido, a diferencia de lo que ocurre en las prestaciones

El incumplimiento empresarial es posible, no siempre probable, que cause el daño.

[1055] BUSTOS, 1982, página 49 y 55. MIR, 1998, página 231, dice que en la comisión por omisión no es precisa la relación de causalidad, pero sí se requiere la imputación objetiva del resultado a la omisión.

[1056] STS 12-jun-1992 (Ar.5203).

[1057] Debería, de *lege ferenda* aclararse que, en cualquier configuración que se dé al discutido mecanismo de la responsabilidad en el pago de prestaciones, quien cause la pérdida de una pensión; o quien dañe a la capacidad prestacional del sistema público de protección social, debe ser tratado igual, sea cual sea el mecanismo de cálculo de la pensión (contributiva o no contributiva), o sean cuales sean los recursos económicos (cotizaciones o impuestos) los que se hayan evadido a los poderes públicos.

contributivas en las que la omisión empresarial es causa eficiente de las denegaciones por falta de alta o de cotización. La probabilidad de que si se hubiesen formalizado todos los extremos de la relación entre el empresario y el trabajador (contrato, alta, cotización) éste hubiese podido obtener un permiso de residencia y de trabajo deberá valorarse en cada caso, y especialmente relevante será el contemplar si en el período indicado hubo alguno de los cíclicos procesos de regularización de residencia de extranjeros que transforman en legal una residencia ya existente, y justamente en base a la acreditación documental de una previa presencia del extranjero en nuestro país, o de una relación laboral^[1058] o si ha sufrido alguna otra lesión en su derecho a residir en España durante un cierto tiempo^[1059].

Existe un supuesto en el que sí parece posible establecer una más estrecha relación causal entre la omisión de los deberes empresariales y la imposibilidad de obtener la prestación no contributiva: en los casos en que la obtención de tal pensión no contributiva se ha hecho depender de la condición de 'trabajador' de quien pida la prestación o de su familia, como es el caso de las sentencias del Tribunal Supremo relativas a la aplicabilidad del Reglamento comunitario 2211/78^[1060] que ya hemos comentado anteriormente. Existe un paralelismo: en la modalidad contributiva, el incumplimiento de los deberes empresariales de alta y cotización impiden acreditar el requisito de alta o el de la carencia necesaria^[1061]; en la modalidad no contributiva, el incumplimiento de los deberes empresariales de formalizar la contratación y la relación con la Seguridad Social impiden al trabajador acreditar su condición de tal a los efectos de aplicarle la normativa comunitaria, acreditación que ha sido en los casos citados un elemento esencial de la *ratio decidendi* del otorgamiento o denegación de la pensión controvertida^[1062]. Sin embargo, tal razonamiento no nos conduce a ningún resultado práctico, ya que quien pueda probar que ha trabajado para el empresario incumplidor

El daño a la condición de 'trabajador' a efectos comunitarios.

[1058] Como la que regulada en el Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero (BOE de 19 de febrero del 2000), En el último año, aproximadamente medio millón de ciudadanos extranjeros han presentado una solicitud de regularización de su residencia en España; el detalle en REGULARIZACIÓN, 2001.

[1059] La jurisprudencia ha manifestado que es razonable que se obligue a quien desea residir en España que posea medios lícitos de vida, para evitar la presencia indeseada de quienes carezcan de ellos o sean de origen ilícito. STS-3a de 20-mar-2001 (LL.3345).

[1060] STS 30-3-1999 (Ar.3773); STS 1-4-1988 (Ar.2689).

[1061] Según la doctrina del Tribunal Supremo, sólo si el incumplimiento tiene relación en la relación jurídica de protección de forma que la falta de cotización impida la cobertura del período de cotización exigido, el empresario será responsable de la misma, configurándose tal responsabilidad como reparadora del efectivo perjuicio causado en el derecho del beneficiario. STS 8-may-1997 (Ar.3970); STS 10-mar-1998 (Ar.2376); STS 16-feb-1981 (Ar.711).

[1062] «La sentencia de 1 de abril de 1998 abordó también la aplicación de este artículo, descartándola porque la demandante en aquel proceso no fundaba su pretensión ni en su condición de trabajadora ni en la de familiar de un trabajador marroquí (...) pero en el presente caso el actor sí ha trabajado en España» Fundamento de derecho segundo de la STS 30-mar-1999 (Ar.3773).

a los efectos de una eventual petición de responsabilidad, también podrá probar que tiene la cualidad de trabajador a los efectos de aplicársele la normativa comunitaria^[1063], y en consecuencia tendría ya derecho a percibir la prestación, en cuyo caso, no habiéndose producido lesión alguna en el derecho a obtener la pensión no podría imputarse al empresario incumplidor ninguna responsabilidad, ya que tal responsabilidad se ha vinculado por el Tribunal Supremo a la efectiva producción de un daño a las personas beneficiarias.

De forma similar a lo anteriormente razonado, cuando el requisito incumplido para obtener una pensión no contributiva fuese el de la duración de la residencia en nuestro país, quienes solicitasen la pensión no contributiva podrían lamentar que su «clandestinidad laboral» imposibilita o dificulta tal acreditación; pero si pueden probar que trabajaron para uno o varios empresarios a quienes reprochan su incumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social, también podrían probar su residencia (entendida como hecho, tal como ya se ha expuesto anteriormente) por lo que desaparecería el obstáculo para obtener la pensión; en consecuencia, no se produciría el daño; luego, no habría responsabilidad a imputar.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo antes expuesta que desde 1997 establecía «una responsabilidad conectada causalmente con el perjuicio concreto que el incumplimiento empresarial hubiese producido en el derecho del trabajador»^[1064], podía conducir a algunas contradicciones y a posibles situaciones de abuso en aquellas prestaciones de la Seguridad Social que se conceden sin dependencia estricta a las cotizaciones anteriormente pagadas (especialmente las derivadas de accidente de trabajo), por lo que fue matizada -en Sala General- a principios del 2000^[1065] declarando inaplicable la novedosa doctrina y estableciendo que para las prestaciones que no dependen de un período de carencia seguía siendo aplicable la doctrina tradicional en la que, salvo que los incumplimientos fuesen esporádicos o involuntarios, se declara al empresario como responsable del pago de las prestaciones, sin perjuicio de los mecanismos de automaticidad y garantía subsidiaria. Se retorna así parcialmente al tradicional

[1063] Un trabajador puede ser cualificado como tal a efectos comunitarios si cumple con los requisitos materiales para estar comprendido en el campo de aplicación de algún sistema nacional de Seguridad Social, aún cuando no se hubieran cumplido los requisitos formales. GARRIDO, 1996, nota 21 en página 81; SÁNCHEZ-RODAS, 1997, página 186.

[1064] En expresión contenida en el último párrafo de la STS de 8-may-1987 (Ar. 3970), reiterada en sentencias posteriores..

[1065] STS de 1-feb-2000 (Ar.1436) que contiene una síntesis de la evolución jurisprudencial en esta materia; esta sentencia ha sido seguida por otras muchas como la STS de 29-feb-2000 (Ar.2414); STS de 27-mar-2000 (Ar.3126); STS de 31-mar-2000 (Ar.7402); STS 19-abr-2000 (Ar.4246); STS 18-sep-2000 (Ar.8207); STS 27-nov-2000 (Ar.1435); STS 4-dic-2000 Ar.10413); STS 15-dic-2000 (Ar.813/2001); STS 16-ene-2001 (Ar.773); STS 21-mar-2001 (AL.1130).

mecanismo de imputación, sin que sean muy convincentes las explicaciones que fundamentan tal responsabilidad de forma distinta según la prestación sea calculada en función de más o menos días cotizados, o hacen aparecer o desaparecer en tales casos las objeciones de legalidad y constitucionalidad de la responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones. A los efectos que aquí comentamos, lo importante es que a tales prestaciones que se conceden sin requerir una determinada cotización previa les es aplicable lo dispuesto en el art. 95.4 LSS que dice: «Las prestaciones de vejez y las pensiones y subsidios de invalidez y supervivencia serán a cargo del empresario» en los casos previstos en el artículo anterior, que hace responsable «al empresario, respecto a los trabajadores a su servicio incluídos en el campo de aplicación de este Régimen General... a) Por falta de afiliación o alta... b) Por falta de ingreso de las cotizaciones...», sin requerirse que tales faltas de afiliación o de cotización hayan afectado en modo alguno a las posibilidades prácticas de que el beneficiario percibiese la prestación, y por consiguiente sin que sea preciso que los incumplimientos sean causa eficiente y suficiente de un daño en el patrimonio de quien está o estuvo como trabajador asalariado del empresario declarado responsable total o parcial del pago de la prestación.

Esta doctrina del Tribunal Supremo fue objetada mediante el correspondiente voto particular por tres magistrados que -tras sus objeciones y petición de remisión del tema al Tribunal Constitucional- formulaban una muy razonable propuesta de que «los incumplimientos de las obligaciones de contribución económica no deben afectar a la actividad de prestación, sino ser objeto de ejecución forzosa y sanción administrativa, como ocurre en materia fiscal». Mientras ello no ocurra, nos atrevemos a apuntar que los viejos preceptos de 1966 podrían ser aplicados para declarar responsables a los empresarios del pago de prestaciones de vejez y de invalidez que, dentro del gran bloque prestacional llamado Régimen General, serían de la modalidad contributiva si el trabajador hubiese podido acceder a ellas caso de no haberse producido el incumplimiento empresarial, o de la modalidad no contributiva en los demás casos en que se dé una de las contingencias que esta modalidad tutela. Ciertamente, cuando se promulgaron en 1966 los artículos 94 a 96 de la LSS no podían referirse a las pensiones no contributivas; sin embargo ello no ha sido obstáculo para la aplicación de tales artículos en contingencias, como desempleo o prestaciones familiares, cuyo grado de protección ha cambiado -varias veces y notablemente- desde aquel tiempo, y a prestaciones -como la asistencia sanitaria- que protegen actualmente a todos los ciudadanos.

Posible aplicación del texto LSS a prestaciones no contributivas.

Prescindir totalmente de la posibilidad de aplicar la responsabilidad empresarial referida a las pensiones no contributivas, más la doctrina que vinculaba la responsabilidad a la efectiva causación de un daño en el derecho a percibir una concreta pensión, conduciría a una absurda situación que podremos ver en el ejemplo siguiente: imaginemos un

La omisión contributiva en relación a quien ha cotizado poco.

empresario con dos trabajadores respecto de los cuales el empresario ha omitido tanto el alta como la cotización; un trabajador ha trabajado durante quince años y durante dos de estos quince años el empresario de nuestro ejemplo lo ha tenido a su servicio, pero ha incumplido sus deberes contributivos; el segundo trabajador ha prestado servicios para este empresario durante catorce años, y el empresario nunca ha cotizado por él. El primer trabajador, contando con las cotizaciones no pagadas puede obtener una prestación de jubilación contributiva, y el empresario será declarado responsable de la parte proporcional a su incumplimiento; el segundo trabajador aún con las cotizaciones no pagadas no reuniría la carencia requerida para obtener una pensión de jubilación, y el empresario no podría ser declarado responsable de una prestación imposible. En resumen: en nuestro ejemplo, dos años de incumplimiento generarían responsabilidad, catorce años de incumplimiento ninguna. Omitir las cotizaciones referidas al más débil (quien menos período histórico de cotizaciones lleva acumulado) puede ser más rentable que omitir tales cotizaciones respecto a quien más posibilidades laborales ha encontrado en su vida.

Por el contrario, si integramos en nuestro ejemplo el hecho de que un trabajador que no pueda obtener una pensión contributiva por haber trabajado pocos años, sí podría obtener una pensión no contributiva; más el criterio de que la responsabilidad empresarial se aplica a toda prestación, inclusive aquellas que se conceden prescindiendo del período previo de cotización, el empresario sería declarado en el segundo caso responsable del pago de la prestación que, aunque de pequeño importe, la Seguridad Social debe abonar a quien en nuestro ejemplo ha estado aquí viviendo, trabajando, tributando -y debería también haber sido, cotizando- algunos años. En resumen, la extensión de la protección de la Seguridad Social se acompaña de una paralela extensión de la responsabilidad de quien hurta al sistema de Seguridad Social los fondos de los que debería disponer.

Suponiendo que efectivamente sí existan razones para que el coste de unas prestaciones que debe pagar el Estado (la Seguridad Social entendida como función del Estado^[1066]) se imputen a un infractor de sus normas recaudatorias, obligándole a subrogarse en la función protectora de las personas con referencia a las cuales incumplió sus deberes contributivos, tales razones existirían para imputar al infractor el coste de cualquiera que sea la prestación que precise y pueda percibir aquel trabajador que estuvo a su servicio, con independencia de los métodos de cálculo de cada prestación o del resto de requisitos que la condicionen. Tanto las pensiones de mayor importe que se conceden tras haber pagado unas cotizaciones y unos impuestos, como las más reducidas que se

[1066] Según definición de la misma, reiterada en la STC 65/1987, de 21 de mayo, apartándose explícitamente de concepciones anteriores en las que primaba el principio contributivo y la cobertura de un riesgo o contingencia.

conceden tras constatar que se ha permanecido aquí un cierto número de años -sujeto, por consiguiente, al pago de impuestos- dependen en último término de unas aportaciones del conjunto de ciudadanos; en un Estado social que asegura un mínimo nivel de consumo para la supervivencia, la cotización obligatoria no es únicamente un método de protección del 'miope' que no ahorraría lo suficiente para un infortunio futuro, sino también una protección del conjunto de 'prudentes' que cumplen con su obligación contributiva y deben costear el conjunto del sistema^[1067]. El fundamento de la imputación del coste de una prestación a quien incumple sus obligaciones de pago puede hallarse no en el daño realizado al beneficiario pensionista, sino en el causado a todos quienes sostienen el sistema prestacional. Su cuantificación puede entenderse no limitada a las cantidades adeudadas, más su actualización a la inflación (intereses de demora), y más los costes de gestión de la reclamación (recargo) o la sanción con intención preventiva general; ya que podría alegarse que no se cubren los costes de oportunidad de los impagos que benefician al infractor^[1068], u otros derivados del efecto que su incumplimiento causa en sus conciudadanos (competencia desleal, incitación a ser imitado, etc.)^[1069]. Puede intuirse la importancia de la fecha de cumplimiento si uno imagina las escasas posibilidades operativas que tendría cualquier sistema en el que los contribuyentes pudieran escoger libremente la fecha de sus aportaciones, por muy penalizadas que estuvieran las demoras. Todo ello, apuntamos podría justificar como razonable este peculiar tramo del cálculo del coste imputable al infractor, en una vía interpretativa que -evidentemente- requeriría un estudio mucho más extenso para cubrir todas las variaciones y recovecos que puede presentar su aplicación.

4.B: RESPONSABILIDAD POR ACTOS DE TERCERAS PERSONAS

El apartado 3 del artículo 127 LGSS regula una serie de supuestos en los que por existir responsabilidad civil o criminal de una tercera persona, la Seguridad Social tiene la posibilidad de repetir contra este tercero responsable el importe de las prestaciones pagadas: en concreto la asistencia sanitaria. Este artículo ha tenido su aplicación más frecuente en los casos de accidente de trabajo -especialmente los accidentes *in itinere*- en la modalidad contributiva de prestaciones, en las que pueden concurrir -solidariamente- responsabilidades del empresario y de terceras personas. Pero esta disposición especial no obsta para que sigan plenamente en vigor las normas que

Una tercera persona responsable de la minusvalía.

[1067] Por usar las expresiones del estudio AISS, 1998, página 8.

[1068] Una definición en MARTÍNEZCOLL, 2001.

[1069] En esta perspectiva cobra más sentido la distinción realizada por la jurisprudencia entre infractores persistentes y deliberadamente rebeldes, y los ocasionales y esporádicos (STS de 22-feb-2001 ILJ246, y anteriores). Todo incumplimiento por mínimo que sea daña la tesorería del sistema, pero sólo los primeros -los más trascendentes- ocasionan estos daños colaterales.

regulan en el Código Civil la más general obligación de indemnizar los daños causados mediando culpa o negligencia^[1070]. Significa ello que cuando una persona fuese en tales condiciones responsable de la minusvalía de otra, a resultas de la cual el individuo perjudicado percibiese una pensión no contributiva de invalidez, entendemos que la entidad gestora conserva el derecho a resarcirse del importe a pagar por la misma, como reparación del daño causado al sistema público de Seguridad Social, que deberá ser satisfecha -mediatamente- por el causante de las lesiones que condujeron a la situación de minusvalía, o por quien le sustituya en su responsabilidad civil en virtud de un contrato de seguro; aunque, afirmada la existencia de esta posibilidad, debemos reconocer que la necesidad de probar la culpa o negligencia que para la responsabilidad extracontractual exige el artículo 1902 del Código Civil, reducirá el número de casos en que tal acción sea posible.

La posibilidad antes mencionada es común a la modalidad contributiva y a la no contributiva de prestaciones, porque existe con independencia del tipo de prestación que perciba el perjudicado, y su estudio pertenece más bien al ámbito del derecho civil. Sin embargo existirán un cierto número de problemas con peculiaridades distintas en la modalidad no contributiva de prestaciones^[1071]. Por ejemplo: un problema es la disparidad de sistemas de valoración del daño causado, que pueden conducir a resultados contradictorios, especialmente porque en derecho común el daño se evalúa partiendo de la situación anterior a la lesión causada por el responsable enjuiciado, mientras que para las prestaciones de Seguridad Social se considera el estado final de la persona con independencia de en qué momento tuvieron lugar las pérdidas o disminuciones de sus capacidades personales; otro ejemplo: la dinámica de la prestaciones no contributivas es notablemente distinta a la de las prestaciones contributivas, especialmente en cuanto a las posibles variaciones en su importe debido a las rentas disponibles en la unidad económica familiar en que se inserte el minusválido, y debe plantearse si tales variaciones de imposible cálculo actuarial deben o no afectar al *quantum* de la responsabilidad exigida. Estos problemas deberán tenerse en cuenta junto con los comunes a ambas modalidades prestacionales al abordar esta responsabilidad de pago del importe de las prestaciones no contributivas, que no por inusada y mediata deja de existir.

Responsabilidad de terceras personas y pensiones no contributivas.

[1070] ALONSO OLEA, 1998, en las páginas 158-159 comenta la acción que tiene el asegurador [sin precisar si es privado o público] o el empresario no asegurado, para reclamar el coste de las prestaciones que han tenido que servir al accidentado. No hay motivo para limitar tal acción al asegurador privado.

[1071] Véanse las soluciones aportadas por la *Cour de cassation* francesa en: LE ROY, 2000, página 103 y siguientes.

4.C: ENTIDADES RESPONSABLES DE LA GESTIÓN Y PAGO DE LAS PENSIONES

En el artículo 57 LGSS se enumera -siguiendo la estructura definida en el RD Ley 26/1978- una serie de entidades gestoras a las que se les encomienda la gestión y administración de la Seguridad Social; sin embargo, los cambios que la Constitución de 1978 introdujo en la estructura orgánica del Estado instaurando una distribución de las competencias entre distintos entes motivó que -además de la salvedad general de la disposición final primera LGSS- en la disposición adicional decimoctava se concretasen unas facultades autonómicas en relación a las pensiones no contributivas, no sin antes precisar que tal atribución se realiza sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 57 de la ley, esto es: sin que esta asignación competencial concreta pueda entenderse que altera la regla general.

Las entidades gestoras previstas en la LGSS.

El redactado de la disposición adicional decimoctava contiene dos ideas básicas: en primer lugar -números 1 y 2 de la disposición- que las Comunidades Autónomas pueden gestionar las pensiones no contributivas, sea como competencia propia asumida, sea como colaboración en la gestión tras el oportuno concierto con el Ministerio^[1072]; el redactado recoge -tras la referencia inicial al artículo 57 LGSS- lo establecido en la Disposición adicional cuarta de la Ley 26/1990. La segunda idea básica -contenida en el número 3 de la disposición adicional- es que la pluralidad de entes gestores autonómicos deben ante todo coordinar su actuación mediante una información común (el Banco de Datos); se recoge así lo dispuesto en la Disposición adicional Quinta de la Ley 26/1990, sin más cambio que referirse genéricamente al final a las disposiciones reglamentarias, ya que la previsión inicial era que tal colaboración se desarrollara en el reglamento de estas prestaciones y en el RPNC se omitió este aspecto, que mereció un tratamiento unitario con el resto de prestaciones de la Seguridad Social. Lógicamente es en el RPNC donde hallaremos una mayor precisión acerca del alcance y modo de gestionar estas pensiones; en él se precisa que tal gestión abarca también la determinación del grado de minusvalía (art. 21 RPNC), las personas legitimadas para iniciar el procedimiento (arts. 22 y D.A. 3a RPNC), o los medios de prueba principales -que no son exclusivos, sino preferentes- (art. 23 RPNC), además de instituirse en el art. 26 RPNC unas Comisiones de Seguimiento tripartitas para facilitar la participación social en la gestión de tales prestaciones.

Diversidad de gestión e intercambio de información.

La voluntad del legislador de que la gestión de las pensiones no contributivas fuesen gestionadas por las Comunidades Autónomas fue lo que motivo seguramente que la gestión de las mismas se atribuyera inicialmente al Instituto Nacional de Servicios

El IMSERSO, escalón intermedio para la gestión autonómica.

[1072] Esta última posibilidad no figuraba inicialmente en el Proyecto de Ley enviado por el Gobierno a las Cortes: BOCG-Congreso, serie A, número 1-I, de 22-dic-1989.

Sociales (INSERSO, hoy IMSERSO al integrar una referencia a las «Migraciones»^[1073]) y no al INSS, ya que los servicios de la primera de estas entidades gestoras ya habían sido traspasados a algunas Comunidades Autónomas. Debe tenerse en cuenta que tales Comunidades Autónomas ya gestionaban las prestaciones de carácter similar a las pensiones no contributivas, como las prestaciones FONAS o las derivadas de la LISMI y, en consecuencia, los equipos técnicos con experiencia en la aplicación del baremo de valoración de minusvalías al que se refiere el art. 148 LGSS se hallaban ya transferidos a tales Comunidades Autónomas. La adscripción autonómica de la gestión por la vía del INSERSO evitaba asimismo de forma indirecta el precedente -sin duda no deseado- de que una parte de las prestaciones económicas gestionadas genéricamente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) se traspasase a las Comunidades Autónomas, que actualmente gestionan (ejecutan) al amparo del art. 149.1.17 CE servicios correspondientes al INSS y al IMSERSO, pero -por el momento- ninguno de los atribuidos a la competencia del INSS. La transferencia de las funciones del IMSERSO se ha realizado escalonadamente a las diversas Comunidades Autónomas; las primeras datan de hace más de veinte años cuando poco después de aprobarse los primeros Estatutos de Autonomía se transfirieron primeramente varios centros asistenciales y la gestión de las -hoy derogadas-ayudas que otorgaba la Dirección General de Acción Social, y las del Fondo Nacional de Asistencia Social^[1074], y poco después la totalidad de los servicios y funciones que tal organismo desempeñaba como entidad gestora de la Seguridad Social^[1075]; el proceso culminó cuando las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE vieron equiparadas sus competencias con aquellas cuyos Estatutos se elaboraron de acuerdo con lo establecido en el artículo 151.2 de la Constitución^[1076], y asumieron la «gestión de las prestaciones y servicios sociales del sistema de Seguridad Social: IMSERSO», precisándose a continuación los límites de tal potestad ejecutiva en términos similares a los traspasos de servicios realizados al primer grupo de Comunidades Autónomas en los que se especificaba que su actuación debía sujetarse «a la normativa general de la Seguridad Social por lo que respecta a la determinación de los beneficiarios, requisitos e intensidad de la acción protectora y régimen económico-financiero y económico-administrativo»^[1077]. En consecuencia, el mecanismo

[1073] Tras el Real Decreto 140/1997, de 31 de enero, BOE de 6-feb-1997.

[1074] Por ejemplo, véase el Real Decreto 1949/1980, de 31 de julio (BOE de 1-oct-1980 al del día 6-oct-1980).

[1075] Por ejemplo, véase el Real Decreto 1517/1981, de 8 de julio (BOE del 24-julio-1981 al del día 29-nov-1981). Estos Decretos de transferencia son extraordinariamente largos debido a la publicación de los datos de todas las instalaciones y personal traspasados a la administración autonómica.

[1076] Mediante la Ley Orgánica 9/1992, de 22 de diciembre (BOE 24-dic-1992)

[1077] Art. 7 del Real Decreto 1517/1981, de 8-julio (BOE de 24-jun-81)

de gestión concertada entre el Estado y las Comunidades Autónomas^[1078] previsto en el número 2 de la disposición adicional decimoctava LGSS ve extinguida progresivamente su aplicabilidad ya que todas las Comunidades Autónomas pueden gestionar las pensiones no contributivas como competencia propia -a medida que se van produciendo los oportunos traspasos de servicios-, de acuerdo con lo previsto en el número 1 de tal disposición adicional^[1079]. La gestión autonómica de estas pensiones no contributivas tiene un matiz continuista, ya que engarza con el hecho de que las mismas tenían una clara voluntad sustitutoria de prestaciones (como los subsidios LISMI y FONAS) que ya venían siendo gestionadas en buena parte por las Comunidades Autónomas, de las que dependían asimismo los organismos técnicos encargados de realizar la valoración del grado de minusvalía, a los que alude el art. 21.2 RPNC; sin embargo, y a diferencia de las prestaciones de Asistencia Social respecto a las cuales es posible una normación autonómica completa, respecto de las pensiones no contributivas todas las Comunidades Autónomas han podido asumir únicamente la gestión^[1080], y la asunción de ésta ha sido posible mediante la transferencia total de las funciones ejecutivas del órgano estatal de gestión (el IMSERSO), e inicialmente en algunas autonomías mediante conciertos -de discutida constitucionalidad^[1081]- cuando tales transferencias no se habían producido.

Toda la información relativa a las pensiones no contributivas se halla centralizada y disponible para el conjunto de entidades gestoras de la Seguridad Social. En primer lugar, la disposición adicional quinta del RPNC establece un fichero técnico especializado en tales prestaciones; pero el mismo debe entenderse como un tramo intermedio del fichero informático que agrupa a todas las prestaciones sociales llamado «Registro de Prestaciones Sociales Públicas» que fue instituido en 1994^[1082] y absorbió al Banco de

El intercambio informatizado de datos.

[1078] Son numerosísimos los convenios que se realizan anualmente entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En 1999, el 41 por 100 de los convenios publicados (226 sobre un total de 547) trataban sobre aspectos que podríamos denominar genéricamente de asistencia y servicios sociales. ALBERTÍ, 2000, página 54.

[1079] Los traspasos de servicios y de los medios personales y materiales afectados a ellos puede sufrir demoras notables de varios años. Una crítica a ello y a la «mala solución» del Tribunal Constitucional de negarse a pronunciarse sobre los traspasos pendientes en: AJA, 1999, página 82.

[1080] Con fundamento en el art. 149.1.17 CE.

[1081] ALONSO G, 1997 en páginas 209 y 210 considera que tales convenios supusieron por parte de las Comunidades Autónomas la asunción irregular de unas competencias que los respectivos Estatutos de Autonomía no les permitían ejercer.

[1082] Instituido por la Ley 42/1994 de 30 de diciembre (BOE de 31-dic-1994), se halla regulado actualmente por el Real Decreto 397/1996, de 1 de marzo (BOE de 2-abr-1996), y la Orden de 9 de enero de 1997 (BOE de 24-ene-1997). En el R.D. 397/1996 -sin que en su título ni en la exposición de motivos nada se indique- sigue la perniciosa costumbre de incluir disposiciones adicionales que nada tienen que ver con el objeto principal de la norma, y que obligan a detectivescas averiguaciones del Derecho vigente: en la segunda, se regulan aspectos de la valoración de incapacidades permanentes en el Régimen de Clases

Datos de Pensiones Públicas creado en 1984. Este fichero se halla centralizado en la mayor de las entidades gestoras de prestaciones: el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y es de importancia crucial tanto para la aplicación del régimen de incompatibilidades como para la correcta aplicación de los complementos por mínimos; en el mismo se integran todos los datos relativos a prestaciones sociales pagadas tanto por entidades gestoras de la Seguridad Social como por cualquier organismo estatal, autonómico o local, o por cualquier empresa o entidad cuyas prestaciones sean sustitutorias de las de la Seguridad Social, o cuyo capital sea directamente o indirectamente de origen público, incluyendo las pensiones o subsidios que se hayan instrumentalizado por las entidades antes citadas mediante una póliza de seguros suscrita en una entidad privada; asimismo se integran en el mismo la información acerca de defunciones y matrimonios de personas viudas^[1083]; y los datos de familiares que pudiesen beneficiarse por un derecho derivado, o influir en el cálculo de una prestación^[1084]. Anualmente se publica en el BOE una Resolución^[1085] que detalla el catálogo de las ciento veinticinco entidades cuyos datos se integran actualmente en el citado fichero, y que -correlativamente- tienen derecho a consultar los citados datos^[1086] como instrumento para una correcta gestión de estas prestaciones^[1087]. Como sucede con todos los datos almacenados en soportes que permitan un tratamiento automatizado de datos de carácter personal, los interesados tienen un derecho de acceso y -si fuese menester- de rectificación y cancelación a todos los datos suyos que figuren en este fichero centralizado; este acceso, que es complementario a las informaciones que puedan recabarse ante cada una de las entidades gestoras de las prestaciones que pueda percibir, puede realizarse anualmente^[1088], y con mayor brevedad

Pasivas; y en la tercera, se modifica el Reglamento General de Cotización en temas varios, como los relativos a los artistas o el reaseguro de las Mutuas de Accidentes de Trabajo.

[1083] Art. 31 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre (BOE de 31-dic-1994).

[1084] El Tribunal Supremo ha reiterado que no se vulnera la intimidad de las personas por la averiguación y obligación de comunicar datos de carácter fiscal. Muy probablemente la misma doctrina puede aplicarse a los datos relativos a la protección social. STS-3a de 18 de marzo del 2000 (Ar.3758); STS-2a de 19 de mayo del 2000 (Ar.6067) .

[1085] Resolución de 3 de abril del 2001 de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social (BOE de 28-abr-2001); las anteriores fueron de fecha 7 de abril del 2000, 7 de abril de 1999, 26 de marzo de 1998, etc.

[1086] Artículo 11 del Real decreto 397/1996, de 1 de marzo (BOE de 2-abr-1996).

[1087] En otros países los datos relativos a prestaciones de Seguridad Social pueden ser utilizados para otras finalidades, como ya se mencionó respecto a los Estados Unidos de Norteamérica. En Suecia, pueden consultarse tales datos de Seguridad Social, al igual que los datos fiscales, para averiguar si existen impedimentos para el registro de una relación de pareja. FAMILYSE, 1998, página 26.

[1088] Artículos 11 y 12 de la Orden de 9 de enero de 1997 (BOE de 24-ene-1997).

si puede acreditarse un interés legítimo, debiendo instarse por escrito ante el INSS como entidad gestora del fichero.

5.- LA REVISIÓN DEL GRADO DE MINUSVALÍA

A diferencia de lo que sucede en las pensiones contributivas para las que la revisión de grado se halla prevista en la LGSS (artículo 143), es el reglamento de las pensiones no contributivas el que establece^[1089] un procedimiento para proceder a la revisión del grado de minusvalía de los beneficiarios de pensiones no contributivas de invalidez; esta revisión puede ser un acto más de comprobación de la pervivencia de los requisitos necesarios para disfrutar de la pensión, tal como se exige en el artículo 144.6 de la LGSS; la previsión reglamentaria sería pues necesaria para el cumplimiento de este precepto de la ley. Sin embargo, podremos ver cómo su funcionalidad va más allá del interés público en comprobar que persisten las condiciones requeridas al beneficiario para percibir la pensión no contributiva que le fue concedida en su momento.

La revisión:
prevista en el
reglamento.

Intereses contradictorios confluyen en la existencia de un mecanismo de revisión del grado de minusvalía. El primero de ellos sería el ya mencionado interés público en verificar nuevamente el grado de minusvalía del beneficiario, para constatar que no se ha producido ninguna variación en su estado, o bien que las modificaciones son irrelevantes a los efectos de la prestación o, por el contrario, que los cambios acaecidos son notables. Por este motivo se halla legitimada la entidad gestora de las prestaciones, que tiene no sólo un derecho sino también un deber de verificar el mencionado cumplimiento y pervivencia de los requisitos; este deber de acción de las entidades gestoras mencionadas en los artículos 57.c) y disposición adicional decimoctava de la LGSS emana del deber de acción de los poderes públicos que se establece en la Constitución, porque si activa ha de ser la actuación de los poderes públicos que busque «garantizar» prestaciones ante situaciones de necesidad (artículo 41, reforzado por el 53.3 CE), también debe ser activo el cumplimiento de la legalidad y no meramente reactivo ante una denuncia, solicitud o iniciativa de los particulares; este comportamiento en pro del cumplimiento de la ley no es sino una de las concreciones de la actuación de los poderes públicos que deriva también y debe ser acorde con los tres apartados del artículo 9 de la Constitución (sumisión al ordenamiento jurídico, promotor de igualdad, y garantizador de legalidad y no arbitrariedad); finalmente, el fundamento constitucional de tal deber de iniciativa pública se complementa por la obligación de actuación eficaz con sometimiento a la ley y al Derecho (artículo 103.1 CE).

La
Administración:
primera
interesada en
las revisiones
de grado.

^[1089] Artículo 5 del Real Decreto 357/91, de 15 de marzo (BOE de 21-marzo-1999).

Paralelamente, el beneficiario de una prestación puede estar interesado en que se realice una nueva evaluación de su estado para mejorar una pensión no contributiva de invalidez, mediante el reconocimiento de un grado de minusvalía del 75 por ciento o por reconocimiento de la necesidad de ayuda de una tercera persona; también el beneficiario puede estar interesado en revisar el grado reconocido simplemente para consolidar la prestación, sea porque inicialmente se le hubiese reconocido un grado muy cercano al 65 por ciento, o porque habiendo alcanzado dicho grado con la adición de factores sociales complementarios, desee que la continuidad de su pensión no dependa de estos factores ajenos a su propio estado físico. Estarán por consiguiente legitimados para solicitar la revisión (como reconoce el artículo 5.3 RPNC) los beneficiarios de una pensión. Es evidente, por otra parte, que si según el artículo 16 RPNC quienes perciben una pensión deben informar a la entidad gestora de las circunstancias que pueden perjudicarles en el cobro de la pensión cuando se produzca una modificación o pérdida de un requisito, deben también poder instar los cambios que les favorezcan, como sería el posible incremento de su pensión que podría derivarse de lo que ellos estiman un grado de minusvalía superior al reconocido.

El beneficiario, legitimado para solicitar la revisión.

Quienes no hayan obtenido anteriormente la pensión de invalidez no contributiva por no haber alcanzado el grado de minusvalía requerido pueden solicitar nuevamente esta pensión, y, por consiguiente, una nueva valoración de su grado de minusvalía para acreditar su derecho a dicha pensión; esta última valoración al solicitante de una pensión no será empero propiamente una revisión de grado; como dice el título del artículo 5 RPNC, éste se refiere a las revisiones «en caso de invalidez», y la invalidez es una situación jurídica sólo predicable de quien haya visto reconocida tal situación tras acreditar todos los requisitos exigidos para causar la prestación y, entre ellos, el grado de minusvalía. Ciertamente, de la misma forma que existen numerosos elementos comunes entre la declaración inicial de un grado de minusvalía a los efectos de las pensiones no contributivas y a otros efectos distintos de tales pensiones, las revisiones de tal grado tienen muchos puntos en común con la declaración inicial de tal grado; hasta el punto que podría entenderse que la revisión de grado no es sino un medio abreviado de solicitud de una nueva prestación en base a requisitos que la persona interesada considera distintos a los que sirvieron de base para conceder la pensión que ya disfruta, de forma que si el interesado ha cumplido con sus deberes de información periódica a la entidad gestora, le constan ya a ella el resto de requisitos para la concesión de una pensión (residencia, rentas, etc.), por lo que siendo discutido únicamente el grado de minusvalía debería procederse sólo a reexaminar tal extremo concediendo en caso afirmativo la cuantía que corresponda al grado actualmente constatado. Pero tales similitudes son sólo eso: similitudes y elementos comunes; la naturaleza jurídica de la relación que une a un beneficiario con la entidad gestora es distinta a la que une a ésta con un solicitante no beneficiario, y la revisión de los hechos que fundamentan aquella

El grado de quienes, de nuevo, solicitan una pensión, no es revisión.

relación prestacional presentará unos condicionantes distintos que hacen diferentes los supuestos de declaración inicial y el de revisión.

No se establecen en la norma más legitimados para instar la revisión del grado de minusvalía en las pensiones no contributivas que la entidad gestora y el propio interesado; por supuesto, cualquier persona o administración puede comunicar a la entidad gestora las informaciones que le consten acerca del real grado de minusvalía de una persona, y la entidad gestora a la vista de las mismas deberá actuar según estime legalmente oportuno, pero estos comunicantes no tendrán la consideración de parte interesada en el correspondiente proceso administrativo, no pudiendo -por ejemplo- recurrir el mismo; entendemos aplicable aquí el criterio sentado en la modalidad contributiva^[1090] en cuanto a la legitimación de las revisiones de grado: puede instarse la revisión de oficio, a instancias del beneficiario, o a instancias -si existiere- de otro responsable del pago de la prestación. Los titulares de un interés que no es directo sino más difuso, como otros beneficiarios, sus asociaciones, sus familiares, su entorno social, etc., a quienes los precedentes administrativos, la jurisprudencia, y -en suma- la correcta aplicación de la norma puede afectar e interesar en algún grado, tienen, en último término el general derecho de petición a la administración, que debe ser siempre resuelta^[1091].

Otros interesados en revisiones.

Según el artículo 5.1 del Reglamento de las pensiones no contributivas, la revisión de grado puede solicitarse por alguna de las tres causas que enumera del siguiente modo: a) Agravación o mejoría de la situación de minusvalía o enfermedad crónica; b) Variación de los factores sociales complementarios; y c) Error de diagnóstico o en la aplicación del correspondiente baremo. Esta enumeración de causas podría expandirse ya que el error de diagnóstico es un error en la apreciación de un hecho objetivo, mientras que la errónea aplicación del baremo es una equivocada subsunción de los hechos en la norma o en la interpretación de la misma^[1092]; ambos comportamientos pueden haberse producido en relación al mismo sujeto, porque pertenecen a dos momentos distintos del proceso de valoración del grado de minusvalía, y la disyuntiva «o» de la causa c) no

Motivos para solicitar la revisión de grado.

^[1090] Establecido actualmente en el artículo 4.2 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio (BOE de 19-agosto-1995).

^[1091] Artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado ampliamente modificado por la ley 4/1999, de 13 de enero (BOE de 14-abril-1999).

^[1092] Sobre la diferenciación entre hecho y derecho en la calificación de la incapacidad: ALONSO OLEA, 1962. Si inicialmente considera como estimable la objeción de que «las cuestiones de hecho y de derecho aparecen indisolublemente unidas, sin que su distinción conduzca a ningún resultado relevante teóricamente ni prácticamente útil», finaliza diciendo que «la perfección en la distinción entre hechos y derecho es, desde luego, un índice de la madurez de un ordenamiento» aunque -refiriéndose a la distinción para recurrir en casación- se opone a que la formalización impida entrar en el fondo de los recursos.

puede indicar en ningún caso sentido alternativo. También podría contraerse la antedicha enumeración de causas de revisión, ya que las causas *a)* y *b)* no son sino dos facetas similares de evolución natural del sujeto examinado y de su entorno. Todo esfuerzo de distinción, división o clasificación de las causas de revisión, tiene en este caso algo de inutilidad, ya que -a diferencia de la modalidad contributiva de pensiones de invalidez- ninguna diferencia se sigue de que el interesado o la entidad gestora aleguen una u otra causa; por ello, podría haberse abreviado la enumeración de causas diciendo simplemente que podrá solicitarse la revisión del grado de minusvalía declarado cuando existan motivos fundados para ello; esto es lo que realiza el Real Decreto que aprueba el baremo de minusvalías de 1999 en el que se prevén^[1093] de forma sintética dos supuestos de revisión de grado: primeramente se dice «El grado de minusvalía será objeto de revisión siempre que se prevea una mejoría razonable...», y el segundo supuesto se define así «en todos los demás casos...».

La regla general relativa a la comprobación de que se conservan los requisitos exigidos para tener derecho a una pensión no contributiva dice que tal comprobación puede efectuarse en todo momento^[1094]; sin embargo, esta regla se exceptúa en el propio reglamento para la comprobación del grado de minusvalía, ya que en el mismo reglamento se indican -como regla especial que puede parecer, en interpretación conjunta, prevalente- una serie de limitaciones temporales a esta posibilidad de revisión que deberemos analizar detenidamente. La primera de estas limitaciones temporales es la que indica que el grado de minusvalía podrá revisarse sólo en tanto los beneficiarios no hayan cumplido los sesenta y cinco años^[1095]. El fundamento de esta limitación es el mismo que en la modalidad contributiva de pensiones de invalidez: a partir de cierta edad, se considera tan probable que se produzca un empeoramiento de las condiciones físicas de las personas, que los cambios dejan de ser un riesgo social que la sociedad deba tutelar especialmente, al convertirse el aumento del grado de minusvalía en un condición normal de todos los individuos; no es que desaparezca la necesidad de tutela, lo que desaparece es la evolución de la particular e individualizada condición física como elemento relevante para evaluar una contingencia; a partir de determinada edad, el reglamento supone que las dificultades físicas se generalizan y la tutela se otorgará (vía la prestación de jubilación, o una de invalidez denominada de jubilación) con independencia de cual sea la evolución individual de este deterioro físico que la norma no quiere contemplar ya más. La base legal para que el gobierno pueda establecer este límite puede hallarse en la delegación que el artículo 148.1 LGSS realiza: el gobierno

El grado no se revisa pasados los 65 años.

[1093] Artículo 11 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre (BOE de 26-enero-2000).

[1094] Artículo 23.2 del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo (BOE de 21-marzo-1999).

[1095] Artículo 5.1 del Real Decreto 35719/91, de 15 de marzo (BOE de 21-marzo-1999).

aprobará el baremo de valoración; y por tal baremo puede entenderse no sólo un texto único promulgado en un mismo acto y fecha, sino todo el conjunto de normas que sirvan para evaluar el grado de minusvalía, incluida las que -como en este caso- indiquen que a partir de cierta edad no se computarán variaciones del mismo; si tal límite de edad se formulase de forma arbitraria podría considerarse que se estaría negando la finalidad misma del baremo que la ley manda aprobar (evaluar la minusvalía), pero dado que el artículo 143.2 LGSS establece el mismo límite para las pensiones contributivas, no puede estimarse que situar dicho límite en la edad de 65 años sea irrazonable.

Obsérvese, sin embargo, que cumplidos por el beneficiario los sesenta y cinco años, el grado no es revisable por ninguna causa, por lo que no sólo deviene irrelevante el empeoramiento de las capacidades del individuo, sino también -aunque seguramente sucederá poco a menudo- su mejora, ya que el precepto se formula en forma absoluta, y difícilmente sería admisible si no fuera así: si el grado pudiera revisarse únicamente en caso de mejoría y en perjuicio del interesado, podría darse la situación de que a una persona se le negase el derecho a continuar percibiendo su pensión o el complemento por ayuda de tercera persona debido a una mejoría en su estado, y en caso de que tal mejoría fuese transitoria, no pudiese volver a percibir la prestación debido a que no pudiese alegar un empeoramiento de su estado, produciéndose una situación de desprotección. El derecho a disfrutar la pensión no contributiva se hace a partir de los sesenta y cinco años menos incierto, aunque aún puede verse afectado, entre otras circunstancias, por las variaciones que puedan sufrir las rentas de la unidad familiar en la que se halle integrada la persona beneficiaria de la pensión. Situar en los sesenta y cinco años la frontera de la edad límite para revisar el grado de minusvalía puede opinarse que es un criterio obsoleto dada la mejora en el estado de salud de la mayoría de quienes alcanzan dicha edad, pero no puede discutirse sin propugnarse simultáneamente el cambio de la edad en la que pueden causarse las pensiones de jubilación con las que se engarzan temporalmente las pensiones de invalidez.

Algo confuso aparece el ámbito material de esta limitación temporal. El artículo 5.1 del reglamento se inicia con la expresión «el grado de minusvalía o enfermedad crónica será revisable...», y lo podemos relacionar con el artículo 3 del mismo reglamento, relativo a la determinación de tal grado que dice así: «el grado de minusvalía o enfermedad crónica se determinará valorando tanto los factores físicos, psíquicos o sensoriales, como los factores sociales complementarios...», es decir, abreviando: Minusvalía = factores_físicos + factores_sociales; relacionando ambos preceptos, si lo que se puede revisar es el grado de minusvalía, se pueden revisar tanto los factores físicos como los factores sociales; en consecuencia, lo que no se puede revisar pasados los sesenta y cinco años es el grado de minusvalía, o sea, ni los factores físicos ni los factores sociales. Aquí se plantea ya la primera duda, ya que la intangibilidad del grado

Aunque exista mejoría, tampoco se revisa pasados los 65 años.

¿Qué es lo que no puede revisarse tras cumplir los 65 años?

asignado por los factores sociales complementarios no puede fundamentarse por la misma argumentación antes expuesta relativa a la normalidad del deterioro físico a partir de cierta edad, ya que no puede afirmarse de forma similar que tiendan a ser invariables los problemas familiares, las barreras arquitectónicas o los ingresos per cápita de la unidad familiar, por poner algunos ejemplos de factores sociales que se valoran; sin que el análisis del baremo de valoración de tales factores sociales complementarios pueda servirnos de guía, ya que dicho baremo no es exclusivo para estas prestaciones, y por ello no podemos deducir nada de que en el mismo se contemplen edades posteriores a los sesenta y cinco años, de la misma forma que se han previsto situaciones correspondientes a la franja de edad de los 0 a los 16 años. La duda se acrecienta cuando contemplamos la definición de las causas de revisión, es decir también las causas que pasados los sesenta y cinco años no permiten la revisión; se distingue en ellas entre la causa *a)* agravación o mejoría de la situación de minusvalía o enfermedad crónica, y la causa *b)* variación de los factores sociales complementarios; en resumen: en el artículo 3 la minusvalía se determina por la suma de factores físicos más factores sociales, y en el artículo 5, la minusvalía es algo distinto a los factores sociales. El embrollo es un ejemplo más del defecto de técnica legislativa de emplear términos que no se hallen bien definidos (en este caso, el de minusvalía), y que ha sido ya comentado.

Para quienes sostengan que, en virtud del artículo 148.3 LGSS, las pensiones de invalidez no contributiva adoptan a partir de que el beneficiario cumple la edad de sesenta y cinco años el régimen jurídico de la pensión de jubilación, la confusión antedicha es una mera reliquia que deberá ser depurada cuando el reglamento se adapte al nuevo redactado de la ley, porque siendo innecesario acreditar cualquier grado de minusvalía para la concesión de una pensión de jubilación, la revisión del grado que el interesado tuviese reconocido anteriormente deviene irrelevante a efectos prestacionales, y, en consecuencia, ni la entidad gestora ni el beneficiario pueden solicitar tales inútiles actos de revisión, sin perjuicio de que puedan hacerlo en el marco de otras prestaciones o ventajas sociales. Asimismo, quienes consideraban que las pensiones de invalidez no contributiva no eran vitalicias y se extinguían a los sesenta y cinco años por falta del requisito de la edad, debían considerar en tal caso que tampoco sería procedente solicitar un acto de revisión carente de utilidad. Pero para quienes sostengan que las pensiones de invalidez, aún cuando cambien de denominación, conservan todos los condicionantes que la ley establece para su concesión y disfrute, sigue en pie la cuestión de si los factores sociales complementarios pueden revisarse pasada la edad del beneficiario de sesenta y cinco años. La respuesta creemos debe ser claramente negativa, porque la interpretación que consideramos más acertada del artículo 5.1 del reglamento es que el mandato básico y nuclear que contiene este precepto es que el grado de minusvalía es revisable, precepto que se deriva de la exigencia legal de mantenimiento del requisito de minusvalía; a este eje central «el grado de minusvalía o enfermedad

Los factores sociales complementarios tras los 65 años.

crónica será revisable» se le acompaña también de una enumeración de las causas de revisión, cuya especificación reglamentaria ya hemos argumentado que era prescindible y no muy acertada en su terminología, por lo que tal enumeración puede orillarse considerándola meramente descriptiva de las posibilidades argumentales de revisión; y también se acompaña al mandato principal de revisión del grado de la indicación de que tales revisiones no se realizarán más allá de determinada edad. Entendemos que con la misma rotundidad con que se afirma en base al inciso inicial del artículo 5.1 del reglamento que el grado de minusvalía -en toda su complejidad, incluyendo, por tanto, a tales factores sociales - es revisable antes de dicha edad de 65 años, debe negarse claramente que los factores sociales del grado de minusvalía puedan revisarse posteriormente a tal aniversario.

La definición en el artículo 136.2 LGSS de la invalidez protegida en la modalidad no contributiva como las deficiencias «previsiblemente permanentes» tiene una doble consecuencia; por un lado, tal definición contiene una exigencia de permanencia que obliga a que no sean evaluadas las situaciones que se espera remitan a corto plazo, así como a que se espere un tiempo prudencial tras las primeras manifestaciones clínicas de una deficiencia para constatar su carácter permanente; simultáneamente, al decirse que esta permanencia es previsible, significa que no es posible exigir una certeza de la permanencia de las deficiencias, por lo que un cierto grado de variación es admisible -y posiblemente inevitable-, por lo que resulta justificada la existencia de un proceso de revisión, y el artículo 5.2 del reglamento encomienda al órgano calificador de la minusvalía el señalar a la entidad gestora de las prestaciones el plazo que en cada caso considere oportuno que deba transcurrir como máximo antes de revisar nuevamente a la persona interesada. En el texto reglamentario se efectúa una distinción entre dos supuestos: en el caso de la primera valoración se habla de que en la propuesta, cuando proceda, se establecerá el plazo en que deba efectuarse tal revisión; en cambio, el segundo supuesto es el de las sucesivas revisiones, en relación a las cuales el texto reglamentario se refiere diciendo que el órgano calificador determinará «la fecha de la siguiente revisión»; esta segunda expresión no puede entenderse como una habilitación de actuación autónoma del órgano calificador para establecer por su cuenta una obligación al beneficiario a fecha cierta, ya que la potestad para comprobar la permanencia de los requisitos que condicionan la prestación recae en las entidades gestoras a las que el beneficiario debe comunicar los cambios sustanciales que puedan influir en su derecho^[1096], debiéndose en los dos supuestos entender que el órgano calificador debe realizar una propuesta técnica de cuando considera que debe revisarse su evaluación, sin que tal propuesta tenga en ningún caso efectos vinculantes. Obsérvese, de paso, que el precepto contempla únicamente la necesidad de un plazo

No debe olvidarse el carácter permanente de las discapacidades.

[1096] Artículos 57.1.c) , disposición adicional decimoctava, y artículo 149 LGSS.

máximo y no de un plazo mínimo, es decir, se ha redactado pensando únicamente en el elemento de variabilidad de la situación de minusvalía, con olvido del otro elemento antes señalado, es decir, de que al requerir la ley que se valoren únicamente las deficiencias que sean -en principio- permanentes, exige a la administración que, respetando sus propios actos, no proceda a revisar a corto plazo sus valoraciones de grado; hubiera sido mejor que se indicara que el organismo calificador opinase sobre el plazo aconsejable, idóneo o recomendado para efectuar una revisión del grado. Finalmente, debe señalarse que no es siempre preciso que se indique por parte del organismo calificador dicho plazo, pues como el propio reglamento indica, tal recomendación debe realizarse «cuando proceda» o «en su caso», ya que fácilmente se pueden dar situaciones de minusvalía en las que el carácter irreversible de las deficiencias valoradas hagan innecesaria la previsión de una revisión de la valoración efectuada.

Se establecen en el artículo 5.3 del reglamento unas limitaciones temporales a la posibilidad de que por parte del interesado se inste la revisión del grado: dos años desde la primera valoración, y un año después de las posteriores revisiones del grado que sucesivamente se hayan efectuado por la entidad gestora. El texto reglamentario se refiere a la revisión que podrá instarse «por parte del interesado», debiéndose entender en todo caso que esta expresión se refiere en plural a los interesados, porque -como se ha dicho anteriormente- existen dos interesados directamente en las revisiones de grado: los poderes públicos representados por la entidad gestora, y los beneficiarios de una pensión, ambos tienen un interés directo y ambos están legitimados para solicitar la revisión; entendido así, existiría igualdad de trato entre las solicitudes emanadas por parte de la entidad gestora y las emanadas por parte de cada uno de los beneficiarios, sin que tenga que reproducirse la polémica que se desarrolló en la modalidad contributiva de prestaciones ^[1097] hasta que finalmente se modificó ^[1098] el artículo 143.2 LGSS para indicar expresamente que un plazo de revisión «será vinculante para todos los sujetos que puedan promover la revisión». De todas formas, aunque formalmente estos límites temporales sean aplicables a todos los interesados, debe tenerse en cuenta

Los límites temporales se aplicarían a todos los interesados.

[1097] A causa de que en el Real Decreto 1071/1984, de 23 de mayo (BOE de 7-junio-1984) se había previsto que la CEI propusiese a la Entidad Gestora un plazo para las revisiones, a la vez que se proclamaba que la entidad gestora -y sólo ella- podría revisar «en todo momento» la invalidez declarada y su grado. Esta disparidad que «no parece muy acorde con el principio de igualdad ante la ley» (ALARCÓN, 1991, página 262) fue atenuada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de los casos -muy habituales- en los que la resolución administrativa no señalaba plazo alguno: STS de 30-julio-1993 (Ar. 5997) y las citadas en ella.

[1098] Mediante el artículo 34 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre (BOE de 31-diciembre-1994). El Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio (BOE 19-julio-1995) desarrolla el artículo 143 LGSS, y prevé en su artículo 6.2 «Cuando en la resolución se reconozca el derecho a las prestaciones de invalidez permanente, en cualquiera de sus grados, se hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante, en los términos y circunstancias previstos en el apartado 2 del artículo 143 de la ley general de la Seguridad Social».

que la entidad gestora se halla en una posición distinta y de superior dominio respecto a los citados plazos, ya que la entidad gestora tiene la potestad de establecer la fecha de cada una de las revisiones^[1099], por lo que en la práctica estos límites se dirigen primordialmente a los beneficiarios de las pensiones de invalidez no contributiva.

El reglamento contiene a continuación una importante excepción a la existencia de un plazo de espera para la revisión: «los plazos precedentes no serán de aplicación cuando se acredite suficientemente la variación de los factores personales o sociales valorados». La finalidad de la regla parece clara: exceptuar la espera de un plazo «cuando se acredite suficientemente la variación...», es decir: la acreditación o no de una circunstancia (la variación) es lo que determina la aplicación de la regla. No obstante, podemos constatar una cierta inconcreción terminológica acerca de qué debe entenderse por factores «personales» (una vez más, se introduce un nuevo concepto esencial para aplicar un precepto sin definirlo en la norma); consideramos que los factores «personales» aquí son los factores físicos, psíquicos o sensoriales a los que se refiere el artículo 3 del mismo reglamento como parte integrante de los elementos a valorar para establecer el grado de minusvalía, ya que estos son eminentemente los factores que intervienen en el establecimiento de tal grado de minusvalía que puedan variar y revisarse, y que son distintos a los factores sociales; aunque -evidentemente- los factores sociales complementarios también pueden ser de carácter personal, por ejemplo: el nivel cultural del beneficiario que se valora tanto en el baremo de 1999 como en el anterior de 1984, por lo que puede calificarse de impreciso el uso normativo del calificativo «personales» para agrupar a los factores físicos, psíquicos o sensoriales^[1100].

Un nuevo concepto: los factores personales.

Como lo normal será que se solicite una revisión de grado cuando existan cambios en los factores sociales o personales, la excepción que comentamos reduce a la nada la previsión de los plazos para solicitar la revisión de grado. Omitiendo por un momento el tema de la acreditación de los mismos, el precepto rezaría así: los plazos no serán de aplicación cuando exista variación de los factores personales o sociales; es decir, que desde un punto de vista sustantivo, sólo se exige un plazo en caso de que la petición de

Acreditación: para destruir la presunción de deficiencia permanente.

[1099] Artículo 5.2 *in fine* del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo (BOE 21-marzo-1991), y artículo 11.1 del Real Decreto 1971/1999, de 21 de diciembre (BOE 26-enero-2000).

[1100] BLANCO, 2001, página 298 realiza una interpretación muy restrictiva: considera que la mención a los factores «personales y sociales valorados» se refiere en conjunto a los factores sociales complementarios; de forma que, los factores físicos estarían condicionados por un plazo para su revisión, y los factores sociales podrían revisarse en cualquier momento sin someterse a plazos. Es restrictivo en cuanto los dos términos «personales» y «sociales» se hacen sinónimos para referirse exclusivamente a los factores complementarios; asimismo, es restrictivo en cuanto al decirse que estos factores personales y sociales -que se interpreta son los complementarios- son los «valorados» se contempla únicamente el hecho de que tales factores complementarios se valoran, cuando lo cierto es que también se valoran los factores físicos, y éstos resultan más decisivos que los sociales en un proceso de revisión de grado que -recordemos- puede realizarse en más o en menos, esto es: beneficiando o perjudicando al pensionista.

revisión de grado sea infundada al no existir variación alguna, permitiendo que la negativa a la revisión solicitada se fundamente en el fondo: no hay variación, y en la forma: no se ha respetado el plazo establecido para los casos en que no hay variación; en resumen, así contemplado el precepto sería sobrero. En consecuencia, puede verse claramente que la finalidad del precepto reside únicamente en la parte que habíamos omitido temporalmente en nuestro análisis: la exigencia de que se «acredite suficientemente» la variación de los factores; tal acreditación se halla condicionada por una parte porque se exige que sea suficiente, condición que no se cumple con la mera alegación de que tales variaciones se han producido; sin embargo, tampoco puede exigirse una demostración completa de tales variaciones, de forma que las funciones del organismo calificador quedasen reducidas a las de mero fedatario de los exámenes realizados por otros profesionales en todos aquellos casos en que se solicitase una revisión antes de los plazos antedichos; entre estos dos límites (mera alegación, y prueba completa), el precepto significa que se exige a quien solicite la revisión con anterioridad al plazo inicialmente previsto un principio de prueba que fundamente de forma razonable su petición; es decir, que se establece para tal solicitante un *onus probandi* que suprima la presunción de que las deficiencias anteriormente constatadas eran «previsiblemente permanentes»; cuando con tal principio de prueba se pueda dudar de la permanencia de la situación anterior, queda expedito el camino para un nuevo examen (revisión) detallado del beneficiario, mediante el correspondiente trámite administrativo y la correspondiente posibilidad de revisión judicial.

En el Real Decreto de 1971/1999 de 23 de diciembre, que ha promulgado el nuevo baremo de valoración de minusvalías, se ha incluido en el artículo 11 algunas disposiciones referentes al proceso de valoración y revisión del grado de minusvalía; este Real Decreto no deroga ni da nueva redacción expresamente al reglamento de las pensiones no contributivas (RD. 357/1991), y según su exposición de motivos no pretende hacerlo, sino que su finalidad es *a)* «desarrollar la normativa que regula el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía» y *b)* actualizar los baremos vigentes; es más, el carácter complementario del Real Decreto de 1999 se enfatiza diciendo que lo que se pretende es «dar cumplimiento al mandato reglamentario de las disposiciones adicionales primera y segunda, respectivamente, de los Reales Decretos 356 y 357/1991, ambos de 15 de marzo», disposiciones adicionales que se refieren a la actualización del baremo por parte del Gobierno. Precisamente porque el Real Decreto de 1999 no pretende ni sustituir ni enmendar al de 1991 que reglamenta en general las pensiones no contributivas, es por lo que no ha sido sometido a la consulta previa del Consejo de Estado^[1101], como hubiera sido preciso -bajo sanción de

[El RD 1971/1999 y su relación con el reglamento de las PNC.](#)

^[1101] El artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril (BOE de 25-abril-1980) impone la consulta de los «Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones». Para ver las disposiciones vigentes que disciplinan la obligación de oír al

nulidad^[1102]- si se tratase de un reglamento dictado para completar o desarrollar la LGSS. En consecuencia, salvo para quienes deseen propugnar su nulidad, debe interpretarse el Real Decreto de 1999 de forma que no enmiende ni se oponga, sino que complemente desde un punto de vista ejecutivo y organizativo las disposiciones del reglamento general de esta prestación de 1991.

En el artículo 11 del Real Decreto de 1999 se insiste nuevamente en fijar plazos para efectuar las revisiones, si bien con algunos pequeños cambios respecto a lo previsto en el reglamento de 1991. En el apartado 1 se indica que «siempre que se prevea una **Mejoría prevista: sin plazo y sin justificación** mejoría razonable de las circunstancias» el grado de minusvalía será objeto de revisión; esta previsión de mejoría razonable (es decir: bastante en calidad o en cantidad, según la Real Academia Española) significa la primera excepción al plazo de revisión. El texto de 1999 sigue la misma línea que el de 1991 que analizábamos anteriormente: cuando hay cambio suficiente (bastante), no hay plazo para la revisión; la diferencia es que según este texto de 1999 ello sucederá ahora sin necesidad de acreditación, sino con la sola previsión de su existencia, previsión -que aunque no se indica quien debe formularla- puede suponerse que se refiere a la entidad gestora, ya que el precepto seguidamente se refiere a una potestad de la misma cual es el determinar el momento en que deberá llevarse a cabo tal revisión.

«En todos los demás casos» es decir, los distintos a las mejorías razonables previstas, se prevé en el reglamento de 1999 un plazo de dos años para alegar un agravamiento o mejoría, olvidando el precepto la posibilidad de alegar error o simple cambio de factores sociales que no son ni agravamiento ni mejoría, y olvidando también este texto que en el reglamento general de 1991 se prevé el inferior plazo de un año tras la primera revisión. Tales contradicciones serían preocupantes si la limitación de causas y si el plazo de dos años fueran unos límites absolutos que en un reglamento con las limitaciones ya reseñadas quisieran cercenar toda posibilidad de revisión de grado antes de cumplirse las condiciones señaladas; pero el precepto continúa con una nueva excepción: en los casos de error de diagnóstico (ahora sí que se menciona esta causa) «o se hayan **Plazos y acreditación de los cambios en el reglamento de 1999.**

citado Consejo, véase la Resolución de 6 de julio del 2000 (BOE de 22-jul-2000) en la que se publica un índice sistemático y cronológico de tales normas; algunas de estas normas aún vigentes se promulgaron a mediados del siglo XIX.

[1102] Artículo 1.2 del Código Civil: por contradecir a otra de rango superior. En tal sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA, 1987, página 219. El Tribunal Supremo, tras algunos titubeos, ha manifestado que la falta de dicho dictamen es un «defecto insubsanable que provoca la nulidad de pleno derecho de la correspondiente disposición» STS-3ª de 3-junio-1996 (Ar.4923) con resumen de la evolución jurisprudencial. Quedan exentos de tal requisito las modificaciones o retoques no sustanciales tras un primer dictamen (STS-3ª de 17-enero-1996 Ar.403), y los reglamentos meramente organizativos (STS-3ª de 21-octubre-1997 Ar.8106), «que no afecten a derechos básicos de terceros» (STS-3ª de 25-julio-1990 Ar.6773); «cuando la norma reglamentaria desarrolla con carácter general unos principios de regulación contenidos en una ley que le sirve de referencia, puede hablarse de un auténtico reglamento ejecutivo» que precisa inexcusablemente el citado dictamen previo (STS-3ª de 29-julio-1997 Ar.6926).

producido cambios sustanciales en las circunstancias» que deberán «acreditarse suficientemente» la revisión de grado no se verá constreñida por plazo alguno. Es decir, en la misma línea de lo previsto en el reglamento general de 1991, como la revisión de grado debe realizarse en base a un cambio en las circunstancias (factores físicos o sociales), y cuando existe tal cambio no se exige plazo de espera alguno, la finalidad del precepto es exigir al beneficiario una mínima (suficiente) acreditación de la existencia de tales cambios para destruir la presunción de permanencia de su handicap; si tal inicio de prueba no es aportada, con carácter residual el transcurso del tiempo desde que se efectuó la valoración proporciona este efecto ante unas discapacidades que eran sólo «previsiblemente permanentes». La identidad de finalidades entre ambos preceptos de 1991 y 1999 limita las diferencias de fondo entre ambos textos a una ampliación a dos años del período en el que, sin ninguna otra acreditación, podrá entenderse que los factores físicos, psíquicos, sensoriales o sociales pueden haber cambiado, a los efectos de solicitar una revisión del grado.

Existe una consideración final e importante referente al valor que debe darse a los plazos que pretenden limitar la posibilidad de revisar el grado de minusvalía, y que se expresan en los reglamentos de las pensiones no contributivas. Debemos partir del hecho de que no hay ninguna referencia en la LGSS a la revisión del grado de minusvalía; la existencia de tal revisión ya hemos dicho que puede deducirse de la necesidad de verificar la pervivencia del requisito, pero por diversas razones no podemos afirmar que de la ley pueda deducirse la necesidad de imponer un plazo. Si la ley concede el derecho a obtener una pensión cuando se cumplen todos los requisitos que en la misma se exigen, el reglamento no puede -sin habilitación legal para ello- imponer un plazo de espera; por ejemplo: si una persona solicita una pensión y se le deniega porque le faltan unos días para cumplir el requisito de la edad o el de la duración de la residencia previa, pasados estos días necesarios y cumplido el requisito puede volver a solicitar la pensión; y de la misma forma, si no alcanza el grado de minusvalía del 65 por ciento y días después se agrava su estado, puede solicitar la pensión a partir del momento en que tal persona ya cumpla con el requisito de minusvalía y con todos los demás. Siguiendo la máxima «en lo mayor se comprende siempre lo menor»^[1103], si puede reiterarse la solicitud de pensión también puede solicitarse la revisión, porque de lo contrario le bastaría al beneficiario renunciar a la pensión para solicitar inmediatamente una nueva acorde con los requisitos legales cumplidos.

Los plazos y su rango normativo.

En la modalidad contributiva de pensiones por invalidez, se establece en el artículo 143 LGSS no tan sólo la necesidad de verificar y revisar los requisitos para seguir gozando de la pensión, sino que también se hace referencia en el mismo a la existencia de unos

La Ley, el reglamento y límites a la revisión.

[1103] Digesto 50,17,110pr

plazos, a que tales plazos no son meramente indicativos sino vinculantes, que lo son por igual a todos los interesados, y sus excepciones: trabajo, error, y edad. Por el contrario, y pocos artículos más allá de los que regulan este aspecto en la modalidad contributiva, la ley guarda silencio sobre la posibilidad de que se exijan plazos de espera para revisar el grado en la modalidad no contributiva. El legislador dispone de un amplio margen para definir las contingencias protegidas por el sistema de Seguridad Social y los requisitos para acceder a las mismas, y si ha establecido un plazo de espera para acceder a una pensión no contributiva (la duración de la residencia previa) podía haber establecido plazos para poder cambiar la situación protegida; al no haberlo hecho así, las posibilidades del poder reglamentario se hallan más reducidas en el caso de las pensiones no contributivas, porque aunque la jurisprudencia ha argumentado que la sujeción del reglamento a las leyes (artículo 97 CE) y a los principios de legalidad y jerarquía normativa (artículo 9.3 CE) ha de permitir desarrollar y completar los preceptos legales, puede hacerlo cuando en la ley existen «reglas simplemente enunciadas o de naturaleza genérica»^[1104], pero no en el caso de que la ley nada diga^[1105]. El Tribunal Constitucional ha precisado el muy distinto margen de que dispone el reglamento y la ley: «El legislador no ejecuta la Constitución, sino que crea derecho con libertad dentro del marco que ésta ofrece, en tanto que el ejercicio de la potestad reglamentaria se opera 'de acuerdo con la Constitución y las Leyes' (art. 97 CE) y el Gobierno no puede crear derechos ni imponer obligaciones que no tengan su origen en la ley de modo inmediato o, al menos, de manera mediata, a través de la habilitación. Del mismo modo, no puede el reglamento excluir del goce de un derecho a aquéllos a quienes la ley no excluyó» precisando en la misma sentencia (sobre una prestación asistencial por desempleo) que lo que no puede hacer el reglamento es crear una diferencia entre dos sujetos en función de un criterio creado *ex novo* para negar a una de ellas el derecho que la ley les concede por igual porque se ha formulado por el legislador sin restricción alguna para un grupo de destinatarios: «sus preceptos no podrán ser aplicados, ni en términos generales, ni en los casos concretos, en menoscabo de tal empeño del legislador, que estableció así en sus normas unas previsiones abstractas, y en tal caso igualitarias, sobre los beneficiarios, previsiones irreductibles por el Reglamento»^[1106]. En el problema que examinamos el legislador, mediante su silencio acerca de plazos de espera para revisar el grado de minusvalía, ha creado una situación igualitaria e incondicionada (en cuanto a estos plazos) para obtener la prestación, que el reglamento no puede restringir.

[1104] STS de 22 de septiembre de 1992 (Ar.7366) y STS de 31 de enero de 1994 (Ar.396).

[1105] Aunque en materia de las posibilidades del reglamento, como se indica en VALDÉS, 1990, al realizar una defensa en las páginas 341 a 362 de amplias potestades reglamentarias, con carácter previo a su análisis específico en la materia laboral, existen en la jurisprudencia «pronunciamientos contradictorios que se suceden en el tiempo sin ofrecer razones del apartamiento de la tesis contraria».

[1106] STC 209/1987, de 22 de diciembre.

En segundo lugar, debemos tener en cuenta también que cuando las deficiencias que sufra el beneficiario evolucionen más rápidamente de lo previsto, y, en consecuencia, en un corto plazo sean distintas de las que hayan sido valoradas para establecer el grado de minusvalía reconocido, ello puede ser debido o a un error de diagnóstico o a un error en la estimación de la evolución futura del beneficiario, siendo difícil a veces deslindar ambos supuestos; en todo caso, y de acuerdo con el principio de responsabilidad de los poderes públicos^[1107], el beneficiario no tiene que soportar las consecuencias de ninguno de los dos errores, viéndose imponer plazo de espera alguno -repetimos- sin habilitación legal para ello. Sería asimismo contrario a la igualdad ante la ley que el organismo de valoración pudiera establecer un breve plazo de revisión cuando prevea una mejoría con posibilidad de suprimir o recortar la pensión, y que pudiera fijar un plazo más largo cuando prevea un empeoramiento que pudiese comportar un incremento o la simple consolidación de la misma; evidentemente la norma no dirá nunca tamaña insensatez, pero este comportamiento desigual es posible que se produzca si se da completa libertad para establecer dichos plazos sin fijar criterio objetivo alguno, o si tal libertad de fechas existiera únicamente para los casos de disminución de grado y no para promover el reconocimiento de un grado de minusvalía superior al ya reconocido; el mecanismo de revisión del grado no puede ser únicamente un instrumento de ahorro de prestaciones, sino de adecuación de la prestación pagada a la real situación de necesidad, en consecuencia, debe funcionar con la misma fluidez cuando del mismo se puede derivar un beneficio para el ciudadano que en sentido contrario.

Responsabilidad e igualdad en la frecuencia de las revisiones.

Concluyendo, y por los diversos argumentos expuestos en las páginas anteriores acerca de qué interpretación era posible dar a los Reales Decretos de 1991 y 1999 cuando se refieren a las limitaciones temporales para revisar el grado de minusvalía, el reglamento no puede hacer más que ordenar el procedimiento administrativo a seguir, pero no puede introducir limitación alguna al derecho de los beneficiarios a obtener en cualquier momento la pensión acorde con su situación real y con los requisitos que en la ley se les exigen, ya intente obtener dicha pensión mediante una nueva petición, o mediante la revisión de pronunciamientos administrativos anteriores acerca de tales requisitos; estas posibilidades de ordenación del procedimiento incluyen la razonable^[1108] aportación de un principio de prueba acerca de la existencia de un cambio en los hechos que ya habían sido anteriormente valorados como presumiblemente definitivos, o -alternativamente- el transcurso de un plazo que se haya establecido con la misma finalidad. Este criterio

Conclusión: se ordena el procedimiento para acreditar cambios.

[1107] Enunciado en el artículo 9.3 de la Constitución, con especificaciones en los artículos 106.3 y 121.

[1108] Un posible criterio acerca de lo que es razonable solicitar al beneficiario puede surgir de la conexión con el derecho -casi- universalizado de asistencia sanitaria pública, es decir: debe ser suficiente la documentación que el beneficiario pueda obtener del sistema sanitario público; de forma que, aunque pueda, no deba aportar exámenes o peritajes privados, con más razón si tenemos en cuenta que se trata de personas con escasísimos recursos económicos personales y familiares.

parece ser el que ha inspirado la orden de desarrollo del procedimiento para la valoración del grado de minusvalía^[1109], que tras mencionar los plazos establecidos originariamente o el general de dos años dice que tal plazo no será aplicable en caso de error de diagnóstico o si de la documentación aportada se desprende que existen cambios sustanciales.

Como ya hemos visto, en el reglamento general de 1991 este plazo se hallaba establecido en dos años para la primera revisión, y en un año para las sucesivas; sin embargo, y sin que conste explicación alguna en la exposición de motivos, este último plazo de un año ha desaparecido en el reglamento de 1999, lo que supone para un gran número de casos que se ha duplicado. Ante ello, es conveniente que este plazo, cuyo mero transcurso constituye indicio suficiente de la razonabilidad de una petición de revisión del grado de minusvalía, sea examinado en su dimensión cuantitativa; ya que la razonabilidad de su existencia no justifica por sí sólo cualquier duración del mismo, debiéndose justificar ésta por su proporcionalidad. En las tablas JAMA -importantes por su difusión y por ser el antecedente del baremo español- se indica que «Una deficiencia se considera permanente si es improbable que cambie más de un 3% en el año siguiente, con o sin tratamiento médico. Si una deficiencia no es 'permanente' es inapropiado caracterizarla como tal y evaluarla de acuerdo con los criterios de las 'Guías' »^[1110]; en esta afirmación vemos cómo se acota el carácter «permanente» mediante dos elementos, el primero es el porcentaje de variación del 3 por ciento: ello nos permite saber con claridad qué es lo que se entiende por un cambio con significación en el proceso de valoración del grado de minusvalía^[1111]; el segundo elemento es el temporal: un año. En la Seguridad Social Americana, no obstante realizarse las revisiones de grado con frecuencias distintas según la mejoría esperada en cada caso^[1112], tanto para las prestaciones del seguro de invalidez (SSDI) como para las del seguro de ingresos suplementarios (SSI) se define esencialmente la invalidez de esta forma: «La incapacidad para comprometerse en cualquier actividad sustancialmente remunerada, por causa de cualquier deterioro físico o mental determinable

Presumir que durante 1 o 2 años permanece invariable el grado.

[1109] Art. 6.1 de la Orden de 2 de noviembre del 2000 (BOE de 17-nov-2000) aplicable «dentro del ámbito de la Administración General del Estado». Incidentalmente puede señalarse que en el impreso normalizado de solicitud adjunto a dicha Orden figuran únicamente dos motivos que pueden señalarse para la solicitud: agravamiento o mejoría, sin opción para el error de diagnóstico; parece repeler a la Administración admitir la mera posibilidad de que existan errores.

[1110] AMA, 1995, página 315.

[1111] Para valorar la cifra del 3 por ciento debe tenerse en cuenta los criterios de las tablas JAMA en cuanto al redondeo de los resultados de una valoración que se han comentado anteriormente.

[1112] Si se espera una mejoría, la primera revisión se realiza entre los seis y los 18 meses después del reconocimiento de la incapacidad; si la posibilidad de mejoría existe pero no es predecible, la revisión se efectúa una vez cada tres años; y si no se espera mejoría se revisa una vez cada cinco a siete años: SSA-REVISIÓN, 1998.

médicamente que puede esperarse que produzca la muerte o que ha durado o puede esperarse que dure un período continuo no menor de 12 meses»^[1113]; es decir, con el mismo criterio temporal de un año. En las tablas australianas de valoración de la discapacidad, el plazo de referencia adoptado para estimar cambios funcionales significativos es de dos años^[1114]. A la vista de estos ejemplos podemos concluir que no son irracionales los períodos de uno y dos años establecidos en nuestros textos reglamentarios.

6.- LA REVISIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS REQUISITOS DE RESIDENCIA, CARENCIA DE RENTAS Y EDAD

Como colofón a la exigencia de determinados requisitos para obtener y seguir disfrutando de una pensión no contributiva, el artículo 149 LGSS establece para los beneficiarios de las mismas una obligación de notificar los cambios que se produzcan en el cumplimiento de estos requisitos. En un primer inciso se establece la obligación de notificar por parte de los perceptores de estas pensiones «cualquier variación de su situación de convivencia, estado civil, residencia y cuantas puedan tener incidencia en la conservación y cuantía de aquéllas». El elemento común de esta agrupación de requisitos es que no necesariamente se producirá una variación en los mismos; mientras que, por el contrario, en relación al cumplimiento del requisito de carecer de rentas o ingresos, difícilmente permanecerá absolutamente invariable a lo largo del tiempo la situación del beneficiario. Por este motivo, y en un segundo inciso, se establece una obligación anual de declaración de los ingresos percibidos por la unidad económica en la que se halle inserto el beneficiario de la pensión no contributiva.

La obligación de informar por parte del beneficiario.

Al listarse los hechos que deben ser notificados con una cláusula de cierre -«cuantas [variaciones] puedan tener incidencia en la conservación y cuantía»- los supuestos expresamente relacionados de convivencia, estado civil y residencia se convierten en ejemplificativos de la genérica obligación de notificar todo cuanto pueda incidir en el derecho prestacional reconocido; esta ejemplificación se ha ampliado en dos artículos del RPNC: en el primer párrafo del artículo 16.1 se han añadido los supuestos de variaciones en los recursos económicos computables, y en el artículo 6.2 del mismo texto

Hechos sobre los que debe informarse.

[1113] *Social Security Act (Public Law 74-271), Sec. 1614 [42 U.S.C. 1382c]. (a).(3).(A).* Véase también SSA-HANDBOOK, 1997, § 607.

[1114] Las tablas australianas se hallan en el anexo (*Schedule*) 1B de la *Social Security Act* de 1991, y las instrucciones *Adult Disability Assessment Tool (ADAT)* en los párrafos 1.1.A.78 y 3.6.9.10 a 3.6.9.60. Merece destacarse que mientras en el baremo español -que sigue las tablas JAMA- las enfermedades que cursan en brotes se evalúan como regla general en los períodos intercríticos, en estas tablas australianas se halla un sistema (Tablas 21.x) muy detallado de valoración de estas situaciones que pondera tres factores: severidad de los ataques, duración de cada uno, y frecuencia medida en días por año; todo ello para cuantificar la repercusión de estas enfermedades crónicas en las actividades de la vida diaria.

reglamentario se establece la obligación de comunicar la realización de cualquier trabajo por cuenta propia o ajena que realice el beneficiario, información ésta que puede ser relevante como indicio de una variación en el grado de minusvalía reconocido, y como indicio de que van a percibirse determinados ingresos que afectarán a la cuantía de la pensión. Esta doble vía de posible afectación al derecho a beneficiarse de una pensión no contributiva es lo que puede justificar que en relación al beneficiario se haya establecido expresamente la obligación de informar de tales actividades, de forma redundante con la más genérica obligación establecida en el artículo 16.1 del RPNC en base al cual puede afirmarse que existe también la obligación de informar de las variaciones de las actividades remuneradas que realicen tanto el beneficiario como los familiares de su unidad económica.

El cumplimiento de la legalidad no descansa así bajo la exclusiva responsabilidad de la entidad gestora, sino que el beneficiario debe colaborar activamente informando de los hechos personales y de su entorno que pueden afectar a su derecho, sin que exista -parafreando el derecho penal- un derecho a no informar contra sí mismo acerca de los hechos que puedan perjudicar su percibo de una pensión. El texto legal no exige al interesado un cálculo de la incidencia que tales cambios puedan tener, sino que únicamente solicita la información de los hechos que servirán de base para calcular esta repercusión. Por otra parte, la ley solicita información acerca de los hechos «que puedan tener incidencia», lo que obliga al interesado a no esperar a que tal repercusión se haya producido sino que basta con que exista la posibilidad de que tales cambios sean relevantes para que nazca la obligación informativa del beneficiario; es decir, del hecho de que la relevancia de los cambios sea hipotética, puede deducirse que la obligación de informar de los mismos nace con carácter previo a que el beneficiario constate con certeza que tales cambios surten efectos respecto a su pensión. En consecuencia, debemos considerar coherente con el texto de la ley el que en el primer párrafo del artículo 16.1 del RPNC se establezca un plazo de 30 días para la notificación desde que se produzcan las modificaciones de tales hechos, y no desde que en base a los mismos pueda calcularse un cambio en el importe de la prestación a percibir.

Además de esta obligación (aleatoria) de informar de todo cambio que deberá ser cumplida únicamente si se produce una circunstancia que pueda incidir en la conservación o cuantía de la pensión, el interesado tiene una obligación (regular o periódica) de realizar una declaración anual de sus ingresos^[1115]. Esta segunda obligación, regulada en el apartado segundo del art. 16 RPNC está destinada a facilitar la corrección del importe de la pensión percibida, que puede suponer, incluso, la devolución de los importes percibidos en exceso, según dispone el art. 45 LGSS -modificado en el año 2000

[1115] GALLEGO, 1999, página 1428.

en cuanto al período de prescripción-, mediante el procedimiento regulado en el R.D. 148/1996, de 5 de febrero^[1116]; el plazo para cumplir con esta obligación periódica es el primer trimestre del año (art. 149 LGSS y 16.2 RPNC), y recibida por la entidad gestora tal declaración dispone hasta el día 31 de octubre para revisar el importe percibido por el beneficiario (art. 25.3 RPNC) fecha tras la cual la anualidad de pensión anteriormente percibida pasará a ser intangible salvo que resultase que el beneficiario debió percibir una cantidad superior (en cuyo caso se sobreentiende sigue vivo su derecho a percibir tal diferencia), o salvo que el beneficiario no haya cumplido con las antedichas obligaciones informativas, en cuyo caso la entidad gestora puede suspender cautelarmente la pensión -previo requerimiento y advertencia- mientras realiza las comprobaciones pertinentes (art. 16.2 RPNC).

Si el beneficiario no cumple con sus obligaciones informativas pueden producirse varios supuestos diferentes en relación a las consecuencias de tal incumplimiento. En primer lugar, puede ser que sea meramente formal, en la medida en que las informaciones que hubiese debido proporcionar en tiempo oportuno el interesado no supongan ninguna variación en la cuantía del derecho prestacional reconocido; en este caso el artículo 24 de la LISOS^[1117] lo tipifica como una infracción de carácter leve a los deberes informativos sancionable con la pérdida de la prestación durante un mes (artículo 47.1.a) de la LISOS). Asimismo, y según el último inciso del artículo 16.2 RPNC, la entidad gestora puede suspender cautelarmente el pago de la pensión, suspensión que no tiene carácter sancionatorio sino -como expresamente se indica- de medida cautelar, destinada a evitar el pago indebido a un beneficiario que puede no existir ya -y por ello su silencio en el tiempo en que debió formular su declaración-, puede haber cambiado de lugar de residencia, etc. posibilidad ésta que es creíble, ya que la suspensión no puede acordarse sino después de haberse requerido expresamente al interesado para que presente la declaración que omitió en su momento con la advertencia expresa de que en caso de persistir el silencio se adoptará tal medida suspensiva; al no tener carácter sancionador, esta suspensión en el cobro de la pensión no supone una duplicidad con la posible aplicación antes reseñada de la LISOS que infrinja la prohibición *non bis in ídem*, ni se halla carente de rango la norma reglamentaria que la regula, sino que es consecuencia de que el cumplimiento de la legalidad en el pago de las pensiones precisa una colaboración informativa entre el interesado y la entidad gestora: si el interesado no

El incumplimiento de las obligaciones informativas.

[1116] La STS de 23-feb-2001 ILJ272 manifiesta que el reintegro de pensiones no contributivas indebidamente percibidas no puede exigirse por vía administrativa sino que debe realizarse por medio de una demanda de la Entidad gestora ante la Jurisdicción Social; lo que sí puede realizarse por vía administrativa es la adecuación de la pensión al nuevo importe que resulte del cambio en las circunstancias que condicionan la percepción de la misma.

[1117] A partir del día 1 de enero del año 2001 entró en vigor el nuevo texto refundido de la LISOS: Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (BOE del 8 de agosto del 2000) que refunde y sustituye al anterior texto legal.

informa no debe proseguirse el pago de la pensión, pero si la entidad gestora no informa adecuadamente al interesado no puede proceder a la suspensión que comentamos. Si la omisión total o simplemente tardía de tales informaciones ocasionase la percepción indebida de prestaciones, el RPNC recuerda en su art. 16 que el interesado deberá reintegrar los importes indebidamente percibidos, debiéndose corregir la referencia legal que allí se realiza por la mención al artículo 45 del actual texto refundido de la LGSS; y la especificación de que tal obligación prescribirá a los cinco años, por el período de cuatro años establecido por el artículo 24 de la Ley 55/1999. Además de esta obligación restitutoria de los importes indebidamente percibidos -que no tiene carácter sancionador-, puede recibir el pensionista incumplidor una penalización por la omisión informativa, que oscilará entre la falta leve antes mencionada; la falta grave tipificada en el artículo 25.3 de la LISOS, en caso de que la comunicación oportuna fuese relativa a modificaciones de la suficiente magnitud como para ocasionar la extinción del derecho; y -si se acreditase el dolo correspondiente- la falta muy grave de percepción fraudulenta de prestaciones mediante la omisión de declaraciones obligatorias, tipificada en el artículo 26.1 de la LISOS, que puede comportar la pérdida de la pensión durante un período de seis meses.

7.-LA CAMALEÓNICA TRANSFORMACIÓN DE LAS PENSIONES: LA INVALIDEZ SE REVISTE DE JUBILACIÓN

El mimetismo con las pensiones contributivas de invalidez ha sido siempre una constante en la regulación de las pensiones no contributivas desde su articulación inicial en artículos *bis* en la LGSS. Con algo más de dos años de retraso se ha regulado para esta modalidad de pensiones la misma transformación que la Ley 24/1997 de 15 de julio instauró para las pensiones contributivas de invalidez: al llegar a cierta edad el beneficiario su pensión de invalidez pasaría a llamarse pensión de jubilación, sin que ello comportase ningún cambio en su régimen jurídico, según expresa el nuevo artículo 148.3 LGSS, en vigor desde el año 2000^[1118]; se trata simplemente de revestir la misma estructura jurídica con el ropaje de la nueva denominación. Ello nos lleva a reflexionar sobre los límites de esta operación jurídica; parafraseando el conocido principio acuñado por la jurisprudencia que los contratos son lo que son pese al nombre que las partes les asignen, podríamos reconocer como pensión de invalidez estas especiales pensiones de jubilación procedentes de transformación, prescindiendo de que se le haya asignado una denominación que no corresponda a su verdadera naturaleza jurídica. Que ello es

Las pensiones de invalidez que se transmutan en jubilación.

[1118] Adicionado a la LGSS por el artículo 22.6 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre (BOE de 30-diciembre-1999).

posible nos lo demuestran los artículos 148.3 y 143.4 LGSS; que ello deba ser así es más dudoso; no olvidemos que la conocida expresión que antes recordábamos acerca de la correcta denominación jurídica nació como réplica a situaciones de simulación relativa ante las cuales la jurisprudencia reaccionaba corrigiendo la errónea denominación; en este caso no hay simulación ya que el legislador es claro en su operación: se trata de una pensión de invalidez que protege *sub nomine alieno* a sus beneficiarios que sobrepasen determinada edad. Sin embargo, el legislador debe tener una razón y un límite en este tipo de confusión nominal: algo deben tener en común quienes perciben unas y otras pensiones de jubilación para que el legislador haya adoptado para ambos casos la misma denominación; ello nos llevará a preguntarnos si entre estos jubilados que tienen elementos comunes pero cuyas respectivas pensiones se rigen por unas reglas jurídicas distintas, existe razón suficiente para este régimen jurídico dispar. Responderemos a ello un poco más adelante.

El mimetismo antes mencionado ha motivado que en el redactado del artículo 148.3 se hable de «las condiciones» de la prestación de la misma forma que lo hace el artículo 143.4 LGSS; es más propio de la modalidad contributiva referirse a las condiciones: por ejemplo, dice el artículo 161.1 LGSS «tendrán derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, las personas incluidas en este Régimen general que, además de la general exigida en el apartado 1 del artículo 124, reúnan las siguientes condiciones...»; en cuanto a las pensiones de invalidez contributiva el artículo 138.1 LGSS realiza similar referencia a la condición general de alta contenida en el artículo 124 LGSS, que precisamente lleva por título «Condiciones del derecho a las prestaciones» mientras que en la modalidad no contributiva se habla de requisitos para acceder a las prestaciones (artículo 144.1 LGSS, primero y sexto párrafos). La referencia a las condiciones de las pensiones no contributivas, al no especificarse en el artículo 148.3 ninguna restricción a la amplitud de tal término, debe entenderse que se realiza a la pervivencia de todos los requisitos que condicionan sea la adquisición del derecho, sea su resolución o la continuidad de las pensiones, o sea el concreto importe de las mismas; porque configurar una distinción entre las condiciones a las que se refiere el artículo 148.3 y los requisitos u obligaciones a los que se refieren otros artículos (LGSS: 144, 145, 149, etc.) resultaría artificiosa por falta de base legal para ello. En resumen, el legislador ha optado por mantener el régimen jurídico de tales pensiones y efectuar únicamente un cambio cosmético (y seguramente con una finalidad estadística) en su denominación, sin que tal cambio afecte a la continuidad ni al régimen jurídico de las mismas.

Las condiciones y los requisitos.

Los requisitos que ya eran comunes entre las pensiones de invalidez y jubilación: la carencia de rentas personales y familiares, y mantener la residencia en territorio español durante el percibo de la prestación, no presentan ningún problema en esta transformación. Tanto si se hubiese producido un cambio de prestación como con un

La continuidad de los requisitos comunes.

simple cambio de denominación tales requisitos eran exigibles en los mismos términos en ambas prestaciones, por lo que la continuidad de la prestación bajo el nuevo nombre no representa problema jurídico alguno.

En cuanto al requisito de la edad, ya se ha dicho que al determinarse en el artículo 148.3 LGSS que estas pensiones de invalidez pervivirán -aunque con nombre distinto- más allá de los sesenta y cinco años, sea cual fuere la interpretación que pudiera darse a tal requisito en la normativa anterior, en la actualidad la edad del beneficiario es un requisito intrascendente a los efectos de conservar una pensión no contributiva una vez ésta ya ha sido concedida. Sin embargo, el requisito de la edad, combinado con otros requisitos continúa siendo un elemento relevante para configurar condiciones distintas de acceso a una pensión no contributiva, ya que quien tenga acreditados desde que cumplió la edad de dieciséis años más de cinco años y menos de diez de residencia en España, si tiene un notable grado de minusvalía deberá cuidar de solicitar su pensión antes de cumplir los sesenta y cinco años de edad, ya que de esta forma podrá percibir una pensión de invalidez, mientras que posteriormente a dicha edad deberá esperar a poder acreditar los diez años de residencia para acceder a la pensión de jubilación. La continuidad de las condiciones de la pensión que se viniera percibiendo significa que podrán acceder a la pensión de jubilación no contributiva personas que no tengan acreditados los diez años de residencia anterior, siempre que hubiesen solicitado la pensión de invalidez por reunir los requisitos de la misma, notablemente el del grado de minusvalía que se configura así como un requisito que en parte excusa el cumplimiento de una parte del requisito de duración de la residencia previa. En este aspecto se echa en falta una disposición similar a la que rige en la modalidad contributiva de pensiones^[1119] que exceptúa del requisito de la edad a quienes no pudiesen acceder a una pensión de jubilación; si quienes no cumplen con los requisitos de la carencia contributiva se les permite acceder a una pensión de invalidez pasada la edad de sesenta y cinco años, a quienes no puedan acreditar aún la especial carencia de la modalidad no contributiva (la duración de la residencia previa) se les debería reconocer similar posibilidad.

La edad y la
residencia
continuada
combinadas.

[1119] Artículos 6 y 7 del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre (BOE de 13-noviembre-1997). El Acuerdo de Reforma de la Seguridad Social, firmado el 9 de abril del 2001, prevé (ACUERDO, 2001, página 36) flexibilizar la edad de jubilación permitiendo -e incentivando- la actividad más allá de los 65 años, y facilitando la jubilación temporal; congruentemente, la normativa de las pensiones de invalidez -en ambas modalidades- que se relaciona con esta edad de 65 años debería ser reformada para permitir el acceso (con sus variaciones y revisiones) a las pensiones de invalidez aunque el trabajador tenga 65 años o más. Sucede, empero, que en el Proyecto de Ley de medidas fiscales, administrativas y del orden social que se halla tramitándose en las Cortes, no prevé, por el momento, ninguno de tales cambios relativos a la invalidez o a la prolongación de la actividad más allá de los 65 años, sólo los aspectos relativos a la jubilación parcial: BOCG-Congreso, serie A, núm. 50-1, de 10 de octubre del 2001.

Lo mismo puede decirse en relación a quienes hayan sufrido un empeoramiento de sus capacidades hasta el setenta y cinco por ciento de grado de minusvalía y que precisen del concurso de una tercera persona para los actos de su vida diaria: la edad continúa siendo relevante para el reconocimiento del complemento del cincuenta por ciento de la pensión establecido por el artículo 145.6 LGSS que se remite al requisito de la edad fijado en el artículo a) del artículo 144.1 LGSS: mayor de dieciocho y menor de sesenta y cinco años; quienes hubiesen solicitado tal complemento antes de los sesenta y cinco años continuarán percibiéndolo indefinidamente, mientras que tras dicha edad ya no será posible obtenerlo. Si el legislador hubiese optado por extinguir las pensiones de invalidez a los sesenta y cinco años y transformarlas -supuesto el mantenimiento de requisitos- en pensiones de jubilación, considerando de forma igualitaria que el estado físico del beneficiario resulta indiferente en el tramo final de la vida, podría haberse ocasionado que personas que percibiesen el citado complemento dejaran de percibir el mismo a partir de dicha edad al transformarse su pensión de invalidez en una pensión de jubilación en la que tal complemento no se halla previsto, lo que significaría una clara desprotección; desprotección casi tan lacerante como la que se produce si tal elevado grado de necesidad se acredita un día más tarde de los sesenta y cinco años, en cuyo caso no se percibirá ninguna ayuda complementaria para recibir los necesarios cuidados de una tercera persona.

La edad y el grado de minusvalía combinados.

No es nueva tal situación, pero el cambio de denominación conduce a que ahora puedan existir pensiones denominadas igualmente como de jubilación, disfrutadas por personas que puedan hallarse en igual condición física, pero percibiendo por tales pensiones un importe notablemente distinto (un 50 por ciento), dependiendo de si la solicitud de pensión se formuló inicialmente algún día antes o después de haber cumplido los sesenta y cinco años el beneficiario, con la diferencia analizada de que unos pudieron solicitar el complemento por precisar ayuda de una tercera persona, y otros no tienen acceso a tal complemento. Como todos los límites y plazos siempre habrá alguien que quede fuera de los mismos y sea por ello tratado de forma distinta, sin que por ello tal distinción sea discriminatoria; pero en este revoltillo de pensiones de jubilación difícilmente podrá decirse que las diferencias están basadas en la situación de necesidad del beneficiario, sino más bien tales diferencias de trato se deben a las necesidades y evolución organizativa del sistema, y por lo tanto resulta dudoso que sea un fiel desarrollo del artículo 41 de la Constitución.

La situación de necesidad: el criterio olvidado.

8.- LA COMPATIBILIDAD ENTRE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS Y EL TRABAJO

Bajo el título de «compatibilidad de las pensiones», el art. 147 LGSS regula sólo uno de los posibles supuestos de compatibilidad: la de la pensión no contributiva de invalidez en relación con las actividades del beneficiario, y es en otras disposiciones donde

La compatibilidad del trabajo con la pensión de invalidez.

deberemos hallar la regulación de la compatibilidad con otras prestaciones o con otras fuentes de ingresos; por ejemplo, en el artículo 187.3 LGSS, donde se establece la incompatibilidad entre esta pensión y las asignaciones por hijo a cargo minusválido. Esta compatibilidad entre trabajo e invalidez se expresa en el art. 147 LGSS así: «Las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido, y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo». Estas expresiones son muy similares a las usadas en el actual artículo 141.2 LGSS para la incapacidad permanente contributiva, y ello ha motivado serias críticas a la «torpeza» del legislador al reiterar el enunciado de un artículo que se presenta confuso^[1120]; reiteración que a primera vista parece contradictoria, porque el concepto de invalidez en la modalidad no contributiva de pensiones es distinto al usado en la modalidad contributiva, según puede apreciarse en la comparación de los apartados 1 y 2 del artículo 136 LGSS. En primer lugar, el precepto expresa una regla de compatibilidad entre el hecho de trabajar y la condición de inválido, lo cual es -en el redactado actual de la LGSS- una obviedad, ya que si en el segundo párrafo del artículo 144.1.d) LGSS se hace referencia a las consecuencias de un contrato de trabajo o de una actividad por cuenta propia del beneficiario, quiere esto decir que tales actividades lucrativas no pueden ser incompatibles con la percepción de la pensión, sin perjuicio de que indirectamente pueda tal trabajo provocar la reducción o la extinción de la prestación si el importe de los ingresos obtenidos fuese causa de que las rentas personales o familiares del inválido superen el límite máximo establecido, como oportunamente se recoge en el artículo 6.1 RPNC, seguido de una referencia a la obligación de notificar tales actividades a la entidad gestora, obligación informativa que se halla regulada en el artículo 16 del mismo reglamento. En consecuencia la compatibilidad entre trabajo y pensión no contributiva no se halla limitada ni por el trabajo anteriormente realizado, ya que éste puede no haber existido nunca; ni por la relación que se prevea en el futuro, ya que el art 144.1 prevé que el declarado inválido puede acceder a un contrato laboral o trabajar por cuenta propia; ni por el hecho mismo de trabajar va a suspenderse la pensión, ya que ni ello figura en las causas de extinción de estas prestaciones, y -por el contrario- el artículo 144.1.d) LGSS dice que «los beneficiarios de la pensión de invalidez,... recuperarán automáticamente, en su caso, el derecho a dicha pensión..», debiendo observarse que «en su caso» sólo puede indicar que ello no se produce siempre, por lo que debemos concluir que la suspensión de la pensión de invalidez a la que se refiere la LGSS por causa de un contrato laboral u otra actividad es la que puede producirse si por tal actividad se generasen unos ingresos de tal cuantía que resultasen incompatibles con la percepción de la pensión.

[1120] LT-VIQUEIRA,1991, página 130; las referencias al artículo 138.2 LGSS deben entenderse al actual art. 147 LGSS en la refundición de 1994.

Tras afirmar la compatibilidad, el art. 147 LGSS sigue diciendo que estas actividades deben ser compatibles «con el estado del inválido»; afirmación ésta que -desde un punto de vista fáctico- resulta superflua, ya que si no fuese compatible con su estado mal podría realizar el inválido tal actividad^[1121]. Finalmente el precepto contiene una regla limitativa de la primera: si inicialmente se formula un principio general de compatibilidad, el último inciso limita de alguna forma la regla general al especificar una condición que deben reunir las actividades compatibles (que no representen un determinado cambio). Siendo similar el redactado del art. 147 LGSS a lo preceptuado para la modalidad contributiva de pensiones en el art. 141.2 LGSS, podría considerarse que similar sería la finalidad del precepto: establecer primeramente que la realización de una actividad no es incompatible con la percepción de una pensión, de forma que, aunque tal actividad fuese retribuida, ello no representaría un obstáculo para seguir percibiendo la pensión reconocida; seguidamente, y al hilo del último inciso del artículo (que no supongan una alteración en la capacidad de trabajo), la interpretación tradicional de este precepto consideraría aplicables a estas pensiones no contributivas las precisiones jurisprudenciales realizadas en la modalidad contributiva acerca de las características que deben reunir tales actividades, esto es: que sean marginales, esporádicas y limitadas, por usar algunos de los calificativos empleados por una numerosa jurisprudencia acerca del que hoy es el artículo 141.2 LGSS relativo a la incapacidad permanente contributiva^[1122]. Sin embargo, esta interpretación del art. 147 LGSS nos conduce a una aparente inutilidad de este precepto, ya que la realización de actividades remuneradas por el inválido no contributivo ya hemos visto que era posible con base a otros preceptos legales como el art. 144.1 LGSS, la ausencia de esta específica causa de extinción, las obligaciones informativas del beneficiario, o la toma en consideración de sus rentas salariales en el cálculo de la pensión; y si una actividad lucrativa no representa un obstáculo para seguir siendo pensionista no contributivo, con mayor motivo similares actividades pero no remuneradas deben ser consideradas compatibles o irrelevantes. Ante esta aparente reiteración de reglas debemos contemplar otras posibles funciones que pueda actualmente desempeñar el artículo que examinamos, siempre dentro del tema de la relación entre el trabajo y la pensión, ya que para la incompatibilidad de las pensiones no contributivas con otras prestaciones existen otros preceptos (arts. 122, 187, disposición transitoria sexta LGSS) que específicamente se refieren a este aspecto.

Trabajar no
obstaculiza la
pensión: la
aparente
inutilidad del
art. 147 LGSS.

[1121] ALARCÓN, 1991, página 395.

[1122] Un resumen de tal doctrina, con abundante cita jurisprudencial, en LT-VIQUEIRA, 1991, páginas 44 a 46. Además de la anterior, debe tenerse en cuenta que existe otra línea jurisprudencial reflejada en la STS de 6 de marzo de 1989 (Ar.1794) -con apoyo en otras, como la STS de 23 de noviembre de 1987; Ar.8045)- que considera que el trabajo compatible al amparo del art. 138.2 LGSS (actualmente 141.2 LGSS) «no tiene las connotaciones de ocasionalidad y discontinuidad que le atribuye el motivo», por lo que no tan sólo quienes se hallan inválidos sin percibir una prestación, sino que también todos aquellos que perciban una pensión de invalidez tienen derecho a realizar cualquier trabajo que puedan conseguir «incluso en supuestos objetivamente cualificados como de especial gravedad»; esta línea jurisprudencial es precisamente la que se cita en ÁLVAREZ, 1999, página 452.

En una norma de compatibilidad existen dos extremos que deben ser examinados, y desde los cuales puede contemplarse la regla jurídica. En la interpretación antes reseñada, la compatibilidad entre trabajo y pensión la contemplábamos desde la óptica de pensionista para interrogarnos si la realización de una actividad iba a afectar a la continuidad de su condición de beneficiario de la pensión de invalidez, es decir: los efectos del trabajo sobre la pensión. Sin embargo, si leemos fríamente el artículo comentado esto no es lo que dice directamente, sino lo que nosotros podríamos interpretar a partir de lo que dice; lo que literalmente nos indica es que «las pensiones...no impedirán el ejercicio de aquellas actividades...», es decir: que lo que se regula directamente es el efecto de la pensión sobre el trabajo. Contemplado el precepto en esta dirección, lo que se precisa es que quien tenga la condición de inválido según esta modalidad de prestaciones -y por consiguiente haya acreditado hallarse aquejado como mínimo por una disminución de sus capacidades psicofísicas en un sesenta y cinco por ciento- puede realizar diversas actividades, de forma que no puede deducirse de su condición de pensionista por invalidez ni una incapacidad para todo trabajo lucrativo ni para cualquier otra actividad. Naturalmente, tampoco puede la norma ignorar la realidad y referirse al pensionista como si estuviera en plenitud de sus capacidades, por ello prosigue diciendo el legislador que los trabajos que puede realizar son los que sean compatibles con su estado, matización que ahora cobra pleno sentido.

Una visión distinta: la pensión no impide trabajar.

El artículo termina estableciendo una segunda limitación a las actividades que deben considerarse compatibles con la condición de pensionista: «que no representen un cambio en su capacidad de trabajo»; aunque a primera vista puede parecer contradictorio con el concepto de invalidez en esta modalidad no contributiva, ya que el mismo se ha definido con abstracción de cualquier referencia profesional, al hablar del grado de minusvalía exigido para causar estas pensiones ya hemos argumentado que la capacidad de trabajo podía ser considerada -y, de hecho lo era- un elemento más en la valoración del grado de minusvalía, y que ello era conforme a los precedentes y a diversos criterios internacionales. Si la capacidad de trabajo es uno de los criterios que sirven para determinar el grado de minusvalía que afecta al beneficiario de una pensión no contributiva, la mención en el artículo 147 LGSS de que los trabajos que puede realizar el beneficiario no deben representar un cambio en su capacidad de trabajo, puede ser entendido también como una indicación destinada a preservar su integridad física, estableciendo un límite -en interés del beneficiario- al principio general antes examinado de que el beneficiario puede realizar cualquier actividad sea o no lucrativa; así en el art. 147 LGSS se encadena la expresión de los dos límites examinados: las actividades que realice el pensionista serán las compatibles con su estado, y no deben

Las actividad laboral que puede realizar el declarado inválido.

alterar su capacidad^[1123]. El primer límite es un límite más bien fáctico: se declara que aunque el pensionista 'puede' (en el sentido de permiso) realizar cualquier trabajo, se reconoce que 'no puede' (en el sentido de capacidad física) realizar cualquier trabajo; el segundo límite es un límite jurídico: el permiso jurídico para realizar cualquier tarea se supedita a que la actividad desarrollada no dañe la capacidad residual del discapacitado, capacidad residual cuya medida y determinación la ley regula en el siguiente artículo de la Ley (el 148 LGSS) dedicado a la valoración de la minusvalía.

Este principio general de que quien vea reconocida una situación de invalidez no debe por ello verse excluido de la posibilidad de acceder a un empleo sigue las directrices de diversos instrumentos internacionales que promueven el empleo de las personas inválidas bajo el criterio de la igualdad de oportunidades, como puede verse en los arts. 2 a 4 del Convenio de la OIT núm. 159 sobre readaptación profesional y el empleo de personas inválidas^[1124], los arts. 28 y 29 de la recomendación núm. 99 (1955) de la OIT sobre readaptación profesional de los inválidos, y -asimismo- los artículos 39 a 41 de la Recomendación núm. 168 (1983) sobre readaptación profesional y empleo de las personas inválidas recomiendan que sean precisamente los regímenes de Seguridad Social quienes aseguren e incentiven el empleo de las personas inválidas. Que un precepto en la LGSS pueda regular los efectos de las declaraciones de invalidez en la actividad laboral del declarado inválido no es algo novedoso: los artículos 157 a 159 LGSS regulan actualmente el empleo de quienes han sido declarados en situación de invalidez permanente; alguna jurisprudencia relativa a la modalidad contributiva de pensiones ya ha señalado que en virtud de las normas de la LGSS interpretadas con respeto al artículo 35 CE (derecho al trabajo) debe permitirse a los declarados inválidos permanentes absolutos realizar trabajos remunerados, y que con las cotizaciones correspondientes a tales trabajos pueda causarse posteriormente una pensión contributiva de invalidez. Por tanto, una de las consecuencias que puede extraerse de la compatibilidad establecida en este art. 147 LGSS es la de que el pensionista de invalidez puede realizar trabajos lucrativos; y, en sentido contrario, que la condición de pensionista no basta por sí sola para la extinción de cualquier contrato de trabajo que hubiese podido suscribir el pensionista con anterioridad a causar la pensión, debiéndose recordar que la facultad extintiva del contrato mencionada en el art. 49.1.e) ET se refiere

La Seguridad Social debe ocuparse de la (re) integración laboral del inválido.

[1123] PÉREZ, 2000, páginas 145 y ss. consideran (desde una perspectiva más bien médica, y centrada en la modalidad contributiva) que el trabajo compatible con el declarado inválido -que estiman oportuno debe suponer: *a)* un riesgo para terceros; *b)* un riesgo para el inválido; una imposibilidad fáctica para cumplir con los requisitos mínimos de la actividad; *d)* que no exista imposibilidad física o psíquica que obligue a utilizar para su ejecución medios reprobables o peligrosos.

[1124] Ratificado por España el 17 de julio de 1990 (BOE 23-nov-1990).

exclusivamente a la invalidez contributiva^[1125]. Naturalmente, todo ello viene referido al marco de la compatibilidad que este artículo proclama: con las actividades compatibles con su estado; determinar éstas es cuestión que deberá realizarse caso por caso, y el empresario tiene siempre una obligación de protección de la integridad física de sus trabajadores que debe adaptarse a las características de cada uno de ellos, y expresamente a quienes padezcan una discapacidad que les haga especialmente sensibles a un riesgo^[1126], y -en último extremo- esto significa también que si se demuestra que la realización de tales actividades son dañosas para el estado del inválido podrán considerarse prohibidas por el artículo 147 LGSS, de forma que si la adaptación no fuese posible en tal prohibición hallará el empresario la causa de una eventual extinción de contrato sin necesidad de demostrar una disminución del rendimiento del trabajador por la vía extintiva del art. 52.a) ET, ya que el carácter imperativo de la prohibición de actividades que no respeten el estado del minusválido, no puede sino comportar la nulidad^[1127] de los actos y contratos que no respeten tal prohibición. El artículo 147 LGSS al limitar la compatibilidad en función del estado del declarado inválido cumple una función de garantía de la salud (el «estado») del pensionista y no una función ordenadora de la actividad empresarial; por ello, la especificación de la compatibilidad y su límite se predica no únicamente de las actividades remuneradas, sino de cualquier tipo de éstas.

Queda sin cubrir -salvo por vía de una interpretación analógica- la laguna de qué consecuencias debe tener la mejora posterior del estado del declarado inválido en la modalidad no contributiva, con la correspondiente revisión administrativa del grado de minusvalía: las normas que en desarrollo del artículo 49 de la LISMI se establecieron para el fomento del empleo de minusválidos (que comprenden el derecho del inválido posteriormente recuperado -total o parcialmente- al reingreso preferente en la última empresa en la que trabajaron^[1128], y la reserva del puesto de trabajo durante dos años cuando tal mejora fuese previsible al tiempo de declararse la invalidez^[1129]) se hallan redactadas únicamente pensando en los supuestos tutelados por la modalidad contributiva de prestaciones, no existiendo ninguna razón desde el punto de vista de la

Fomento del empleo del inválido recuperado.

[1125] Facultad empresarial que no necesariamente debe ejercerse, ya que la declaración de invalidez en la modalidad contributiva no supone la automática extinción del contrato de trabajo, ya que el trabajador puede ser recolocado en la empresa en virtud de lo establecido en el convenio o por pacto individual. BLANCO, 2001, páginas 360-361.

[1126] El art. 25.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (31/1995, de 8 de noviembre; BOE de 10-nov-1995) menciona expresamente esta obligación empresarial hacia los trabajadores discapacitados.

[1127] Artículo 6.3 del Código Civil.

[1128] Artículos 2 y 3 del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo (BOE de 4-jun-1983)

[1129] Artículo 48.2 del Estatuto de los Trabajadores.

promoción del empleo para que no se apliquen las mismas soluciones a todos los supuestos de minusvalía.

En cuanto a si tales actividades deben ser causa de alta y cotización a la Seguridad Social, a partir de la posible exclusión (tras las condiciones que figuran en la ley y que casi nunca se han producido) que el Gobierno puede acordar en base al art. 7.6 LGSS cuando el trabajo por cuenta ajena «en atención a su jornada o retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida», en la modalidad contributiva de prestaciones ha sido tema discutido por la doctrina y la jurisprudencia; y atendiendo a una analogía no con el texto, sino con la *ratio legis* del precepto, se ha propugnado también para la modalidad no contributiva de pensionistas la no necesidad de alta cuando realizase el inválido alguna actividad esporádica y limitada acorde con su capacidad residual^[1130]. Sin embargo, además de que ya hemos constatado anteriormente que el trabajo del declarado inválido no debe necesariamente ser ocasional o marginal^[1131], atendiendo a que para el trabajador afectado por un importante grado de minusvalía los trabajos de breve jornada o escasa remuneración serán probablemente los únicos posibles para él, difícilmente podrán ser considerados para tales pensionistas como trabajos marginales o de poca importancia; asimismo, tras la vocación de promover el trabajo de los discapacitados que subyace en toda la LISMI, y la normalización y extensión del trabajo a tiempo parcial con la cotización proporcional a las horas efectivamente trabajadas (Disposición adicional séptima LGSS), no parece posible una interpretación analógica y extensiva del artículo 7.6 LGSS que excluyera de la posibilidad de cotizar a quienes siendo pensionistas no contributivos de invalidez realicen alguna actividad lucrativa, exclusión que en la práctica cercenaría la única posibilidad de alcanzar una pensión en la modalidad contributiva a quien no hubiese podido acceder a las mismas por faltarle un escasísimo número de días cotizado.

Quienes sean perceptores de una pensión de jubilación en la modalidad no contributiva no se hallan sometidos para causar la prestación ni para conservarla al cese en cualquier tipo de trabajo. El requisito específico de haber sobrepasado la edad de sesenta y cinco años coincide con la edad a partir de la que 'normalmente' pueden los trabajadores jubilarse en la modalidad contributiva de pensiones, pero ahí se detienen las similitudes.

[1130] LT-VIQUEIRA, 1991, páginas 143 y 155, que remiten al análisis efectuado en las páginas 51 a 53 para la modalidad contributiva: para ambos supuestos se inclina por la no necesidad de alta.

[1131] Siguiendo la línea jurisprudencial de las sentencias anteriormente citadas que se iniciaron con referencia a los declarados inválidos sin derecho a prestación, como en la STS de 17 de enero de 1989 (Ar.255) en la que se reitera que el declarado inválido puede trabajar y que si cotiza por ello puede causar posteriormente una pensión; generalizando la STS de 6 de marzo de 1989 (Ar.1794) también el principio a todo declarado inválido en base al art. 138. 2 (actualmente 141.2) LGSS y al art. 35 CE. Naturalmente, como recuerda la STS de 29 de junio de 1992 (Ar.4692), siempre que tales cotizaciones correspondan a un efectivo trabajo, por ser este hecho esencial en el nivel contributivo.

Como ha señalado la mayoría de la doctrina^[1132], la llamada pensión de jubilación no contributiva es en realidad una pensión de vejez y no de jubilación dada su desconexión con el cese de toda actividad laboral por causa de la edad o de un determinado estado físico. Asimismo, ni legal ni reglamentariamente se ha indicado en ninguna ocasión que la realización de un trabajo fuese causa de suspensión o extinción de la pensión de jubilación^[1133], ni que el pensionista de jubilación no contributivo deba abstenerse de algún trabajo lucrativo, no existiendo para la modalidad no contributiva de pensiones un precepto similar al art. 165.1 LGSS que establece la incompatibilidad entre trabajo y pensión en su modalidad contributiva; por el contrario, sí se ha regulado que en el cálculo de la pensión se tendrán en cuenta -entre otros- los ingresos salariales del pensionista^[1134]. En consecuencia, debemos concluir que el pensionista de jubilación en su modalidad no contributiva puede realizar cualquier tipo de trabajo por cuenta propia o ajena^[1135].

Como el pensionista de jubilación necesariamente es mayor de sesenta y cinco años, y -como hemos examinado anteriormente- el estado físico del pensionista a partir de dicha edad es irrelevante a los efectos de su pensión, para el pensionista de jubilación no se ha previsto una especial obligación de declarar el inicio de sus actividades laborales como sí se ha hecho para el pensionista de invalidez en el art. 6.2 RPNC. Sin embargo, ya hemos visto que el art. 16.1 RPNC obliga a notificar en el plazo de un mes cualquier variación que pueda repercutir en los ingresos económicos del pensionista. Esta repercusión en los ingresos del pensionista es lo que pudiera hacernos pensar que concluir que es compatible la pensión de jubilación con el trabajo del pensionista es un fútil ejercicio, ya que sabiendo que en virtud del mecanismo de cálculo de estas pensiones peseta que consiga merced a su trabajo, peseta que se restará de su pensión,

El siempre útil trabajo del jubilado no contributivo.

[1132] Por todos: ALARCÓN, 1991, página 405; RODRÍGUEZ, 1999, página 460; SALVADORFX, 1992, página 242. ALONSO OLEA, 1998, página 309, considera que el riesgo de vejez es tutelado por ambas modalidades de pensión, [por consiguiente, también en la modalidad contributiva] ya que en la descripción de la contingencia se halla el elemento de edad avanzada.

[1133] En el art. 9 RPNC no se menciona entre las causas de extinción el trabajo del pensionista.

[1134] Artículo 168 LGSS, en relación con el 145.2 y 5 LGSS, que reenvía este último al art. 144.5 LGSS, en el que se mencionan las rentas derivadas del trabajo. En el mismo sentido el art. 14.2 RPNC en relación al art. 12.2 del mismo reglamento.

[1135] Existe un autor que reiteradamente (lo que excluye el error ocasional) ha afirmado que «el derecho a la pensión de jubilación no contributiva es incompatible con el trabajo del interesado»: BLASCO, 1992, pág. 143; BLASCO-COM, 1999, página 1558; BLASCO-PRÁCTICA, 2000, página 1064; BLASCO, 2001, página 643 (también en ediciones anteriores: pág. 602 de la 7a. ed. etc.); BLASCO-PNC, 2001, página 269. Los motivos por los que discrepamos de tal afirmación se hallan argumentados en el texto que antecede. Asimismo opinamos que los artículos de la Ley que el citado autor cita en su apoyo: 138 bis del anterior texto de la LGSS, la actual disposición transitoria sexta.1 de la LGSS, y el art. 18 RPNC, no permiten sostener tal afirmación en modo alguno; e, igualmente, la STSJ de Galicia, de 31-may-1996 (Ar.2215) que se cita, no parece pertinente, ya que, aparte de tratarse de un supuesto de invalidez y no de jubilación, lo discutido era otro tema.

al pensionista no contributivo raramente le interesará aceptar un trabajo (salvo percibiendo sus emolumentos a escondidas de todo organismo oficial); si ello puede ser cierto -ya hemos comentado lo que de desincentivador tiene el mecanismo de cómputo de rentas- no debe olvidarse que el pensionista no contributivo puede mediante este trabajo posiblemente mejorar: *a)* su relación social, su autoestima, y el acceso a un mejor trabajo que el que inicialmente acepte; y *b)* su condición económica, mediante el acceso a una pensión de la modalidad contributiva; sea mediante la acumulación de los períodos de cotización que le faltasen anteriormente, sea mediante el acceso a una de las pensiones que -oficialmente integradas en la modalidad contributiva- se conceden sin atender a ningún importe previo de cotizaciones, como son todas las derivadas de accidente, sea o no de trabajo. Por ello, no debe afirmarse en absoluto que el destino del pensionista no contributivo de jubilación deba ser conformarse con percibir hasta el fin de sus días una pensión de subsistencia, ya que sólo aparentemente el hecho de que realice cualquier trabajo remunerado puede ser visto como un esfuerzo en todo caso infructuoso.

9.- LA INCOMPATIBILIDAD ENTRE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS Y OTRAS PRESTACIONES

En la disposición transitoria sexta LGSS se especifica la incompatibilidad de las prestaciones no contributivas con unas prestaciones preexistentes a las que éstas nuevas vienen en cierta forma a sustituir: las prestaciones del antiguo Fondo Nacional de Asistencia Social^[1136], y algunos de los subsidios concedidos al amparo de la Ley de Integración Social de los Minusválidos^[1137]: el subsidio de garantía de ingresos mínimos, y el que se otorgaba por ayuda de tercera persona. Esta sustitución de prestaciones se ha realizado de forma progresiva mediante tres elementos; en primer lugar, se derogaron algunas de ellas -tal como se recuerda en la propia disposición transitoria-^[1138], sin embargo, en las mismas disposiciones que derogaban tales prestaciones se especificaba que los perceptores de pensiones FONAS con anterioridad al día 23 de julio de 1982 o los solicitantes anteriores a dicha fecha, así como los que ya eran beneficiarios de las prestaciones LISMI suprimidas podían conservar el derecho al cobro de las mismas, rigiéndose su disfrute en los mismos términos que la legislación

Incompatibilidad de prestaciones como sistema transitorio.

[1136] Reguladas por la Ley 45/1960, de 21 de julio (BOE de 20-jul-1960); y el R.D. 2620/1981, de 24 de julio (BOE de 6-nov-1981).

[1137] LISMI: Ley 13/1982, de 7 de abril (BOE de 30-abr-1982).

[1138] Las pensiones asistenciales del Fondo Nacional de Asistencia Social por vejez e invalidez se derogaron mediante el art. 7 de la Ley 28/1992, de 24 de noviembre (BOE de 25-nov-1992), que vino a sustituir al R.D.L. 5/1992, de 21 de julio; y los subsidios LISMI de garantía de ingresos mínimos, y por ayuda de tercera persona fueron suprimidos mediante la disposición adicional novena de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre (BOE de 22-dic-1990). Obsérvese que durante el período de 1990 a 1992 existió para algunas personas la posibilidad de optar entre solicitar una pensión FONAS, o una de estas pensiones no contributivas.

que originariamente las regulaba; el efecto sustitutorio era pues inmediato para quienes solicitasen la protección social pública por vejez o invalidez a partir de la aprobación de la ley, y se difería de forma indeterminada la sustitución de las prestaciones ya concedidas a los antiguos sujetos protegidos. El segundo elemento para impulsar la sustitución de las antiguas prestaciones fue tentar con su superior importe a estos perceptores que podían conservar las antiguas prestaciones a título personal, aunque tales personas debían realizar un cálculo cuidadoso de sus expectativas ya que en caso de opción por las nuevas prestaciones no les era posible posteriormente volver atrás para disfrutar nuevamente unas prestaciones que se habían suprimido^[1139]. Finalmente, la Disposición transitoria primera RPNC proporcionaba un tercer incentivo para la sustitución de pensiones: quienes percibían una pensión asistencial por razón de incapacidad o enfermedad verían reconocido automáticamente un grado de minusvalía del sesenta y cinco por ciento sin tener que someterse nuevamente a una evaluación de su estado, constituyendo una real norma de incentivo en la medida en que la evaluación de la incapacidad de las pensiones FONAS (a las que hay que entender se refería este precepto reglamentario al decir «asistenciales»^[1140]) era más flexible que el baremo aplicable a las pensiones no contributivas.

La voluntad del legislador de que tal proceso de sustitución tuviese lugar puede [Las expectativas oficiales de sustitución de prestaciones.](#) apreciarse en múltiples referencias del proceso legislativo que dio lugar a la Ley 26/1990, basta citar el siguiente resumen de las cifras de beneficiarios previstas por el Gobierno en la documentación que entregó al Congreso de los Diputados^[1141]: en cuanto a las pensiones por vejez e invalidez, de los más de setecientos mil beneficiarios previstos, casi el 79 por ciento se estimaban serían beneficiarios existentes de antiguas prestaciones; y en cuanto a los cuatro millones ochocientos mil posibles perceptores de las prestaciones por hijo a cargo, la cifra estimada de beneficiarios que únicamente transformarían su prestación superaba el 80 por ciento. La incompatibilidad de las pensiones FONAS y los subsidios LISMI con las prestaciones no contributivas se regula en una disposición transitoria precisamente por el hecho de que se trataba de prestaciones destinadas a extinguirse, ya que el mero transcurso de tiempo hará que se

[1139] El importe de las prestaciones del FONAS y del Subsidio LISMI de Garantía de Ingresos Mínimos representa en el 2001 el 34,57% del Salario Mínimo Interprofesional, se ha desandado así el anterior camino de revalorizaciones ascendientes: en el período de 1982 a 1988 estas prestaciones pasaron de un valor equivalente al 19,33% del SMI al 39% del SMI. Sobre esta evolución véanse los datos facilitados por el gobierno en el BOCG, serie D, núm. 186 de 11 de mayo de 1988, y el debate de la Comisión de Presupuestos en la sesión de 24 de octubre de 1986 Diario de sesiones del Congreso, núm. 24 de 1986; el objetivo era cumplir con las previsiones de la LISMI que establecía que en 1991 (diez años después de promulgada la Ley) el importe debía ser equivalente al 50% del SMI

[1140] GZORTEGA, 1992, página 236.

[1141] CONGRESO, 1989, página 868.

vayan extinguiendo los beneficiarios de las antiguas prestaciones que puedan optar^[1142] entre las mismas, y -por consiguiente- los supuestos de aplicabilidad de esta disposición irán disminuyendo.

A pesar de que la disposición transitoria sexta LGSS que acabamos de examinar lleva por título: «incompatibilidades de las prestaciones no contributivas», no debe tomarse este enunciado en sentido omnicompreensivo, ya que no hallaremos en ella todas las reglas que disciplinan este aspecto de la incompatibilidad de prestaciones, sino únicamente las que tienen el antedicho efecto transitorio. En el art. 187 LGSS se establece la incompatibilidad entre las asignaciones por hijo a cargo y las pensiones no contributivas, limitándose tal incompatibilidad a las asignaciones de mayor cuantía, esto es, las pagadas a hijos mayores de dieciocho años y con un grado de minusvalía del 65 por ciento o superior. Si se solicitan ambas prestaciones los interesados deberán de común acuerdo escoger una de ellas, y si tal acuerdo no es posible prevalece la pensión no contributiva solicitada por el hijo o en su nombre^[1143]. Dado que los requisitos y las reglas de cálculo de una y otra prestación son bastante distintas, no puede establecerse un criterio uniforme acerca de cual es la prestación que más puede convenir conservar entre las dos, especialmente por lo que se refiere a la repercusión que la evolución futura de los ingresos del beneficiario y de sus familiares pueda tener en la prestación que decidan conservar según el mutuo acuerdo o la subsidiaria preferencia que se establece en el art. 18 RPNC.

Las pensiones son incompatibles con las asignaciones por hijo a cargo.

Esta regla de incompatibilidad presenta como característica especial que se hacen incompatibles dos prestaciones que pueden ser percibidas por distinto beneficiario, ya que las asignaciones por hijo a cargo son percibidas normalmente por los padres o tutores^[1144] que tienen el hijo a cargo suyo porque vive a sus expensas, incluso cuando el hijo -aunque minusválido- es mayor de edad y tiene plena capacidad de obrar; mientras que el derecho a una pensión no contributiva se reconoce al propio discapacitado o al anciano, incluso si se hallase viviendo a expensas de otra persona. El hecho de que se declare incompatible la percepción de ambas prestaciones supone que

La incompatibilidad entre distintos beneficiarios.

[1142] De acuerdo con el art. 18.1 RPNC la consecuencia de la incompatibilidad es que el beneficiario debe optar por una de las prestaciones.

[1143] Segundo párrafo del art. 18.2 RPNC, y tercer párrafo del art. 8.2 del Real Decreto 356/1991, de 15 de marzo (BOE de 21-mar-1991). La mención que se realiza en este último artículo a la prevalencia de las pensiones FONAS derivadas de la Ley 45/1960 es una norma transitoria, «en su caso» aplicable a quienes aún conserven dichas prestaciones a título personal; estas pensiones son claramente de inferior importe a las otras dos, si bien su concesión y mantenimiento obedece a reglas distintas que pueden interesar al beneficiario.

[1144] Salvo el especial supuesto de huérfanos absolutos o que hayan sido abandonados por sus padres, previsto en el art. 184.3 LGSS, en el que se percibe la asignación que «hubiera correspondido a sus padres».

se difumina la contingencia de las asignaciones: «tener un hijo a cargo», pasando los padres a ser mera persona interpuesta en la tutela dirigida a quien en realidad se quiere proteger: el hijo el discapacitado. Si éste último percibe una pensión se excluye la posibilidad de que, por hallarse a cargo de los padres, puedan percibir éstos una asignación; aunque se da una cierta contradicción argumental: para calcular la pensión no contributiva del hijo la ley considera que todos los ingresos de los padres se hallan disponibles para el hijo, cuya pensión puede verse reducida precisamente porque puede vivir 'a cargo de' los ingresos de sus padres, y -simultáneamente- se niega a los padres la posibilidad de recibir una prestación por tener 'a cargo a' un hijo. En último término, ello significa que -aunque en todo caso se van a pagar a los padres- las asignaciones se dan en el caso de minusválidos mayores de edad no tanto a los padres en razón de tener hijos a cargo, como a los hijos por razón de estar a cargo de los padres; es desde esta concepción de fondo que puede comprenderse que se instaure la incompatibilidad entre pensión del hijo y asignación a los padres. La especial regla contenida en el tercer párrafo del art. 18.2 RPNC mediante la cual excepcionalmente se prorrogan los efectos de la pensión no contributiva hasta que se produzca el abono de la asignación por hijo a cargo, no hace sino reafirmar esa unidad de la protección dispensada por ambas prestaciones^[1145].

En cuanto a la relación entre las pensiones no contributivas y las otras prestaciones de la Seguridad Social distintas de las anteriormente examinadas, en la Sección segunda (Régimen general de las prestaciones) del Título II (Régimen General de la Seguridad Social) se halla el artículo 122 LGSS que regula con carácter general la incompatibilidad de las pensiones previstas en dicho Título y el derecho de opción entre las mismas^[1146], siendo aplicable -en principio, y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá- a las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación en su posible concurrencia con otras pensiones que pudiese percibir el mismo beneficiario. Esta regla de incompatibilidad, aunque formulada aparentemente en términos muy generales, tiene un alcance limitado, no sólo porque según se dice el propio art. 122 LGSS es admisible cualquier tipo de excepción -incluso las formulada reglamentariamente-, sino también porque afecta exclusivamente a las pensiones del Régimen General, como repetidamente ha recordado

Reglas general
y específicas
de
incompatibilida
d.

[1145] Las asignaciones por hijo a cargo no se pagan hasta el trimestre siguiente a su petición (art. 13 del Real Decreto 356/1991, de 15 de marzo; BOE de 21-mar-1991), mientras que normalmente (art. 19 RPNC) la extinción de una pensión no contributiva se produce el último día del mes en el que se produzca la causa de extinción de la misma..

[1146] En el inciso final del apartado 1 de este artículo 122 LGSS se establece que el interesado deberá optar por una de las pensiones incompatibles, sin precisarse -dicho sea de paso- preferencia alguna en caso de que el interesado guardase silencio, en cuyo caso deberá la entidad gestora conservar el pago de aquella que razonablemente pueda considerarse mejor para el beneficiario, para lesionar al mínimo su derecho.

la jurisprudencia^[1147] que ha insistido en que no puede realizarse una interpretación extensiva de las normas que limiten la concurrencia de prestaciones; quedan por consiguiente fuera del ámbito de la incompatibilidad del art. 122 LGSS las prestaciones que no sean pensiones, y todas aquellas que no hubiesen sido concedidas dentro del Régimen General^[1148]. Sin embargo, algunas prestaciones tienen reglas específicas en cuanto a su compatibilidad con las prestaciones que puedan concederse por la Seguridad Social -y por tanto, con las pensiones no contributivas-, por ejemplo: las pensiones del SOVI, que la disposición transitoria séptima LGSS condiciona al hecho de que quienes las deseen no puedan obtener otras pensiones^[1149]; o las pensiones derivadas de actos de terrorismo que tienen un régimen específico de incompatibilidad^[1150] que sintéticamente puede describirse como de incompatibilidad con otras extraordinarias por la misma causa, y de compatibilidad con cualquier prestación ordinaria; o las indemnizaciones baremadas por invalidez permanente, que se regulan en el artículo 152 LGSS^[1151]. Como expusimos al hablar del Registro de Prestaciones Sociales Públicas, existen actualmente ciento veinticinco entidades distintas que se hallan 'registradas' como prestatarias de protección social, cada una de las cuales proporciona un elenco de prestaciones distintas, con su propio régimen jurídico -que puede incluir normas de incompatibilidad-, como las que acabamos de citar a título de ejemplo.

Además de lo anterior, la concurrencia entre una pensión no contributiva y otra prestación deviene de hecho muy difícil -pero no imposible- por la existencia del requisito de que el beneficiario de una pensión no contributiva no perciba ingresos -incluidos los de carácter prestacional- de cuantía igual o superior al importe de la pensión (art. 144.1.d) LGSS); de forma que si el interesado obtiene una prestación, aunque sea teóricamente compatible con la pensión, ésta disminuirá o se extinguirá (145.2 y 144.6 LGSS). Aunque el efecto de esta norma sea el de dificultar o impedir el disfrute cumulativo de dos prestaciones, tal efecto no debe ser calificado propiamente

La incompatibilidad y la subsidiariedad.

[1147] STS de 24-jul-1992 (Ar. 5658); 21-sep-1992 (Ar.6797); 18-dic-1992 (Ar.10341), entre otras.

[1148] En la STS de 22-abr-1997 (Ar.5864) se precisó -rectificando la anterior jurisprudencia seguida desde la STS 27-jun-1995 (Ar.5368)- que a las pensiones concedidas al amparo de regímenes posteriormente integrados en el General no se les aplica esta norma de incompatibilidades, sino su propio y originario régimen jurídico, como prevé la disposición transitoria primera LGSS.

[1149] Pero sí son compatibles las pensiones del SOVI con prestaciones que no sean pensiones, por ejemplo: las asignaciones por hijo a cargo. STS 13-feb-2001 (AL.1107).

[1150] Real Decreto 851/1992, de 10 de julio (BOE de 1-ago-1992); Real Decreto 1576/1990, de 7 de diciembre (BOE de 8-dic-1990); y Real Decreto 673/1992, de 19 de junio (BOE de 30-jun-1992).

[1151] Un ejemplo en el que utilizando analógicamente la compatibilidad del art. 152 LGSS se aplica como regla especial «porque las pensiones responden a situaciones distintas y tienden a subvenir distintas situaciones de necesidad originadas por merma en la capacidad laboral» STS de 21-jun-1999 Ar.5225.

como de incompatibilidad, sino de subsidiariedad; la diferencia es clara: en la incompatibilidad el interesado tiene -y conserva- el derecho a dos prestaciones entre las cuales debe optar, el efecto de subsidiariedad impide el acceso al derecho a percibir una prestación en la medida en que el interesado disfruta de otro derecho.

El problema que se plantea a continuación es cual de los dos criterios de relación entre prestaciones (incompatibilidad o subsidiariedad) debe aplicarse preferentemente, en alguno de los posibles supuestos posibles siendo pensionista no contributivo con posibilidad de acceso a una posterior prestación contributiva, o viceversa. Si se considera prevalente la norma de incompatibilidad como la que expresa el art. 122 LGSS significa que la persona interesada tiene libertad absoluta para escoger una de las dos posibles prestaciones, pero que sea cual sea la prestación que escoja -la contributiva o la no contributiva- debe renunciar a la otra, ya que en esto consiste precisamente la regla de la incompatibilidad y su tradicional regla adjunta acerca de la opción que figura en el último inciso del art. 122.1 LGSS; por el contrario, si se considera prevalente por razón de especialidad la norma de subsidiariedad implícita en el sistema de cálculo diferencial de las pensiones contenida en el art. 145.2 LGSS, significa que puede obtenerse en primer lugar la pensión contributiva, y que tal pensión cercenará en su exacta cuantía el derecho a la pensión no contributiva. Es decir, la primera interpretación -la que coloca en primer lugar la incompatibilidad- supone que la segunda norma no puede aplicarse, y con ella también la mención al cómputo de las rentas de naturaleza prestacional (art. 144.5 LGSS); mientras que la segunda interpretación -aplicar primeramente la subsidiariedad- logra el objetivo de la primera norma: evitar el disfrute simultáneo de los dos derechos- pero mediante el indirecto camino del cómputo total de los ingresos del beneficiario, esto es: la subsidiariedad de las pensiones no contributivas. Esta segunda interpretación es, pues, la única que permite la finalidad de ambos preceptos, y por ello ya debería ser preferida, aunque existe para ello también el argumento de especialidad, como veremos a continuación.

Debe determinarse la prioridad entre incompatibilidad y subsidiariedad.

El efecto de subsidiariedad que proporciona el cálculo diferencial del importe de las pensiones no contributivas no puede en ningún caso confundirse con el de incompatibilidad que acabamos de ver, que no tan sólo es distinto sino que impide la eficacia de la subsidiariedad. Aplicando primordialmente la regla de la incompatibilidad, una persona primeramente beneficiaria de una pensión (como viudedad, o incapacidad permanente total^[1152]) no podría -siguiendo el art. 122.1 LGSS- solicitar posteriormente una pensión no contributiva porque ambas son pensiones y se hallan en los que la LGSS llama Régimen General; por el contrario, podemos considerar que los artículos 144.6 y

La subsidiariedad como regla especial.

^[1152] Un ejemplo en el que se admite que una pensionista de viudedad puede solicitar una pensión no contributiva en la STS de 8-jun-1995 (Ar.4770), aunque finalmente no le es concedida por sobrepasar el límite máximo de ingresos.

145.1 LGSS contienen una regla especial que fue introducida en el texto de la LGSS a partir de la Ley 26/1990, y que esta regla debe prevalecer sobre el texto del artículo 122 por dos razones: a) por cuanto es posterior, ya que el texto del art. 122 LGSS proviene sin modificación alguna del art. 91 de la Ley de Seguridad Social de 1966, y b) porque la Ley 26/1990 contenía la habitual clausula genérica de derogación de toda disposición que se le opusiera de alguna forma; en consecuencia, debe primordialmente aplicarse este precepto: un pensionista contributivo puede posteriormente -en la medida que no alcance el nivel de ingresos suficientes y cumpla los demás requisitos- solicitar una pensión no contributiva que le será pagada únicamente por lo que le falte para alcanzar el citado nivel de ingresos. La subsidiariedad con que se va a pagar la pensión no contributiva consigue que no se perciba simultáneamente el importe de las dos pensiones, es decir: un indirecto efecto de incompatibilidad, que no se limita al Régimen General como el art. 122 LGSS, sino que además tal efecto se extiende para todo tipo de prestaciones.

Aunque pueda suceder en muchos casos, no siempre el importe de una prestación pública contributiva debe ser superior al importe de las pensiones no contributivas. Por ello no sería admisible que eleváramos al rango de norma general lo que no es sino un caso frecuente: que el mecanismo de cálculo diferencial de prestaciones consigue un efecto de incompatibilidad tal que impide que en todo caso se perciba una pensión no contributiva por parte de quien ya es beneficiario de una prestación contributiva; ya que esta incompatibilidad práctica derivada de la subsidiariedad puede que sea sólo parcial^[1153]. Asimismo el interesado 'puede' ser que sea pensionista contributivo y subsidiariamente no contributivo, pero esto sucederá sólo si solicita efectivamente la pensión contributiva. Del hecho de que frente a una prestación contributiva la no contributiva sea subsidiaria, no puede deducirse que en todo caso deba solicitarse antes toda prestación contributiva existente^[1154]; ya que -como hemos argumentado en el análisis de las rentas computables- no existe en nuestro ordenamiento una obligación de solicitar con carácter previo a la petición de una pensión no contributiva cualquier otra prestación contributiva o asistencial posible, o de aceptar cualquier fuente de rentas de trabajo o de capital que hipotéticamente pudiera obtener el afectado, ni resultan

Las pensiones no deben solicitarse siguiendo un orden.

[1153] Como se afirma en la documentada tesis de RON, 2000, página 323, en relación a las pensiones de orfandad absoluta. Si bien debe matizarse de que son posibles otros supuestos como el señalado, y en la página 191 parece mantener una opinión distinta.

[1154] Dicho más gráficamente: el hecho de que se sirva agua a quienes no pueden tomar vino, no significa que no puedan beber agua más que aquellos a quienes no les está permitido paladear el vino.

relevantes las causas por las que el sujeto protegido ha llegado a la situación de necesidad^[1155].

Este criterio antedicho nos resultará útil para afrontar otro problema existente en la actualidad: la concurrencia de prestaciones que se articulan como subsidiarias de cualquier otra. Los poderes públicos han extendido a diversas prestaciones la técnica de fijar el importe de una pensión o subsidio en cuantía diferencial respecto a los ingresos familiares; compiten^[1156] de esta forma para ofrecer y publicitar una ayuda al máximo número de personas con el mínimo coste presupuestario. Como consecuencia de ello, en una familia con ingresos económicos escasos podrán diversos de sus miembros solicitar prestaciones que se quieren subsidiarias unas de otras: un ejemplo podría ser una familia en la que uno de sus miembros solicitase una pensión no contributiva, y otro una renta de inserción autonómica (como la del PIRMI en Cataluña^[1157]), se plantea la duda en caso de haberse solicitado ambas prestaciones cual es más subsidiaria que la otra, es decir, qué administración debe pagar íntegramente la prestación, y qué otras tienen derecho a reducir el importe de la prestación concedida minorándola con los ingresos que a la unidad familiar se incorporan con la concesión de la primera. No existe una norma jurídica de coordinación de las distintas ofertas de protección social, y cuando las prestaciones se configuran como subsidiarias de otros ingresos -e indirectamente incompatibles con otras prestaciones- se limitan a referirse al conjunto de ingresos familiares sin mayores especificaciones, por lo que no hay una respuesta concluyente. A nuestro entender, no existe ontológicamente una prestación que deba ser preferida a otra, por lo que debería ofrecerse^[1158] a los interesados que, de mutuo acuerdo, fuesen quienes -tras evaluar las ventajas e inconvenientes de su opción-

[1155] Como -erróneamente, a nuestro parecer- se ha argumentado en alguna ocasión en *obiter dicta* acerca del carácter «vicarial o subsidiario» de las prestaciones no contributivas: STSJ de Galicia, de 31-may-1996 (Ar.2215); STSJ de Castilla y León -Valladolid, de 20-abr-1993 (Ar.2095).

[1156] Concurren y compiten en un mercado especial: el de votantes, como puede verse en este ejemplo: poco después de implantarse las pensiones no contributivas, un político autonómico responsable de las prestaciones asistenciales criticaba en una comparecencia parlamentaria el mecanismo del importe diferencial preguntándose « ¿pero crea derechos para los ciudadanos la Ley de Pensiones No Contributivas, cuando hace depender la pensión del abuelo o del disminuido de lo que cobran sus hijos o sus padres? » considerando que dicha Ley era «retrógrada y mala»; simultáneamente implantaba una renta de inserción autonómica en la que el importe de la prestación también se calculaba mediante un sistema diferencial respecto a los ingresos familiares (que -aunque era más matizado- provocaba similares inconvenientes), al que loaba y publicitaba con el mismo fervor con el que atacaba la oferta protectora de sus rivales. (*Diari de Sessions del Parlament de Catalunya*, Serie. C, núm. 251, 16-oct-1991.)

[1157] Regulada por la Ley catalana 10/1997, de 3 de julio (DOGC 17-jul-1997), y desarrollada mediante el Decreto 306/1998, de 1 de diciembre (DOGC 11-dic-1998)

[1158] No existe un mandato que explícitamente obligue a realizar tal oferta más que la genérica obligación de eficacia y coordinación de las Administraciones afectadas(art. 103.1 CE): ofrecer tal opción es más rápido y esclarecedor que el vaivén de correcciones de importe que resultará si inicialmente se concediese por importe reducido la que se desea íntegra, y tras la renuncia a la anteriormente existente tuviera que corregirse al alza la anterior concesión.

decidieran qué prestación desean percibir íntegra y a qué otras prestaciones diferenciales se renuncia total o parcialmente; y si no hay acuerdo entre los familiares afectados, la primera prestación diferencial concedida entendemos es la que debe reducirse en su importe por el advenimiento de posteriores ingresos de naturaleza prestacional.

Relacionado también con las situaciones de incompatibilidad y subsidiariedad existe un supuesto que merece ser aclarado: el artículo 6 del Real Decreto 1647/1997^[1159] establece que «no se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, cualquiera que sea la contingencia que las origine, cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga cumplidos sesenta y cinco años de edad y reúna todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social».

La jubilación no contributiva no es alternativa a la incapacidad permanente.

Este artículo se refiere a pensiones en la modalidad contributiva -las únicas que se denominan de 'incapacidad', las no contributivas siguen siendo de 'invalidez'-, pero puede surgir la duda de si la jubilación que el artículo establece como derecho prioritario y, por consiguiente, obstativo para el acceso a una pensión de incapacidad, es únicamente la pensión contributiva de jubilación o también debe contemplarse la pensión de jubilación en su modalidad no contributiva, ya que indiscutiblemente ambas se hallan dentro de «el sistema de la Seguridad Social» al que se refiere el precepto que comentamos. A pesar del tenor literal de este precepto -que, recordemos, data de 1997- parece poco razonable que se niegue el derecho a cualquier pensión de incapacidad proponiendo como alternativa una pensión como las no contributivas que no tan sólo pueden ser de importe mucho menor, sino que su continuidad y cuantía depende de factores como los ingresos familiares del interesado que son muy diversos a los de la incapacidad permanente que se deniega. Para el correcto entendimiento de este precepto debe ponerse en relación con la norma de la que es desarrollo: el art. 138.1 LGSS, en cuyo segundo párrafo hallamos una regla similar introducida en 1997^[1160], pero con una importante diferencia: en la LGSS no se menciona la edad de 65 años, sino «la edad prevista en el apartado 1.a) del artículo 161 de esta Ley» y tal edad, con independencia de su guarismo, es la edad no para causar todo tipo de jubilación sino la exigida para causar la jubilación en la modalidad contributiva de pensiones, lo que nos proporciona el criterio para interpretar que la voluntad del legislador -aunque con deficiente técnica legislativa- era referirse a la jubilación en tal modalidad como alternativa a las pensiones por incapacidad permanente; de forma que, como algún

[1159] Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre (BOE de 13-nov-1997), que desarrolla algunos preceptos de la ley 24/1997, de 15 de julio.

[1160] Por la Ley 24/1997, de 15 de julio (BOE de 16-jul-1997).

autor ya había señalado^[1161], debe interpretarse que cumplidos por el interesado los sesenta y cinco años, la pensión por incapacidad permanente únicamente es subsidiaria de la jubilación en su modalidad contributiva y no de toda pensión que pueda otorgarse por tal contingencia.

Las relaciones entre prestaciones de la Seguridad Social no se limitan a las incompatibilidades, de forma que la percepción de una de ellas dificulte o impida la percepción de otra. Por el contrario, la percepción de una pensión no contributiva favorece en ocasiones el acceso del pensionista a otras prestaciones de nuestro sistema de Seguridad Social; tal es el caso de quienes al percibir una de estas pensiones son considerados en situación asimilada al alta a efectos de causar una pensión contributiva para la que se exige que el causante se hallase en situación de alta o asimilada^[1162]; asimismo, la condición de pensionista de la Seguridad Social que adquieren quienes perciben una de estas prestaciones no contributivas comporta el derecho propio -y los familiares que de él dependan- de acceder a la asistencia sanitaria del sistema, como recuerda el art. 15 RPNC, dentro de la cual percibirán las prestaciones farmacéuticas en las mejores condiciones que el sistema reserva hoy para los pensionistas; a ello puede añadirse el acceso a los servicios sociales o a cualquier otro beneficio social de los previstos para tales pensionistas.

[1161] En tal sentido: GOERLICH, 2000, página 708..

[1162] Un ejemplo en la STS 26-oct-1998 (Ar.9304).

10.- LA REVISIÓN JUDICIAL DE LA GESTIÓN

Contra las resoluciones de tales entidades gestoras^[1163] en relación a las pensiones no contributivas cabe recurso ante la jurisdicción social, como recuerda el art. 24 RPNC, una vez cumplida la correspondiente reclamación administrativa previa, pudiendo revisar la jurisdicción social todos los aspectos relativos a estas pensiones. En especial, en cuanto a la determinación del grado de minusvalía ha existido una abundante litigiosidad derivada del hecho de que el grado de minusvalía reconocido en base al mismo baremo puede servir para obtener diversas prestaciones u otras ventajas sociales. La jurisprudencia del Tribunal Supremo^[1164], así como la de la sala especial de conflictos del mismo Tribunal^[1165], sentaron la doctrina de que si tal grado se estableció antes de la Ley 26/1990, su finalidad era la obtención de una prestación LISMI, por lo que la jurisdicción competente era la contencioso-administrativa como se indicaba en el art. 46 del R.D. 383/1984^[1166]. Quedaba así claro, por una parte, que la jurisdicción social únicamente podía revisar el grado de minusvalía cuando la determinación del mismo hubiera sido un trámite más en el procedimiento para la obtención de una prestación de Seguridad Social; pero también se rechazaron^[1167] las posturas que pretendían que todas las valoraciones de grado fuesen revisables únicamente en la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que no era admisible que el orden social de la jurisdicción quedase relegado «a un pero papel servil o subordinado». En consecuencia, se afirmó que correspondería al orden administrativo la revisión del grado en el caso de que se solicitase la certificación del mismo directamente para poder beneficiarse de las ventajas fiscales que se otorgan a quien tenga reconocida la condición de minusválido, u otras ventajas sociales distintas de una prestación de Seguridad Social, como recordaba el ATS de 22-mar-2000^[1168] en un caso en que se solicitaba de una Diputación Provincial una ayuda para prótesis y para atender otros gastos derivados de su invalidez, cuestiones distintas, por consiguiente, a una solicitud de prestación de Seguridad Social.

La jurisdicción competente es el Orden Social.

[1163] No obstante el origen estatal de tales fondos, la entidad gestora competente para ordenar el pago es la autonómica correspondiente y no la Tesorería General de la Seguridad Social, que es el servicio común de administración financiera. Por ello, la jurisprudencia ha establecido que la TGSS carece de legitimación pasiva en las controversias relativas a la concesión de tales prestaciones. STS de 3-feb-1996 (Ar.845); STS 23-abr-1996 (Ar.3399).

[1164] STS de 27-ene-1993 (Ar.278), y STS de 3-may-1995 (Ar.5353), entre otras.

[1165] ATS de 22-jun-1999 (Ar.5875).

[1166] Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero (BOE de 27-feb-1984).

[1167] STS de 23-feb-1996 (Ar.1502); STS de 20-jun-1998 (Ar.5474), entre otras.

[1168] ATS/SECC 22-mar-2000 (núm. 50/99).- Ponente Maurandi Guillén (no publicado en BDA); el texto en: SALINAS, 2000, páginas 74 a 76.

En los casos en los que el interesado solicitaba únicamente que se evaluase su grado de minusvalía, sin especificar ninguna finalidad específica a la que pensase destinar la certificación de su discapacidad^[1169], varias sentencias^[1170] de Tribunales Superiores de Justicia autonómicos habían entendido que, en ausencia de toda relación con una pensión no contributiva -que es el elemento atractivo hacia la jurisdicción social-, quedaba únicamente el acto administrativo de valoración que se discutía, por lo que -en estos casos de ausencia de finalidad- la jurisdicción contencioso-administrativa era la competente para revisar el grado certificado. Contradiendo esta doctrina judicial anterior, una sentencia del Tribunal Supremo^[1171] se planteó cual era la jurisdicción competente cuando se pretende revisar el grado reconocido sin que tal pretensión viniera acompañada de forma complementaria por ninguna solicitud de prestación, afirmando la sentencia que corresponde la competencia al orden social. El art. 12 del R.D. 1971/1999, menciona únicamente la vía jurisdiccional social para impugnar las resoluciones sobre reconocimiento de grado efectuadas siguiendo el nuevo baremo, de ello el citado Auto de 22 de marzo del 2000 extrae la conclusión de que en el futuro únicamente la jurisdicción social será la competente; sin embargo puede dudarse de esta afirmación realizada *obiter dicta*, porque el artículo citado dice textualmente que contra tales resoluciones «los interesados podrán interponer reclamación previa a la vía jurisdiccional social de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de la Ley de Procedimiento Laboral», es decir: lo que exactamente se hace es recordar que existe una reclamación administrativa previa al acceso jurisdiccional para quienes deseen impugnar en el orden social de la jurisdicción una resolución que no les sea favorable, y esta reclamación se dice que es la prevista en la Ley de Procedimiento Laboral, a cuyo ámbito de aplicación habrá de estarse^[1172]; pero no se realiza con carácter general una atribución jurisdiccional, para lo que un Real Decreto carecería de rango suficiente. En consecuencia, entendemos que sigue en vigor la competencia del orden contencioso administrativo para las resoluciones relativas al grado de minusvalía no relacionadas con prestaciones de Seguridad Social u aspectos laborales, como podrían ser las que se

La revisión judicial del grado de minusvalía *ignota causa*.

[1169] En el modelo normalizado de solicitud de valoración del grado de minusvalía en el ámbito de la Administración General del Estado, que figura como anexo a la Orden de 2 de noviembre del 2000 (BOE de 17-nov-2000), no existe ningún apartado destinado a indicar la finalidad de tal solicitud.

[1170] STSJ de Asturias, de 20-abr-1992 (Ar.1915); STSJ de Castilla y León-Valladolid, de 21-feb-1995 (Ar.630); STSJ de Andalucía-Granada, de 16-ene-1996 (Ar.784); STSJ de Castilla y León-Valladolid, de 16-ene-1996 (Ar.55); STSJ de Castilla y León-Valladolid, de 16-abr-1996 (Ar.1991); STSJ de Canarias-Las Palmas, de 24-sep-1996 (Ar.2889), entre otras.

[1171] STS de 11-oct-1999 (Ar.7548).

[1172] El ámbito del orden social de la jurisdicción viene definido por el artículo 25 de la Ley orgánica del Poder Judicial (6/1985, de 1 de julio; BOE de 2-jul-1985), y por los artículos 1 a 3 de la Ley de Procedimiento Laboral (Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, BOE de 11-abr-1995). En el artículo 71 de esta última ley se impone la necesidad de una reclamación administrativa previa a la formulación de una demanda.

desea obtener a los efectos del IRPF, o para ventajas en el transporte público, o para obtener una reserva de aparcamiento, etc. Cuestión distinta -a propugnar de *lege ferenda*- es que una ley en la que se establezca la competencia del orden social para revisar en todo caso la aplicación del baremo de minusvalías sea deseable, tanto por razones de especialidad en un tema de elevado contenido técnico, como para aproximarse a la consecución de la finalidad enunciada en el artículo 1 del citado baremo de 1999 «de que la valoración y calificación del grado de minusvalía que afecte a la persona sea uniforme en todo el territorio del Estado», amén de la innegable superior celeridad que actualmente existe del orden social en la resolución de sus asuntos.

V- EPÍLOGO:

Tras el análisis crítico de las pensiones no contributivas que se ha realizado en las páginas que anteceden, se concluye este trabajo no con una recopilación resumida de las distintas proposiciones argumentadas en las páginas anteriores, inventariando cada una de las conclusiones parciales, las sugerencias, las críticas efectuadas, los problemas detectados y las soluciones que se proponen, sino con una reflexión sobre aspectos más globales de la incardinación de tales prestaciones en nuestro sistema legal y constitucional. Al concluir así nuestro trabajo prestaremos más atención a los aspectos financieros, por ser éstos mediante los cuales se tiende últimamente a segregar estas prestaciones y a sus beneficiarios a un espacio jurídico y económico singular, elevando a la categoría de naturaleza de las mismas lo que más bien son características variables^[1173].

1. PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS: JUSTIFICACIÓN DE ESTA CALIFICACIÓN

1.A: LAS DISTINTAS ACEPTACIONES DE LA TERMINOLOGÍA USADA

a) La denominación como pensiones

Dentro del conjunto de prestaciones que la ley instituye como destinadas a prevenir, compensar o reparar las consecuencias de unos riesgos que pueden afectar a los integrantes de una sociedad, se denominan tradicionalmente como 'pensiones' los pagos realizados para compensar una necesidad permanente de protección^[1174], mientras que las indemnizaciones económicas periódicas que protegen necesidades delimitadas temporalmente reciben habitualmente otras denominaciones como 'asignaciones' -cuando se trata de pagos únicos- o 'subsidios' -cuando son de tracto sucesivo-^[1175]. Como hemos visto anteriormente, tras un período en el que se podía dudar de ello, las llamadas Pensiones no Contributivas en el sistema español de Seguridad Social son prestaciones vitalicias, por lo que nada puede objetarse a que se las denomine como 'pensiones'; sin embargo, merece la pena observar que ello supone

La denominación como pensiones.

[1173] Alarcón, 1999, página 19, que considera que este atributo externo a la prestación: su financiación contributiva o no contributiva, no forma parte de la naturaleza de tales prestaciones; por ello, sólo a través de una licencia del lenguaje pueden clasificarse unas prestaciones atendiendo a tal 'naturaleza' contributiva o no contributiva como se realiza en el art. 86 LGSS.

[1174] DURAND, 1953, página 331, que afirma inspirarse en la terminología de Beveridge.

[1175] ALARCÓN, 1991, página 116.

que aceptamos que la causa principal de la protección otorgada son las situaciones de invalidez o de vejez, que son situaciones irreversibles: rotundamente en el caso de la edad, o cuando menos previsiblemente definitivas en el caso de la invalidez. Efectivamente, como hemos argumentado y sobre lo que volveremos posteriormente, estas son las contingencias que dan lugar a estas prestaciones, y no la carencia de rentas que pueda sufrir y pueda exigírsele al beneficiario como requisito adicional. La denominación de estas prestaciones nos indica, o cuando menos nos predispone a considerar, que se trata de 'pensiones' que se otorgan por padecer el estado estable de invalidez o una vejez, siempre que se cumplan unos requisitos más volátiles como la carencia de rentas; y no son 'subsidios' que se destinen primordialmente a garantizar unos ingresos mínimos, durante un limitado período en el que se careciera de ellos, a los sujetos que cumplan -entre otros- unos requisitos de edad o de minusvalía.

Que sean pensiones vitalicias quiere decir que el único hecho cierto -aunque incierto en el tiempo- que se halla previsto como causa de extinción de estas pensiones es el fallecimiento del beneficiario, mientras que los subsidios temporales tienen otros hechos ciertos, como una duración máxima cuantificada directamente por el legislador, o el cumplimiento de una edad, como causas de extinción de la prestación. No obstante la estabilidad que les confiere su carácter vitalicio, las pensiones no contributivas tienen en su régimen jurídico unas especiales características de inestabilidad debido a la presencia de otras causas de extinción atípicas en las pensiones vitalicias contributivas otorgadas ante las mismas contingencias; de acuerdo con el art. 144.6 LGSS, y los arts. 7 y 9 RPNC, los cambios en la calidad de residente legal, el traslado de la residencia fuera de territorio español, y el disponer de rentas suficientes, (además de la mejoría en la invalidez^[1176]), son causas de extinción de la pensión. Obsérvese que los cambios de residencia, de autorización administrativa de residencia, y los ingresos personales o de otros familiares son causas inciertas en cuanto a que puedan acaecer o no, e inciertas también en su evolución, y precisamente por su carácter variable se ha instituido un sistema periódico de declaraciones y de comprobación de requisitos, pero a pesar de este carácter variable son causas de extinción y no de suspensión de la pensión; por el contrario, en una pensión de jubilación contributiva la única causa de extinción de la pensión es una causa definitiva (el fallecimiento del beneficiario), y si se produce alguno de los hechos que impiden seguir percibiendo la pensión pero que son de incierta evolución, como el trabajo del pensionista o el desempeño de un alto cargo, se consideran como causas no de extinción sino de suspensión de la prestación; asimismo, en otras prestaciones se sigue el criterio de que las causas de extinción son las que pueda presumirse que son definitivas por su naturaleza, por ejemplo: el alta médica, que

Pensiones vitalicias, que fácilmente pueden extinguirse.

[1176] Esta causa -común a las modalidades contributiva y no contributiva de pensiones de invalidez- debe considerarse como definitiva, ya que el nuevo estado del interesado constatado tras una revisión debe reputarse tan presumiblemente definitivo como el anterior.

se presume definitiva, no así la negativa a seguir un tratamiento, que puede desaparecer a la sola voluntad del interesado. La presencia de los antedichos requisitos y la tajante consecuencia de extinción difuminan, en consecuencia, el carácter vitalicio de las pensiones no contributivas.

Esta naturaleza de pensión vitalicia va íntimamente ligada a un hecho que se destacó en la Exposición de Motivos de la Ley 26/1990 y que ha sido puesto de relieve desde el primer momento por todos quienes han analizado estas prestaciones^[1177]: el carácter de derecho subjetivo de las mismas. Las prestaciones que se conceden discrecionalmente o bajo condición de que exista suficiente dotación económica para ello, no son nunca pensiones vitalicias, sino asignaciones temporales, ayudas concretas, o -especialmente- subvenciones a los sujetos privados a los que se ha trasladado la responsabilidad y los conflictos derivados de la organización o la continuidad de la tutela de una situación de necesidad. Una prestación que se concede sin límite temporal tiene necesariamente como contrapartida que puede exigirse de la entidad gestora que provea los medios necesarios también sin más límite que el cumplimiento por parte del beneficiario de los requisitos que la ley establezca. No quiere esto decir que las prestaciones temporalmente limitadas sean graciabiles, ya que las asignaciones y subsidios temporales pueden corresponder -y así sucede con normalidad- a derechos subjetivos de los beneficiarios; ni tampoco puede hacerse derivar el derecho perfecto a la prestación con sus posibilidades de revisión y exigibilidad por vía jurisdiccional, del hecho de que tales derechos se hayan conceptualizado como pensiones; lo que queremos destacar es el engarce conceptual entre ambos aspectos, ya que existe una contradicción sustancial entre pensión vitalicia y prestación discrecional o unilateralmente condicionable por parte de quien la gestiona, ya que la presencia de alguno de estos elementos de aleatoriedad en la configuración jurídica de una prestación enerva el carácter vitalicio de la misma, para transformarla en prestación temporalmente incierta o limitada.

Pensiones vitalicias que son un derecho.

b) Los cuatro criterios de la no contributividad: financiación, concesión, cálculo, objetivo

En cuanto a la distinción entre prestaciones contributivas y no contributivas, existe una diversidad de posibles aproximaciones, ya que la no contributividad puede ser contemplada desde el sistema de Seguridad Social o desde la óptica del posible beneficiario; en el primer caso las pensiones serían no contributivas en la medida en que se financian al margen de las contribuciones (cotizaciones) que tradicionalmente ha constituido el principal recurso económico de este sistema, y en el segundo caso, serían prestaciones no contributivas en la medida en que su concesión y cálculo se hiciese sin considerar las cotizaciones aportadas por tal beneficiario o en su nombre. Considerar

Pensiones contributivas -o no- por su financiación.

[1177] Por todos, ESCUDERO, 1991, página 51

una prestación como no contributiva por su financiación nos enfrenta al hecho de que alguien debe en último término haber contribuido para que existan fondos para conceder las prestaciones; a ello debemos añadir que existen numerosos ejemplos en derecho comparado que hacen muy difícil definir un concepto rotundo de pensión en función de su fuente financiera; por ejemplo, la instauración de impuestos afectados a los fines de la Seguridad Social (como la Contribución Social Generalizada francesa^[1178]) puede difuminar la distinción entre ambas categorías haciendo más complicada la distinción entre fuentes de financiación^[1179], o cuando las cotizaciones destinadas a pensiones de vejez se pagan a las autoridades fiscales junto con el impuesto sobre la renta resultará que para el interesado será muy poco perceptible la diferencia entre ambas fuentes de financiación^[1180]; aparte de que también las cotizaciones tienen una naturaleza jurídica tributaria, igual que los impuestos (PÉREZROYO, 2000). A pesar de todo ello y de que podemos constatar que en la mayoría de países los sistemas contributivos reciben también parte de su financiación mediante impuestos, por lo que en puridad deberían denominarse 'predominantemente' contributivos, y reconocer la importancia de otras aproximaciones al concepto de contributividad, existen autores que consideran que el elemento esencial para definir una pensión como no contributiva es la forma de financiación, por lo que en último término «si un régimen de pensiones está subvencionado sustancialmente por los poderes públicos no se podrá considerar como régimen contributivo, aunque haya un vínculo entre prestación y cotización»^[1181]

Este último criterio mencionado, la relación entre prestación y cotización constituye otra vía de entendimiento de la contributividad o no de una pensión. Como decía GUY PERRIN^[1182], las prestaciones financiadas mediante cotizaciones y las financiadas mediante impuestos sólo se diferencian en realidad por la clase de contribuciones a las que se refieren, por lo que el criterio determinante no debe ser tanto la naturaleza de la financiación sino el que el derecho a las prestaciones dependa o no de una participación en forma de cotizaciones de las personas protegidas, de sus empresarios o de una forma de estancia profesional. Aunque este elemento estará relacionado con el sistema de financiación, son independientes, ya que es posible que un sistema pueda estar financiado básicamente mediante impuestos, pero las prestaciones del mismo pueden

Contributivas
-o no- por la
relación entre
prestación y
cotización.

[1178] Desde 1993; véanse los artículos 136.1 y siguientes del *Code de la Sécurité Sociale*.

[1179] Una aproximación al tema en el capítulo 6: *Standardised Terminology* en PIETERS, 1999.

[1180] Casos de Holanda, o Dinamarca hasta que en 1987 se integró tal cotización en el impuesto de la renta: PIETERS, 1991, que en la página 65 considera que entre las pensiones contributivas y no contributivas no existe una línea estricta de demarcación sino que son los extremos de una escala variable.

[1181] PIETERS, 1991, páginas 64 y 66.

[1182] PERRIN, 1991, página 55.

concederse únicamente bajo la condición o en proporción a los pagos de las cotizaciones que completan la financiación del sistema, o prescindiendo absolutamente de las mismas; y viceversa, un sistema de Seguridad Social puede sostenerse básicamente mediante cotizaciones pero sus prestaciones ser concedidas con independencia de las cotizaciones pagadas o en proporción a las mismas. Desde el punto de vista del beneficiario, la composición de las fuentes de financiación resultan irrelevantes, ya que lo que a él le afecta es si lo que recibe se le calcula mediante una función de lo que él ha aportado, ya que si no es así, contemplará la cotización únicamente como un impuesto más -que lo es, sólo que especialmente afectado-, ya que las variaciones o vicisitudes de las cotizaciones no repercutirán en su prestación, de la misma forma que la cuantía o sus débitos hacia la hacienda municipal pueden no afectar a prácticamente nada de lo que perciba del municipio (expresado gráficamente: las calles del municipio no se vuelven más anchas cuando pasan quienes pagan mayores impuestos municipales, ni deja de funcionar un semáforo cuando se detiene ante él un deudor de la hacienda local). Precisamente porque las fuentes de financiación y los criterios de concesión son parámetros distintos, la contributividad desde la óptica que ahora contemplamos -esto es, la relación entre prestación y cotización- puede establecerse en dos niveles distintos: en la del requisito obstativo que condiciona el acceso a la prestación, o en el cálculo de la misma, siendo naturalmente posible la presencia de ambos. Así, un sistema de protección que esté financiado básicamente o totalmente mediante las cotizaciones pagadas por los trabajadores, o sus empresarios, o por ambos -suponiendo que tal distinción sea relevante, que lo es poco-, puede conceder sus prestaciones únicamente a quienes hayan cotizado previamente un cierto tiempo, o prescindiendo totalmente de tal requisito; y las prestaciones concedidas pueden ser proporcionales a lo cotizado, o ser de cuantía uniforme, o establecerse en proporción al daño soportado, la edad del beneficiario, o cualquier otro criterio distinto a lo cotizado. En resumen, si consideramos que una prestación es o no contributiva en función de la relación entre lo concedido y los pagos anteriormente realizados, existirán dos subcategorías según apliquemos tal criterio a los requisitos previos, o al cálculo de la prestación concedida.

El criterio de no contributividad basado en la ausencia de vínculo entre la prestación y el soporte financiero de la misma, y, en especial, la ausencia de tal vínculo en cuanto a la fórmula de cálculo de tal prestación, nos lleva a observar que generalmente ello se traducirá en una ausencia de vínculo entre la prestación y los ingresos anteriores del beneficiario^[1183]; ya que las aportaciones que el mismo pueda haber hecho, o en su nombre puedan haberse hecho, acostumbran a guardar relación con tales ingresos, debido a que las contribuciones de todo tipo se pagan generalmente según la capacidad

Contributivas
-o no- por la
relación entre
prestación e
ingresos.

[1183] PIETERS, 1991, página 66

económica o cuando se realizan actos que ponen de relieve una determinada capacidad económica. Por ello se ha propuesto que, dada la complejidad del concepto de prestación 'no contributiva', la línea divisoria con las contributivas se realice siguiendo el criterio de si las prestaciones se conceden en función de los ingresos anteriores o si tales prestaciones son de cuantía uniforme, pudiéndose dividir a su vez éstas en dos grupos según si se sujetan o no a una específica prueba de recursos^[1184]. El criterio de no contributividad halla aquí su enlace con el de asistencialidad, muchas veces usado como sinónimo del anterior, puesto que si una prestación no va a sustituir unas rentas anteriores la alternativa es calcularla en función del grado de necesidad presunta o probada. En la propuesta de clasificación del catedrático noruego A. HATLAND que acabamos de citar, se consideraba que las prestaciones del último grupo (las uniformes no condicionadas por una prueba de recursos) podían ser garantizadas en función de criterios demográficos, como un estado o la edad; tal clasificación puede ampliarse así: por una parte, *a)* las prestaciones relacionadas con los ingresos anteriores; por otra, *b)* las otorgadas en función de criterios distintos a los ingresos; en ellas se incluyen no sólo las uniformes, sino: *b1)* las prestaciones uniformes, y *b2)* las variables; las prestaciones uniformes pueden: *b1')* hallarse condicionadas a la acreditación de que los recursos disponibles son escasos, o *b1'')* concederse sin requerir prueba de escasez de recursos; por su parte, las prestaciones variables pueden: *b2')* condicionarse y establecerse en función de una necesidad probada -como los recursos escasos-, o *b2'')* presumirse tal necesidad en función de otros criterios como los demográficos de edad, o estado^[1185].

De acuerdo con lo antedicho, vemos que calificar una prestación o un sistema de prestaciones como contributivo o no contributivo puede realizarse desde diversos criterios o puntos de vista. Ello supone que una prestación podría ser calificada como contributiva según un criterio y como no contributiva según otro punto de vista, produciéndose una aparente contradicción en cuanto a la naturaleza de la misma. En las propuestas de Beveridge de 1942 «Informe sobre el Seguro Social y los Servicios Afines» ya hallamos un precedente en el que se puede ver que la calificación sería distinta según el criterio de los antes enjuiciados que adoptemos, ya que proponía prestaciones uniformes: una «renta mínima precisa para la subsistencia» un«tipo uniforme de

Los distintos criterios pueden contradecirse y mezclarse.

[1184] HATLAND, 1991, página 102. DESDENTADO, 1991, páginas 272-273, considera que siempre son uniformes, aunque pueda existir un tramo variable que las complementa, y asume la misma dualidad institucional de prestaciones: las otorgadas a todos quienes se hallen en la contingencia (asignaciones de 'demograntía') y las condicionadas a carencia de recursos económicos.

[1185] Por ello una prestación como la de Gran Invalidez, legalmente calificada como contributiva en el art. 86 LGSS, y que lo es bajo todos los anteriores criterios (se financia por cotizaciones, se condiciona y se calcula de acuerdo con ellas) puede ser calificada como asistencial en la STS de 16 de mayo de 1990 (Ar.4345, y las en ella citadas); ya que no pretende restaurar la capacidad económica y contributiva anterior, ya que de esto último se encarga la pensión de invalidez absoluta, y el inválido puede superar con tal pensión sus ingresos anteriores, sino que se concede para paliar un estado físico de necesidad mediante un importe económico variable o una prestación en especie.

prestación... sin tener en cuenta ni sus ingresos previos ni el grado de su riesgo de desempleo o de enfermedad»; y tales prestaciones proponía se financiasen mediante cotizaciones de los trabajadores: «Según el proyecto de seguro social, que constituye el principal objeto de este plan, cada ciudadano en edad de trabajar contribuirá en su clase apropiada», cotizaciones de naturaleza mixta: «los sistemas británicos, tanto los actuales como los propuestos, obtienen los fondos en parte por una cotización única, que no guarda relación con los ingresos, y en parte mediante una contribución ajustada a la capacidad de pagar», complementadas por aportaciones estatales; y, por otra parte, estas prestaciones uniformes, que debían concederse sin un examen particular de la necesidad económica del beneficiario «por la fuerza de la objeción popular a cualquier tipo de test sobre los recursos materiales poseídos», se sujetarían a la condición de cotización previa puesto que «el principio contributivo [sic] implica la cotización durante un buen número de años»^[1186].

1.B: EL CONCEPTO DE CONTRIBUTIVIDAD EN LAS NORMAS LEGALES

Como ya se indicó anteriormente, en los estudios previos a la presentación del proyecto de ley de prestaciones no contributivas de 1990 se llegó a la conclusión de que a partir de las normas internacionales no era posible extraer una definición uniforme de las prestaciones no contributivas. Se afirmaba que «el confuso terreno en el que se mueve la distinción entre prestaciones contributivas y prestaciones no contributivas en los actuales estadios de evolución de las legislaciones trasciende, por supuesto, al ámbito internacional y es causa de la ausencia de rigor con que se afronta la determinación conceptual aludida en los textos internacionales»^[1187]. Se examinaron por el grupo de estudio, entre otros, el Convenio 157 de la OIT^[1188] que considera (art.1.n)) como de carácter no contributivo las prestaciones cuya concesión no depende ni de una cotización previa de las personas protegidas o de su empleador, ni del cumplimiento de

El criterio
contributivo en
normas
internacionales

^[1186] Sin perjuicio de que este sistema básico con elementos contributivos y no contributivos al que nos referimos se complementase con prestaciones de asistencia sujetas a un test de recursos para atender «con justicia compasiva y discreción» a quienes durante el período transitorio de implantación no reuniesen los períodos de calificación, o posteriormente porque «por muy general que sea un proyecto de seguro, algunos, por enfermedad física, no podrán nunca contribuir y otros pueden escaparse por entre los engranajes de cualquier seguro» BEVERIDGE, 1990, páginas 89 a 95, y 138. Cuando se pusieron en práctica sus recomendaciones las aportaciones del Estado fueron más importantes de lo previsto; y Beveridge admitió en 1945 la conveniencia de desplazar parte de la carga de cotizaciones al sistema impositivo, especialmente cuando el Estado fracasase en lograr el pleno empleo.

^[1187] GONZALO-ESTUDIOS, 1991; página 73.

^[1188] Adoptado en 1982, sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de derechos en materia de Seguridad Social; ratificado por España el 26 de julio de 1985 (BOE de 12-nov-1985). Similar definición en el art. 1.j) del Convenio 128 de la OIT, de 1967, no ratificado por España.

un período de actividad profesional; y el Convenio Europeo de Seguridad Social^[1189] (art.1.y)) del Consejo de Europa que completa la anterior definición con la simétrica referida a las prestaciones contributivas, que serán las que, alternativamente, su concesión dependa de una cotización previa, o de un período de calificación de actividad profesional., si bien únicamente un subgrupo de éstas son excluidas de las normas de coordinación: las concedidas a quienes no puedan ganarse su sustento por razón de su estado de salud, a quienes no puedan beneficiarse de las prestaciones 'normales', y las concedidas en concepto de socorro o por un estado de necesidad. Podemos añadir que este criterio de inaccesibilidad a una prestación 'normal', así como el de prestaciones sostenidas totalmente con fondos públicos son los adoptados en el art. 24 del Estatuto de los Refugiados de 1951^[1190]; criterios diferenciadores de prestaciones estos últimos que también hallaremos en el art. 6.1 del Convenio 97 de la OIT; y que otros Convenios de la OIT, como el número 128, definen la distinción entre prestaciones contributivas o no contributivas como aquellas cuya concesión dependa o no de una participación financiera directa -es decir, una cotización- o de un período de actividad profesional, sin que tal vinculación entre concesión y cotizaciones anteriores implique también una relación entre dichas cotizaciones y el cálculo de la prestación, ya que ésta puede establecerse (arts. 26 y 27) sea en función del salario anterior del interesado, sea como importe uniforme, sin perjuicio de otros factores que se prevé puedan modificar el importe pagado como las cargas familiares, la región donde se resida, o las otras rentas de la familia del beneficiario. Resumiendo: en las normas internacionales podemos hallar ejemplos en los que se usan los criterios de financiación, de concesión, y de asistencialidad.

En la LGSS no existe una definición expresa de lo que debe entenderse por prestaciones contributivas o no contributivas. Las referencias a tal concepto son por una parte, y mayoritariamente, de tipo meramente enunciativo en los artículos que regulan el detalle de cada una de las prestaciones que así se califican, por ejemplo, cuando se dice en el art. 161 LGSS «tendrán derecho a la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, las personas...», o con idéntico enunciado inicial pero con mención a la 'modalidad no contributiva' en el art. 167.1 LGSS; con la misma finalidad enunciativa que tienen los diversos títulos que encabezan secciones y subsecciones de la ley, por ejemplo los títulos de subsección que anteceden a los artículos 47 y 52 de la Ley. En las normas que se refieren a aspectos más generales de la acción protectora, el artículo 114 LGSS, con una

La calificación explícita como prestaciones no contributivas en la LGSS.

[1189] De fecha 14 de diciembre de 1972, número 78 de los del Consejo de Europa; ratificado por España el 24 de enero de 1986 (BOE de 12-nov-1986).

[1190] Ratificado el 22 de julio de 1978 (BOE de 21-oct-1978).

equivoca excepción^[1191], remite al artículo 38 de la misma Ley que enumera la acción protectora del sistema con los mismos enunciados con los que posteriormente se regulan las prestaciones, sin añadir más precisiones. Es en el artículo 86 LGSS donde podemos hallar una clasificación de todas las prestaciones de nuestro sistema de seguridad Social clasificadas entre las que «tienen naturaleza contributiva» y las que «tienen naturaleza no contributiva»; sin embargo, tal clasificación se advierte que se realiza «a los efectos previstos en el párrafo anterior», es decir, a los efectos de determinar las fuentes financieras que deben proveer los recursos necesarios para cada uno de estos grupos^[1192], por lo que, en primer lugar, no debería extrañarnos que el criterio adoptado para diferenciar entre prestaciones contributivas y no contributivas fuese el origen financiero de sus fondos; y, en segundo lugar, que pueda alegarse que la clasificación siguiendo este criterio no es generalizable. Aún así, podemos ver que en tal artículo 86 LGSS se consideran prestaciones contributivas las que se nutren «básicamente» (por tanto, no exclusivamente) mediante cuotas, recargos y sanciones, rentas patrimoniales, un indeterminado y amplio «cualesquiera otros ingresos» y las aportaciones del Estado; y entre las prestaciones no contributivas se incluyen las asignaciones por hijo a cargo: todas, incluidas las otorgadas en virtud de la expresamente denominada modalidad contributiva de los arts. 180 y 181 LGSS, lo que es comprensible desde un punto de vista material, pero formalmente sorprendente. En consecuencia, esta mixtura financiera sólo nos permitiría describir tales bloques prestacionales descritos en el art. 86 LGSS como mayoritariamente o tendencialmente contributivos o no contributivos en su financiación. Y es que así debe ser por dos razones: la primera, es que -como ya se ha dicho- no existe ninguna diferencia relevante entre la financiación mediante impuestos o mediante cotizaciones, ya que ambas fuentes son tributarias, aunque con diferencias en los sujetos pasivos -es decir en la amplitud de su efecto solidario-, y en su afectación a unos gastos determinados; la segunda e importante razón es que no puede instituirse en modo alguno que las prestaciones calificadas de contributivas no puedan ser 'mantenidas' con cargo a recursos generales

[1191] Dice el art. 114.1 LGSS «La acción protectora de este Régimen General será, con excepción de las modalidades de prestaciones no contributivas, la establecida en el artículo 38 de la presente Ley», pero el artículo 38 sí enumera las prestaciones no contributivas, y las prestaciones no contributivas sí siguen en el Título II de la Ley. Debe entenderse esta excepción. que no es tal. como el residuo de un intento frustrado de extraer las prestaciones no contributivas del Régimen General; como se explican en su memoria los redactores del proyecto que dio lugar al actual texto refundido (MEMORIA-LGSS, 1993, página 106), propusieron que este artículo se refiriese sólo a la modalidad contributiva «para excluir del mismo a las prestaciones no contributivas que, como es sabido, no forman parte de éste ni de ningún otro régimen», propuesta que podía considerarse lógica, pero para la que -opinamos aquí- no contaba el refundidor con soporte normativo suficiente.

[1192] En consecuencia, se viene a decir: se financiarán con impuestos las prestaciones no contributivas, que son contributivas porque se financian con impuestos.

provinientes de los presupuestos públicos, ya que tal mantenimiento viene constitucionalmente obligado por el art. 41 CE^[1193].

Constatada la polisemia de la expresión 'no contributiva', podemos aceptar que en el estadio actual del Derecho de la Seguridad Social tal calificación deviene insuficiente si no va acompañada de más precisiones, y reconocer que la contributividad, esto es: las relaciones entre lo que se aporta y lo que se recibe de un sistema de protección social, presenta diversas facetas. La expresión paralela de 'no contributividad' presentará las mismas facetas como mínimo, o más amplias, en la medida que todo lo que se define por negación conlleva un espacio conceptual de indeterminación; al calificar una prestación como 'no contributiva' realizamos una afirmación, una negación, y una abstención: *a)* afirmamos que la contributividad es un elemento relevante para describir la naturaleza jurídica de tal prestación, de la misma forma que cuando describimos una prestación como pensión de vejez, afirmamos que la edad es un elemento característico en la configuración de la misma; y este elemento que le imprime carácter es tan relevante que hablamos no sólo de que existan prestaciones no contributivas sino ramas, o brazos, o niveles no contributivos, que no sólo son agrupaciones que la doctrina pueda haber elaborado a efectos didácticos, sino que de la pertinencia de una prestación a tales conjuntos extraemos consecuencias jurídicas incluso en ámbitos jurídicos distintos como el financiero, administrativo, jurisdiccional, etc.; *b)* a su vez, negamos que este vínculo de contributividad que consideramos relevante esté presente en la configuración jurídica de la prestación calificada, y con ello situamos la prestación en otra categoría distinta a la que pueda pertenecer su homónima contributiva; sin embargo con ello dejamos irresuelto el determinar a cual de las acepciones o facetas de la no contributividad nos referimos, porque *c)* silenciamos si nos estamos refiriendo a que negamos que una prestación se halle vinculada en su financiación, o en su concesión, o en su cálculo, o en su objeto, a las cotizaciones efectuadas o a las rentas o al trabajo en virtud de los cuales se debían tales cotizaciones.

Usar la expresión 'no contributiva' requiere precisiones.

Debería precisarse en cada norma legal qué concepto de contributividad usa.

La insuficiencia de la simple calificación como 'no contributiva' deviene ineficiencia por una insuficiencia en la técnica legislativa: debería evitarse en las normas el uso de

[1193] ALARCÓN, 1999, página 27, que rebate las visiones catastrofistas acerca del futuro de la Seguridad Social que se han querido publicitar como estímulo a que los ciudadanos destinen a planes y seguros privados unos recursos económicos, cuya detracción con destino a la Seguridad Social pública se consideraría gravemente lesiva. A lo dicho en aquel estudio podemos añadir que, aunque en tales estudios promovidos por entidades privadas fuese muy acertado el diagnóstico del problema, de ello no podría deducirse la misma calidad en sus propuestas de solución; bástenos mencionar que el valor actual y la rentabilidad futura de los fondos privados se halla vinculada a volubles valores de las inversiones efectuadas; y que cuando el grueso de personas que actualmente ha suscrito tales planes privados acceda a la jubilación, deberán liquidarse tales inversiones con el consiguiente riesgo de depreciación, que difícilmente podrá ser compensado por las inversiones promovidas por un número demográficamente más reducido de nuevos activos interesados en suscribir tales planes privados. En AISS, 1998, páginas 42 y ss se hallan algunas interesantes advertencias al respecto.

conceptos jurídicos insuficientemente precisos o mal definidos. Por ello nos parece buena solución la adoptada en textos internacionales que repetidamente hemos citado, en los que no se han utilizado durante mucho tiempo las expresiones 'contributivas' o 'no contributivas', aún cuando la existencia de prestaciones que pudieran subsumirse bajo tales calificaciones no es cosa reciente, y que cuando a partir de un determinado momento se sintetizan en tales expresiones conceptos que ya se venían manejando con anterioridad, ello se define expresamente, precisamente porque su significado no es unánime: por ejemplo, en el Convenio 118 de la OIT, en el artículo 6.2 se menciona -como ya se ha citado anteriormente- que en todas las ramas de Seguridad Social pueden existir «prestaciones cuya concesión no depende de una participación financiera directa de las personas protegidas o de su empleador, ni de un período de actividad profesional», y esta descripción es la que unos años más tarde se realiza como explicación inicial del significado de la expresión 'prestación no contributiva' en el artículo 1.j) del Convenio 128 de la OIT.

Las pensiones no contributivas por invalidez y jubilación españolas se indica en el artículo 86.2. LGSS, se financiarán mediante aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social. En base a ello puede afirmarse que tales pensiones son no contributivas en cuanto a su financiación, siempre que se entienda que 'no contributiva' no significa ausencia absoluta de contribución, ya que alguien o todos deberemos contribuir para financiarlas, sino que tal financiación no contributiva significa que su financiación no depende de contribuciones especialmente afectadas a tal fin. Desde la óptica de los beneficiarios y solicitantes de las pensiones, la separación financiera de las fuentes de financiación puede no ser muy importante en la medida que no afecta inmediatamente a su derecho, así como la vigencia o no de la disposición transitoria decimocuarta LGSS -en su versión de 1997- que prevé la gradualidad de tal separación financiera resulta poco relevante, como lo sería el que se revirtiera la evolución de los últimos años y las pensiones no contributivas se financiasen con cargo a cotizaciones pagadas por los trabajadores en activo; sin embargo, para los gestores públicos del sistema de Seguridad Social, o cuando estemos estudiando las posibles repercusiones de un incremento del número de beneficiarios o del importe de estas pensiones, la faceta de la contributividad financiera será relevante, en la medida en que ello puede significar que las variaciones y desviaciones repercutirán en el Presupuesto del Estado y no en las cotizaciones que paga un número de ciudadanos más reducido que el conjunto de la población que paga impuestos, y que lo hace bajo otros parámetros de progresividad (o de ausencia de ella). Finalmente, debemos recordar que el mandato del artículo 86 LGSS de que las pensiones no contributivas se financien en base a aportaciones del Estado precisa de un complemento imprescindible: la oportuna **Pensiones de financiación no especialmente contributiva.**

dotación en la Ley de Presupuestos^[1194], y que coexiste con un fondo de estabilización único para todas las desviaciones (art. 87 LGSS) y un Fondo de Reserva (91.1 LGSS) dotado con los excedentes anuales (que -dicho sea de paso- debería ser *a*) único para todo el sistema, y *b*) de magnitud relevante para asegurar su función^[1195]), y que el principio de unidad de caja conlleva interpretar restrictivamente cualquier afectación de unos recursos a unos gastos en el seno del presupuesto de la Seguridad Social^[1196].

Por otra parte, entre los requisitos establecidos por nuestra legislación vigente para acceder a una pensión no contributiva no figura el haber anteriormente cotizado a la Seguridad Social un determinado período o una determinada cuantía; por ello, estas pensiones pueden considerarse no contributivas también desde la faceta de prestaciones cuya concesión es independiente de la existencia de cotizaciones previas del interesado. La duración y la cuantía de las cotizaciones previas es un elemento indiferente, y la alegación o existencia de las mismas ni facilita ni dificulta su acceso a una pensión; y tan indiferente es esta cotización previa, que es perfectamente posible que un beneficiario de pensiones no contributivas haya cotizado mucho más a la Seguridad Social que otras personas que perciben pensiones denominadas contributivas, debido a dos factores: en primer lugar, por los contrapesos asistenciales a prestaciones legalmente calificadas como contributivas, que mediante la presunción de cotizaciones o la disculpa del requisito de su existencia previa facilitan el acceso a las mismas; y, en segundo lugar, porque en las pensiones no contributivas el requisito contributivo para el acceso a una pensión (la carencia) se halla configurado jurídicamente tomando simplemente el tiempo como única magnitud relevante, de forma que quien haya cotizado por un importe elevado, pero menos tiempo del exigido, verá negado el derecho a una pensión,

No contributivas porque no se exige cotización previa.

[1194] A pesar de que el art. 86.2 LGSS parezca tener un valor cuasi constitucional para la ordenación del sistema de Seguridad Social, formalmente es una mera ley, y será la ley de presupuestos de cada año la que en mayor o menor medida realice en mayor o menor medida la separación de fuentes financieras, MONTÓYA, 1998, pág. 107

[1195] El Acuerdo para la Reforma de la Seguridad Social firmado el 9 de abril del 2001 prevé (lamentablemente sólo para las prestaciones contributivas) un Fondo de Reserva -ya aludido en los Pactos de Toledo, aunque sin limitaciones cuantitativas- que será dotado en la medida en que lo permitan las posibilidades financieras (ACUERDO, 2001, páginas 34 y 56). Para valorar la importancia del mismo debemos valorar dos parámetros: su importe absoluto y su magnitud relativa. En cuanto al primero, se prevé alcanzar en el año 2004 la respetable cifra de 800.000 millones de pesetas (4.808,09 millones de euros); en cuanto a lo segundo, este objetivo final debe representar el importe de una mensualidad ordinaria de pago de prestaciones periódicas (no incluye, pues, el importantísimo gasto sanitario). Este fondo proporcionará, en consecuencia, una seguridad ante desequilibrios financieros venideros equivalente a la que tendría una previsora familia cuyo objetivo final de ahorro acumulado para los infortunios futuros fuese menos que una mensualidad ordinaria de salario: sólo la parte que destina a los pagos corrientes que realiza durante un mes.

[1196] Para FERREIRO, 1987, pág. 771, el principio de no afectación (todos los ingresos de un ente público deben emplearse indistintamente para financiar sus gastos) está íntimamente ligado al principio de unidad de caja, ya que esta unidad de caja hace posible la no afectación y sirve para conseguirla.

mientras que, por el contrario, sí será reconocida una pensión a quien ha cotizado el tiempo exigido aunque sea por importes mínimos.

Sin embargo, hemos recordado en las páginas anteriores algo que algunos autores^[1197] ya habían apuntado: que exigir como requisito una determinada duración de residencia previa tiene un contenido económico y que, más aún, responde al deseo de asegurar que los beneficiarios de estas pensiones hayan contribuido a la financiación de las mismas mediante el pago de impuestos; impuestos que son la principal fuente financiera de las pensiones no contributivas de la misma forma que las cotizaciones a la Seguridad Social lo son de las pensiones contributivas. Por la estructura de los períodos de residencia exigidos, en sus tramos de residencia genérica, y los específicamente anteriores a causar una pensión; por las duraciones distintas exigidas para causar las pensiones de jubilación y las de invalidez; por la ausencia de toda disculpa, excepción, o alternativa a acreditar tales períodos de residencia, puede concluirse que las llamadas pensiones no contributivas sólo son de concesión no contributiva si contemplamos la presencia o no de una contribución mediante las cotizaciones específicamente devengadas por la realización de una actividad profesional, pero si atendemos a que se exige que el beneficiario se hallase en situación de exigibilidad tributaria, y que hasta transcurridos los períodos de carencia no se concederá la pensión, puede concluirse que estas pensiones son de concesión contributiva. Pero que son también de concesión contributiva.

El importe de estas pensiones desde que se introdujeron en 1990 en nuestro sistema de Seguridad Social se ha establecido anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado sin que en ninguna ley se vinculase la cuantía a pagar a un parámetro externo a la mera voluntad del legislador, al que se le solicita únicamente (art. 52 LGSS) que en los porcentajes de revalorización anual no sean de peor condición los pensionistas de esta modalidad que los de la modalidad contributiva. Su importe, aunque inicialmente uniforme, puede variar por diversas causas; pero ninguno de los elementos que intervienen en el establecimiento inicial de la cuantía, o en las modificaciones que posteriormente pudiera sufrir el importe de una concreta pensión, tiene relación directa o indirecta con el esfuerzo contributivo que pueda haber realizado el causante: ni las cotizaciones que pudiera haber aportado a lo largo de su actividad profesional van a tener repercusión alguna^[1198], ni la mayor o menor cuantía de los impuestos pagados al Pensiones de cálculo no contributivo.

[1197] También BLASCO, 1991, página 64, afirma que el fundamento de este requisito de residencia «es más financiero que de otra clase. Y radica en el hecho que sólo quien reside -y quien lo hace un tiempo prolongado- paga los impuestos que justifican la concesión de la pensión, y, en definitiva, contribuye al mantenimiento de la prestación no contributiva».

[1198] « ¿Adónde van a parar esas cotizaciones? » se pregunta ALONSO G, 1997, pág. 193, en una queja por la imposibilidad de aumentar la cuantía de la pensión no contributiva por medio de las cotizaciones insuficientes para causar una pensión contributiva, que implica una seria disconformidad con el modelo vigente.

Estado va a influir en el cálculo de una pensión no contributiva. Entendemos que ello es perfectamente coherente con un modelo de prestaciones financiadas a través de impuestos, ya que -por lo general- las prestaciones públicas no varían para adaptarse al importe del esfuerzo fiscal de cada contribuyente individual (para decirlo más gráficamente, el asfalto de las calles no se vuelve más confortable al paso de los contribuyentes más pudientes). Puede concluirse, por consiguiente, que estas pensiones son de cálculo no contributivo.

El último de los criterios o facetas de contributividad propuestos es el trazar la línea divisoria entre prestaciones contributivas y no contributivas según se concedan o no en función de los ingresos anteriores. Este criterio es una profundización del anterior (el cálculo no contributivo), y trata de clasificar las prestaciones según si se destinan a reemplazar ingresos anteriores, o si prescinde de los mismos pagándose importes uniformes (condicionados o no a una prueba de ingresos). Las pensiones no contributivas de nuestro sistema de Seguridad Social no centran su objeto en el restablecimiento total o parcial de la capacidad económica del sujeto, es decir, no parten de la capacidad económica por la que anteriormente se le pudieran haber exigido impuestos o cotizaciones, para -cuando el sujeto necesita la protección pública- tutelarle en función de esta misma capacidad económica anterior que sirvió de base a su esfuerzo contributivo. Por el contrario, las pensiones no contributivas son inicialmente uniformes, en todo caso lo son en relación al pasado económico de contribuciones realizadas por el beneficiario o en su nombre, y se modulan en su cuantía en el caso de la pensión de invalidez cuando el beneficiario se halla aquejado en los grados más graves de la contingencia. Además de ello, el requisito de carecer de rentas suficientes condiciona el acceso e influye también en el importe de todas las pensiones no contributivas, sin que tales rentas llamadas suficientes se establezcan en función de la capacidad económica y contributiva anterior, sino que la cuantía que inicialmente se establece de forma lineal para todos los beneficiarios variará según la composición familiar; con ello se desplaza más el foco de tales prestaciones no a los aspectos contributivos sino a los asistenciales. En consecuencia, podemos afirmar que estas pensiones no son contributivas desde el punto de vista de que no tienden a restablecer la capacidad económica y contributiva anterior.

No se repone la capacidad económica y contributiva del beneficiario.

1.C: ESCOGER UNA DE LAS FACETAS DE LA CONTRIBUTIVIDAD

Si existen diversos conceptos o acepciones del carácter 'no contributivo' de una prestación, surge lógicamente la pregunta de cuál es el criterio que se considera más acertado y que debería adoptarse para asignar tal calificativo. Tal elección entre las

El criterio contributivo por hipótesis.

distintas acepciones puede realizarse en primer lugar por hipótesis^[1199], adoptando uno de estos criterios explícita o tácitamente; esta posibilidad es perfectamente legítima para construir un análisis doctrinalmente coherente, aunque resulta insuficiente por falta de precisión si se quiere atribuir una determinada consecuencia jurídica a las prestaciones que se califiquen como no contributivas mediante este directo proceder. Una segunda posibilidad es buscar si existe una norma jurídica en la que se defina o de la que se deduzca una determinada concepción de las prestaciones no contributivas, y que por su rango o por su ámbito nos indique el mejor criterio de entre los señalados, pero acabamos de ver que en las normas internacionales no se utiliza un sólo criterio, y que en la LGSS ni se define tal concepto ni se obtiene un resultado uniforme aplicando los distintos criterios, lo cual nos devuelve al punto de partida: decidir si escogemos un criterio de contributividad, y hallar un motivo sólido para tal elección. Una tercera posibilidad^[1200], es considerar conjuntamente todas las distintas facetas de la contributividad para, mediante una evaluación conjunta, decidir si una prestación es mayormente contributiva o no; en tal caso, deberemos también introducir un juicio de relevancia, una ponderación de la importancia de las distintas facetas de la contributividad.

Si antes señalábamos que las distintas acepciones del criterio de contributividad era posible que nos proporcionasen resultados contradictorios, debemos ahora considerar que pueden proporcionarnos resultados dudosos, ya que todos ellos son de límites indeterminados. Por ejemplo, si consideramos la faceta de la financiación para determinar si una prestación es o no contributiva, según se financie mediante cotizaciones o mediante impuestos, veremos enseguida que a menudo se financian de forma mixta, y que tal dualidad de fuentes puede tener una proporción extremadamente variable; asimismo el cálculo de la prestación puede realizarse en proporción total o parcial a las cotizaciones realizadas; y el período de carencia exigido puede ser desde un simbólico día a decenas de años. Por consiguiente, junto al juicio de relevancia al que antes aludíamos entre los distintos criterios de contributividad, deberemos adjuntar un factor de elasticidad del propio criterio; por ejemplo: ¿la exigencia de un sólo día de cotización y alta en el sistema, transforma una prestación en contributiva?

La contributividad se evalúa con criterios de límites indeterminados

[1199] Por ejemplo, la afirmación de que «por hipótesis, un sistema contributivo protege exclusivamente a quienes hayan cotizado previamente» (RDZPIÑERO, 1991, página 159, con cita de ALARCÓN, 1986) es válida si se considera contributivo el sistema que condiciona el acceso a la prestación al hecho de una cotización previa, sin que necesariamente las prestaciones deban calcularse en función de tales cotizaciones, ni que tales cotizaciones deban ser la única ni la mayoritaria fuente de financiación. ÁLVAREZ, 2001 (en pág. 56, nota 62), escoge el criterio de la financiación cuando halla el fundamento de las pensiones no contributivas en la solidaridad de los contribuyentes que las financian a través de las Leyes de Presupuestos, si bien -con precaución- precisa: «en la mayoría de los casos».

[1200] Ésta es la opción que parece seguirse en GZORTEGA, 1992, páginas 200 y ss. donde se analizan todos los aspectos de la contributividad sin destacar como preferente a uno de ellos.

En todo caso, sea para escoger uno sólo de los criterios, sea para realizar una apreciación conjunta, uno de los razonamientos posibles sería realizar un juicio de relevancia para cada una de las acepciones de contributividad que hemos visto (financiación, concesión, cálculo y objetivo). El presupuesto inicial es que una prestación o sistema de Seguridad Social en la que desde todos los puntos de vista sea no contributiva podremos calificarla sin duda como a tal; y, en el otro extremo, si bajo ninguno de tales acepciones una prestación es no contributiva la consideraremos indudablemente como contributiva; partiendo de esta base, podemos analizar sucesivos supuestos en los que bajo una sola de tales acepciones sea contributiva una prestación, y de la existencia y viabilidad de tales supuestos podremos deducir hasta que punto la faceta no contributiva omitida es relevante.

El criterio contributivo por relevancia.

El primer supuesto a comprobar es la viabilidad o existencia de una prestación de financiación contributiva -es decir, en base a cotizaciones proporcionales a los salarios-, que sea concedida sin referencia alguna a las cotizaciones anteriores, asimismo su cálculo prescindiera de tales contribuciones, y se conceda contemplando únicamente las necesidades actuales y futuras del sujeto y no sus aportaciones pasadas. Difícilmente podremos negar la viabilidad de este supuesto, ya que podemos imaginar uno o más ejemplos: una prestación pagada tras una lesión permanente no invalidante, financiada de forma contributiva, pero concedida a cualquiera que haya sufrido un accidente, prescindiendo de cotizaciones anteriores, y que se calcule según un baremo que en modo alguno tome en consideración las cotizaciones realizadas, y cuyos importes varíen en función de la mayor o menor afectación corporal del beneficiario, prescindiendo de la capacidad económica anterior. Esta prestación no es tan solo viable, sino que si cambiase su forma de financiación y pasase a ser financiada íntegramente en base a los impuestos del Estado ningún otro aspecto necesitaría ser alterado; podemos deducir de ello que la relevancia de esta financiación contributiva no sobrepasa al propio aspecto financiero, ya que puede seguir siendo no contributiva bajo cualquier otro punto de vista con independencia de los cambios que puedan realizarse en sus fuentes de financiación.

Únicamente de financiación contributiva.

No hallaremos tampoco ninguna dificultad en imaginar una prestación que sólo sea de concesión contributiva, y que bajo todos los otros puntos de vista sea no contributiva. Por ejemplo, un subsidio por desempleo, cuya concesión requiera haber trabajado y cotizado anteriormente un determinado período de tiempo; financiado íntegramente mediante aportaciones estatales; con prestaciones uniformes que no se hallasen, en consecuencia, vinculadas a las cotizaciones anteriormente efectuadas, y cuya cuantía si alguna variación pudiese sufrir fuese en función de las cargas familiares, la edad y dificultad para hallar nuevo empleo, etc. y que por consiguiente no se hallase orientado a asegurar un reemplazo de la capacidad económica y contributiva anterior sino a asegurar la satisfacción de una necesidad básica de supervivencia. En este caso, también,

Únicamente de concesión contributiva.

no tan sólo la prestación es viable sino que los cambios en cuanto a su concesión -que es el aspecto que examinamos- no tienen que afectar necesariamente al resto de la configuración jurídica de la prestación, ya que el hecho de que el subsidio se conceda bien condicionado a una previa cotización o bien a todos los que superada una cierta edad laboral se hallasen sin empleo, sería importante, pero su relevancia no trascendería al propio aspecto cambiado, y bajo cualquier otra faceta podríamos seguir considerando como contributiva o como no contributiva a dicha prestación.

Por el contrario, nos resultará más difícil pensar en una prestación cuya cuantía sea contributiva (en función de las cotizaciones anteriores), y que bajo todos los demás aspectos tenga carácter no contributivo. Ciertamente puede una prestación cuyo importe se calcule en función de las cotizaciones anteriores haber sido concedida prescindiendo de que tales cotizaciones existan (por ejemplo las prestaciones causadas tras un accidente), aunque para realizar tal cálculo o bien tales cotizaciones anteriores deberán realmente haber existido o deberán presumirse existentes ya que si no mal podrá calcularse la cuantía. Sin embargo, si tales prestaciones se financiasen totalmente a partir de impuestos y no de cotizaciones nos faltará el punto de referencia para realizar el cálculo de la cuantía, por lo que tal financiación contributiva como mínimo deberá estar presente, aunque puede serlo en forma mínima por ser mayoritaria la financiación por vía impositiva, sin perjuicio de que el cálculo se realice en función de la -aunque minoritaria, existente- fracción de aportación contributiva. Finalmente, si el cálculo del importe es una función de una contribución previa, mal podrá estar orientada su tutela a la necesidad tutelada salvo que coincidan ambos conceptos por considerar que la situación de necesidad consiste precisamente en la pérdida de la capacidad contributiva perdida. En resumen: la faceta del cálculo contributivo de la prestación tiene una cierta fuerza expansiva; ya que pueden ser prestaciones de concesión no contributiva, pero requieren -como mínimo- la presencia de una financiación contributiva; y condicionan la faceta tutelar a la reposición de la capacidad contributiva anterior.

La difícil posibilidad de contributividad sólo en el cálculo.

La última faceta de no contributividad que antes hemos mencionado era la de las prestaciones que no buscan la reposición de la capacidad contributiva anterior sino que se conceden por un importe uniforme, o modulado según factores personales de necesidad. Por consiguiente, debemos intentar imaginar como última posibilidad de nuestro análisis la viabilidad de una prestación que sea contributiva únicamente en esta faceta. Para ello no resultaría un obstáculo importante el que fuera financiada mediante impuestos; pero si se trata de una prestación que no proporciona una prestación uniforme o modulada según circunstancias personales que consideradas en sí mismas un estado de necesidad o un índice de tal estado (como la edad o el estado físico del beneficiario), sino que, por el contrario pretende reponer al beneficiario en su capacidad contributiva anterior o en una fracción del mismo, entonces esta prestación precisa

La faceta de no asistencialidad implica otro aspecto contributivo.

técnicamente de la contributividad en alguna de las otras dos facetas, o bien se concede a quienes pertenezcan a determinado segmento de cotizantes, o bien se calculan en función de las cotizaciones anteriores, ya que es mediante alguno de estos incrementos -especialmente con el segundo- que tal prestación podría alcanzar su objetivo contributivo. Por ser esta faceta de contributividad una especificación de las anteriores, no puede, en conclusión, aparecer sola.

Podemos, pues, establecer una gradación de las diversas acepciones de contributividad en función del grado de expansión que tienen en una prestación, o inversamente, según hasta qué punto el que tal faceta de contributividad se dé o no resulta irrelevante para que una prestación siga siendo contributiva o no contributiva. Como elemento más débil hallamos la financiación contributiva, seguido de la concesión, mientras que el carácter asistencial de sus prestaciones acabamos de ver que obliga a que otros componentes jurídicos de la prestación tengan un fundamento contributivo, y es el cálculo de una prestación en base a las contribuciones anteriores la faceta que tiñe de contributividad a una prestación con más intensidad; lo cual se corresponde con dos conocidos hechos: la presencia en nuestro sistema de Seguridad Social de numerosas prestaciones contributivas que pueden concederse prescindiendo de las contribuciones anteriores; y el que la separación de fuentes financieras sólo muy recientemente se ha llevado a cabo, y sin que ello alterara la capacidad tutelar del sistema.

La gradación de los aspectos contributivos.

Llegados a este punto, tras haber visto que el concepto de no contributividad no se halla legalmente definido, que no es un concepto uniformemente usado, que presenta cuatro facetas distintas, y que tales facetas presentan un grado distinto de relevancia, podemos concluir diciendo que es legítimo escoger por hipótesis una determinada acepción del concepto, y que es posible también evaluar la contributividad de una prestación mediante la apreciación conjunta de las distintas facetas de tal concepto. Como apoyo argumental en la primera posibilidad, o como ponderación en la segunda, podemos señalar cualquiera de las facetas de contributividad, pero el mecanismo de cálculo de una prestación si no es el elemento único, sí es el más relevante. Por último, podemos recordar lo ya sabido: que las pensiones no contributivas del sistema español de Seguridad Social, merecen la calificación de no contributivas por su financiación, por el sistema de cálculo de su importe, por el carácter asistencial de sus prestaciones, y que únicamente en su concesión hallamos que el requisito de la residencia previa duradera las dota de una cierta contributividad en sentido amplio, pero no vinculada a cotizaciones relacionadas con el empleo.

Conclusión: las pensiones no contributivas lo son bajo muchos aspectos.

2. PENSIONES DE VEJEZ E INVALIDEZ: ACERCA DE LAS CONTINGENCIAS Y LAS RENTAS ESCASAS

En la descripción del mecanismo protector de la Seguridad Social es habitual que el uso de los conceptos de 'riesgo', contingencia, 'situación de necesidad', y 'hecho causante'; que, respectivamente, hacen referencia -simplificando mucho^[1201]- a las situaciones que pueden dañar a una persona (como un accidente), la consecuencia concreta cuando tal daño se ha producido (como una invalidez), el desequilibrio económico sufrido (que puede presumirse o debe demostrarse), y -como síntesis de lo anterior- la específica situación que va a dar origen a una prestación tutelar (la contingencia más los requisitos exigidos). Este encadenamiento conceptual, que se concentra progresivamente hasta permitirnos describir la prestación concreta que va a recibir un sujeto, ha orientado tradicionalmente también a efectos expositivos a la gran mayoría de manuales de Derecho de la Seguridad Social, que organizan la exposición de la protección del sistema por capítulos dedicados a cada una de las contingencias, dentro de los cuales describen primeramente ésta, luego los requisitos exigidos para causar una prestación, para analizar luego la cuantificación de la misma y sus vicisitudes; esto, hasta el advenimiento de las pensiones no contributivas, a partir de las cuales -seguramente por la novedad y la importancia de los cambios que supuso la Ley 26/1990-, podemos observar que es habitual referirse a las mismas y tomar como punto de partida y foco central de atención a la prestación y no a la contingencia: frecuentemente el punto de partida son las prestaciones o las pensiones no contributivas; mientras que las atenciones médicas, la prestación por desempleo, o las pensiones por orfandad son un apartado intermedio de un estudio que se inicia a partir de las contingencias de alteración de la salud, desempleo, o muerte y supervivencia.

La contingencia y la prestación: dos centros distintos de atención.

Acompañando esta alteración del análisis habitual, se mantiene a veces una cierta indeterminación acerca de si existe, entre todo lo exigible para causar una de estas pensiones, una diferencia cualitativa entre la definición de las contingencias protegidas y los requisitos exigidos^[1202]; y más concretamente tiende a indiferenciarse la contingencia y el requisito de carecer de ingresos; diferencia que creemos hay que establecer claramente, ya que los requisitos pueden ser exceptuados, modificados y reinterpretados sin que la naturaleza jurídica de la prestación se altere profundamente, mientras que ello no es posible en la contingencia, y -como ya hemos señalado en páginas anteriores- entendemos que la escasez de medios de vida no es la contingencia protegida. Clásicamente se ha considerado que para el conjunto de la Seguridad Social «las necesidades pueden ser concebidas como reducidas a una sola, a saber: la

Los requisitos exigidos no definen la situación de necesidad.

[1201] Una clara descripción de tales conceptos en ALARCÓN, 2001, páginas 113-116.

[1202] RODRÍGUEZ, 2000, página 455, observa que en el concepto de invalidez el legislador no ha incluido los requisitos para causar el derecho como la edad, residencia o carencia de recursos.

deficiencia de recursos»^[1203] lo cual es -a nuestro entender- ligeramente incompleto; e incluso se ha hablado de sobreprotección cuando se concedes prestaciones a los minusválidos cuyo conjunto familiar no carece de rentas^[1204]. En primer lugar, tras la afirmación anterior que reduce la situación de necesidad al déficit de recursos económicos, debe reconocerse inmediatamente que la Seguridad Social presume tal necesidad en la modalidad contributiva y prescinde de que ello suceda en todos los casos que protege; si el estado de necesidad es siempre económico, deberíamos concluir que se está protegiendo a personas que no se hallan o que ignoramos si se hallan en estado de necesidad (por ejemplo, porque tras cobrar una póliza de seguro dispongan de más dinero que antes), y que éste es el precio que pagamos por consolidar un sistema de Seguridad Social: presumir la necesidad; esto es práctico, pero lo que se tutela entonces no es la carencia de recursos, sino la presunta carencia de ellos. En segundo lugar, cuando se monetariza la situación de necesidad se realiza una reducción de la misma, agrupando a las personas en función de un sólo parámetro económico; pero, aunque se disponga de idénticos recursos económicos, nunca se hallará en igual situación una persona huérfana, enferma o inválida que aquella que no lo es. En tercer lugar, es cierto que la mayoría de prestaciones de la Seguridad Social son prestaciones económicas, pero de ello no puede deducirse que las necesidades sean únicamente económicas, ya que describir un estado de necesidad a través de los medios empleados sería una visión parcial: ni sufrir una gripe puede hacerse equivalente a un déficit de paracetamol, ni hallarse parapléjico puede reducirse a una carencia de billetes de cien euros. La función de las prestaciones, incluso centrándonos en las económicas, puede ser diversa y plural; a menudo proporcionará directamente el remedio a la situación de necesidad por ser ésta económica^[1205], pero en otros casos su función será compensadora o indemnizatoria^[1206], y en otros casos incluso puede tener también una función directiva o incentivadora^[1207]; los poderes públicos frente a situaciones de

[1203] ALONSOOLEA, 1998, página 21.

[1204] SÁNCHEZ-B, 1992, página 279.

[1205] Por ejemplo, una pensión de jubilación que mantenga íntegramente o de forma relevante los ingresos que se disfrutaban antes de cesar la actividad.

[1206] Posiblemente no ha existido nunca un estudio que relacionase el promedio de pérdida de ganancia o de incremento de gastos por la pérdida de una oreja con 153.000 pesetas (919,55€), de un testículo con 126.000 (757,28€) o del pulgar dominante con 189.000 pesetas (1014,02€); aunque si alguna vez existió tal cálculo financiero, el tiempo y las arrítmicas modificaciones del baremo aplicable a las Lesiones Permanentes No Invalidantes han desvanecido cualquier relación con tales pérdidas de ganancia promediadas. La función de tales pagos ya sólo puede ser -y muy parcialmente- indemnizatoria o retributiva del sacrificio del accidentado.

[1207] Por ejemplo, la prestación de pago único por nacimiento del tercer hijo o sucesivos estimamos también posee una finalidad de estímulo de la natalidad (a partir del tercer hijo, siempre que éste no sea adoptado) sin perjuicio de que sirva para compensar los gastos de sus progenitores. (Real Decreto-Ley 1/2000, de 14 de enero; BOE 17-ene-2000, y Real Decreto 1368/2000, de 19 de julio; BOE 29-jul-2000).

necesidad tienen una diversidad de posibilidades de actuación, no pueden ignorarlas, pero tienen un amplio margen de actuación para, priorizando y asignando los recursos existentes, proceder a eliminarlas, compensarlas, o paliarlas; en cualquier caso, la situación de necesidad es algo distinto y no debe ser confundido con los medios empleados en cada momento para hacerle frente.

En la modalidad no contributiva de pensiones, estimamos que lo que se protege son las clásicas contingencias de vejez e invalidez; y la contingencia protegida seguiría siendo la misma, aunque tutelada con distinta intensidad, si variase, desapareciese, o se reinterpretase el requisito de carecer de rentas 'suficientes', o si la variación radicase en los requisitos de edad, o de residencia; en cuyo caso, sin mayor dificultad, la podríamos seguir denominando pensión no contributiva de invalidez o de vejez; por el contrario, si lo que se diluyese no fuese el requisito de carencia de ingresos sino la exigencia de invalidez o de edad avanzada, nos hallaríamos ante algo totalmente distinto: una renta de inserción^[1208]. En consecuencia, entendemos que las contingencias son la vejez y la invalidez en cuanto son unos estados personales de handicap o dificultad importante para el desarrollo personal; una de cuyas consecuencias puede ser una severa dificultad para asegurar el propio sustento. En todo caso, la pensión monetaria pagada se halla en el plano de la intensidad de la solución aportada, la vejez y la invalidez se hallan en el plano de la situación protegida; entre ambos se sitúa el plano de los requisitos que condicionan el acceso a la prestación.

Las contingencias de invalidez y vejez, en un plano distinto a la pensión pagada.

En la consolidación de los sistemas de Seguridad Social el legislador individualizó unos acontecimientos que según la normalidad de los casos son productores de situaciones de necesidad, y vinculó a estos acontecimientos un mecanismo de protección que garantizaba al sujeto un determinado tratamiento sobre la simple acreditación de que se había producido el suceso, sin que debiera el interesado acreditar nada más acerca de su situación de necesidad; BALANDI hacía notar ya hace años, que la exigencia de probar una específica situación de necesidad había reaparecido en algunos sistemas, con características que recordaban el pasado, pero con una sensible y significativa modificación: la prueba de carencia de recursos (*means test*) se había reintroducido al lado de los eventos presumiblemente generadores de necesidad, y con la finalidad de sustraer del reparto de prestaciones a quienes por poseer un nivel de recursos

La nueva función del requisito de carencia de rentas.

La presencia de una pluralidad de finalidades, que pueden ser harto contradictorias, es usual en el ámbito tributario: un impuesto sobre el tabaco puede tener finalidad recaudatoria y a la vez desincentivadora de su consumo, aunque ello comporte menor recaudación.

[1208] Si tomamos algunos de los ejemplos propuestos por la OMS (WHO-Language, 1998; pág. 11) para diferenciar los planos conceptuales relacionados con la discapacidad (por ejemplo: lepra, desórdenes psicóticos, vitiligo, etc.) veremos como puede carecerse de forma duradera de empleo y recursos económicos debido a una enfermedad; y, sin embargo, al no ser ésta físicamente invalidante no permite causar una pensión de invalidez.

superiores al umbral señalado se consideraba que no eran merecedores de tales prestaciones; «de la función de individualización de los sujetos merecedores, el *means test* en algún modo ha invertido su propio recorrido, llegando a ser utilizado para la individualización de los sujetos no merecedores»^[1209].

Ésta es la función que, a nuestro entender, cumple -al menos en una porción relevante- respecto a las pensiones no contributivas el requisito de que los ingresos personales y familiares se hallen por debajo de un determinado umbral: eliminar del conjunto de personas que se hallan en las contingencias de vejez y de invalidez, a un segmento de ellos; no por considerar que no son merecedores de la tutela pública, sino porque el Estado dispone para estas pensiones de unos recursos económicos limitados y acota mediante este proceder el gasto máximo que quiere realizar. Hemos relatado ya, en primer lugar, los antecedentes de la Ley, y cómo se reintrodujo en la misma la evaluación de rentas familiares como reacción al incremento de costes en las prestaciones asistenciales, tras rechazar el Tribunal Supremo esta evaluación que en aquel momento tenía rango reglamentario, ahora mediante su elevación al texto de la ley se anulan los efectos de una sentencia indeseada; hemos mencionado también las modificaciones introducidas en la composición de la unidad económica familiar durante el proceso legislativo; hemos explicado el carácter de doble obstáculo que la evaluación de rentas tiene para el acceso a la pensión, y cómo existen supuestos en los que el interesado que se halla en la contingencia, y que se halla asimismo en situación de innegable necesidad económica no puede acceder a la pensión; y podemos añadir ahora un dato más: la Ley 26/1990 se elaboró con un detallado cálculo de cómo la configuración de los requisitos segmentaba el número de posibles beneficiarios^[1210]; a través de la encuesta de presupuestos familiares se conocían los ingresos medios según el número de miembros de cada hogar, con detalle de si alguno de ellos era mayor de 65 años; el INE aportó la encuesta sobre discapacidades, deficientes y minusvalías en las que los posibles beneficiarios quedaban segmentados por edades, minusvalía e insuficiencia económica; y todo ello, junto con los datos que se poseían de los beneficiarios de prestaciones FONAS y LISMI, sirvió para calcular el número de posibles beneficiarios y el coste que representaban. Lo importante a nuestro entender es una característica de la memoria que se entrega a los parlamentarios previamente a la redacción de la Ley 26/1990: los datos sobre rentas personales y familiares le sirvieron al legislador, a lo largo de muchos estudios, para determinar el número de beneficiarios y el coste que podían representar para las arcas del Estado; y no hay ni un sólo párrafo, ni una sola línea dedicada a considerar si tales ingresos personales y familiares eran o no suficientes para vivir, si

La carencia de rentas como delimitador del coste presupuestario

[1209] BALANDI, 1991, página 109.

[1210] CONGRESO, 1990, páginas 829 y siguientes.

tales personas y familias se hallaban en situación de necesidad, y, por consiguiente, si merecían o no tales ingresos ser complementados.

3. PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 41. C.E.

El artículo 41 CE tiene como una de sus funciones la garantista y defensiva de un sistema público de Seguridad Social que se vio reforzado con el advenimiento de las pensiones no contributivas; en la medida en que se amplió a más personas la tutela pública del sistema, en dos contingencias -vejez e invalidez- que han sido siempre nucleares en cualquier sistema de Seguridad Social, se reforzó a esta institución de relevancia constitucional; ello no obstante, la integración de tales prestaciones puso de relieve que el diseño constitucional de la Seguridad Social contiene tanto elementos de unidad como de pluralidad, en su vertiente institucional así como en concepto material.

La Seguridad Social reforzada como institución.

La Seguridad Social es una institución pública que agrupa un conjunto de medios materiales y personales afectados por el Estado como poder instituyente^[1211], y afectados a una finalidad: la satisfacción de unas necesidades sociales de todos los ciudadanos con la intensidad que en cada caso determine el legislador. Como tal ente institucional lleva ínsitos los elementos de pluralidad (en cuanto es un conjunto, organizado y relacionado) y de unidad (en su personalidad y en su unitaria vocación). En nuestro Estado social y democrático de Derecho -fórmula constitucional del art. 1 CE equivalente a la fórmula política de 'Estado del Bienestar'-^[1212] las instituciones jurídicas por las que se rige -ahora 'instituciones' en su acepción de conjunto de normas con unidad de objeto y finalidad- tienen un denominador común: la solidaridad, manifestada por una protección igualitaria (a todos los que alude el art. 41 CE por igual se les protegerá de unas contingencias) sostenida con una aportación desigual: de todos los que pagan impuestos, según sus posibilidades económicas, a los poderes públicos. que mantienen esta institución. La presencia en un Estado complejo de una pluralidad de poderes que concurren en el mantenimiento de una institución unitaria puede padecer fricciones, para resolver las cuales existe un mecanismo jurídico para arbitrar una solución a las mismas:: el reparto de competencias, periódicamente conflictivo, y resuelto mediante criterios de prevalencia y exclusión; sin embargo, el plural del artículo 41 CE les concierne a todos ellos, los poderes citados en los artículos 148 y 149 CE y el resto de los que puedan participar en las ciento veinticinco entidades que proporcionan prestaciones sociales públicas que reseñábamos al describir el Registro unificado de las mismas. Si la

Elementos del pluralidad institucional y subjetiva.

[1211] Para una distinción entre las Instituciones y las Corporaciones: GARCÍA DE ENTERRÍA, 1987, páginas 368-370.

[1212] ALARCÓN, 19997, página 14.

Seguridad Social ha de ir integrando prestaciones asistenciales que hoy forman parte de un círculo más amplio de protección social o de Asistencia Social pero que se considera tienen 'vocación' de ser incluidas dentro del sistema^[1213], este sistema asistencial y público de protección admite más de un criterio organizativo. Muy posiblemente este sistema será crecientemente plural, porque ni el tamaño, ni las tendencias organizativas, ni la sensibilidad social actuales parecen abocar a un sistema simple y jerárquicamente ordenado; más bien el criterio de relación deberá ser el de la corresponsabilidad, ante una ciudadanía común, y mediante políticas sociales cuya pluralidad no excusa su coordinación. En páginas anteriores se ha defendido un sistema de relación entre Asistencia Social y Seguridad Social en una interpretación -una de las posibles- que buscaba permitir que todas las Comunidades Autónomas tuviesen idéntica posibilidad de aportar algo más a este sistema de Seguridad Social; la dimensión económica y demográfica de los controvertidos complementos autonómicos es irrisoria frente a los retos de una población crecientemente diversa, dispersa, y móvil geográfica y funcionalmente; asegurar la protección social a todos ellos será posible a través de los dos elementos que figuran en el programa constitucional: la ciudadanía y la situación de necesidad.

A la ciudadanía nos hemos referido para indicar que en el artículo 41CE 'todos los ciudadanos' representaba no sólo la oposición al criterio más restringido de 'los trabajadores', sino también al más amorfo de 'todos' o 'todas las personas' utilizado en otras ocasiones. Al definirse el destinatario de la Seguridad Social como un ciudadano ello significaba integrar la universalidad con el equilibrio de derechos y deberes, y por ello hemos utilizado como criterio interpretativo y delimitador estos derechos y deberes y su relación, en el campo de aplicación, en el reconocimiento de la residencia, en el territorio de la misma, en la valoración de las rentas, etc. y para exigir igual rigor en el cumplimiento de las obligaciones que a cada uno correspondan. A la situación de necesidad la hemos acercado más a las personas para señalar cómo resultaban inadecuadas algunas previsiones normativas en las medidas de rentas, los esquemas familiares, o la evaluación de las minusvalías. Pero más allá de este análisis crítico de la regulación existente, queremos señalar el camino que queda por recorrer en la consideración unitaria de los beneficiarios de la Seguridad Social como ciudadanos en situación de necesidad para conseguir el objetivo de evitar una dualización de la protección social en dos niveles^[1214]: uno debido por ser un derecho honorablemente adquirido, el otro regalado a sospechosos de ocultar tras su infortunio, la pereza o el

Ciudadanía y
situación de
necesidad.

[1213] RDZPIÑERO, 1991, página 166.

[1214] El riesgo de que la cobertura universal ampare una especialización de las prestaciones por capas sociales es advertido más extensamente en BAYLOS, 1998, páginas 30-31.

egoísmo^[1215]. La categoría constitucionalmente mencionada de ciudadanos en situación de necesidad puede ser la base de una consideración conjunta e igualitaria de todos los deberes contributivos (directos e indirectos, nominados e innominados, ocasionales y periódicos) a lo largo de toda la vida y circunstancias, que sea el fundamento equilibrado de una tutela igualitaria y unificada de las situaciones de necesidad. De esta forma podrá cumplirse el conocido axioma de que « de cada uno debe percibirse según su capacidad, y a cada uno hay que darle según su necesidad », cuya cita puede referirse a diversos textos, pero que basta con hacerla a los artículos 31 y 41 de nuestra Constitución que [también] prevé que todos contribuirán de acuerdo con su capacidad económica, y todos recibirán asistencia en las situaciones de necesidad. Para alcanzar este objetivo unitario de tutela más bien sobra la denominación de las mismas como 'no contributivas'; si ello pudo servir en su momento para evitar el uso del calificativo 'asistencial' para referirse a las mismas, lo que hubiese podido alimentar conflictos competenciales con las Comunidades Autónomas^[1216], se ha convertido posteriormente en alimento para las tendencias que, bajo el ambiguo propósito de reforzar la contributividad del sistema (¿cómo negarse a reforzar lo que indica el propio título de la prestación!), desliza las prestaciones contributivas hacia el añejo concepto de valor capitalizado de las primas de seguro [social] pagado, deshaciendo la labor doctrinal y jurisprudencial de los últimos diez años^[1217] en relación con nuestro sistema de reparto. Consideramos hubiera sido una mejor opción una concepción más unitaria de las mismas como tramos u opciones de pensión, que aunque se relacionasen con los períodos de residencia y de empleo transcurridos, no tuviesen un efecto dualizador entre 'los que han contribuído' y los que 'no han contribuído' al esfuerzo común.

[1215] La pobreza como síntoma de pobreza culpable tuvo rango normativo en nuestras leyes de beneficencia que excluían de sus establecimientos a los pobres que no fuesen inválidos (Ley de 20 de junio de 1849, art.18; AND, T.3, § 3294) y socorrían únicamente a la pobreza inculpable (Real Decreto de 14 de mayo de 1852, art. 4; AND, T.3, § 3297), herencia de una concepción en su día religiosamente fundamentada (Prov: 13,4; 2Tes: 3,10); y exaltada por el puritanismo, como relata WEBER, 1979, pags. 218 a 253, al describir la extremada exaltación del trabajo.

[1216] ESCUDERO, 1991, página 57, consideró que éste era la intencionalidad de esta denominación.

[1217] ALARCÓN, 1999, páginas 23-24

VI- BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABBAD SORT, NEUS; GRATACÓS BAU, ANTONI; MOLERA PORCAR, ÀNGELS; NAVARRO MUNUERA, ANDREU; PADRÓS CASTILLÓN, XAVIER; SERRAHIMA SOLER, CONXITA; VIVES CRUELLS, MONTSERRAT, *El desplegament autonòmic a Catalunya - Departament de Treball, Sanitat i Seguretat Social i Benestar Social*, Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 1991. | ABBAD, 1991
- ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR), *Los Derechos Humanos y los Refugiados* [en línea], Folleto informativo No. 20. http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu6/2/fs20_sp.htm ,Ginebra (CH): 1997, [consulta 7 julio 1999] | ACNUR, 1997
- Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social*, prólogos de APARICIO PÉREZ, JUAN CARLOS, y CAMPS DEVESA, GERARDO, acompañando al texto del Acuerdo, y al del Pacto de Toledo. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001. | ACUERDO, 2001
- ADAPTH: ASSOCIATION POUR LE DEVELOPPEMENT ET LA PROPAGATION D'AIDES TECHNIQUES POUR HANDICAPÉS, *Allocation pour personnes gravement handicapées* [en línea], <http://www.socialnet.lu/org/info-handicap/GuideFR18etplus.html> , Luxemburgo (LUX): julio, 1999 [consulta: 16 agosto 1999]. | ADAPTH, 1999
- AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, [en línea], *Resoluciones de la D.G. Tributos*, <http://aeat.es/resotrib.htm> [consulta: 10 agosto 2001]. | AEAT-RESOL, 2001
- AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, [en línea], *Cuestiones básicas sobre la tributación de los no residentes por el IRPF y el impuesto de sociedades*, <http://aeat.tsai.es/cgi-bin/aeat/INFORMA/AGENCIA/titulos> [consulta: 10 agosto 1999]. | AEAT-RESIDENTES, 1999
- ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, *El debate sobre la reforma de la Seguridad Social. En busca de un nuevo consenso - Un resumen*. Ginebra (CH): AISS,1998. | AISS, 1998
- AJA FERNÁNDEZ, ELISEO; TORNOS MAS, JOAQUÍN; FONT LLOVET, TOMÁS; PERULLÉS MORENO, JUAN; ALBERTÍ ROVIRA, ENOCH, *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, (1a. reimpresión), Madrid: Tecnos, 1989. | AJA, 1989

- AJA FERNÁNDEZ, ELISEO, «El artículo 149.1.1 de la Constitución como cláusula de cierre del principio de igualdad social» en AAVV, *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias*, Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 1992. | AJA, 1992
- AJA FERNÁNDEZ, ELISEO, «Igualdad competencial y hecho diferencial», en AAVV, *Uniformidad o diversidad de las Comunidades Autónomas*, Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 1999. | AJA, 1999
- AMBASSADE VAN HET KONINKRIJK DER NEDERLANDEN, [en línea], *Le partenariat enregistré*, <http://www.amb-pays-bas.fr/detail/partenariat.htm> Paris (F): abril, 2000 [consulta 13 septiembre 2000]. | AKN,2000
- ALARCÓN CARACUEL, MANUEL RAMÓN, «La integración de los Servicios Sociales y la Asistencia Social en la Seguridad Social», en AAVV, *IV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla: Consejería de Trabajo y Seguridad Social de la Junta de Andalucía, 1986. | ALARCÓN. 1986
- ALARCÓN CARACUEL, MANUEL RAMÓN, y GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO, *Compendio de Seguridad Social*, 4ª ed. Madrid: Tecnos, 1991. | ALARCÓN, 1991
- ALARCÓN CARACUEL, MANUEL RAMÓN, «Hacia el Derecho de la protección social», en LÓPEZ, LÓPEZ, JULIA, *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, Madrid: Marcial Pons, 1996. | ALARCÓN, 1996
- ALARCÓN CARACUEL, MANUEL RAMÓN, *La Seguridad Social en España*, Pamplona: Aranzadi 1999. | ALARCÓN, 1999
- ALARCÓN CARACUEL, MANUEL RAMÓN, «La financiación de la Seguridad Social» en PARDELL VEÀ, AGNÈS (coordinadora) *La reforma de las pensiones de 1997*, Madrid: Marcial Pons: 1999. | ALARCÓN-FIN, 1999
- ALARCÓN CARACUEL, MANUEL RAMÓN, «La necesidad de un capítulo social en la futura constitución europea» *Lavoro e Diritto on line. 'Versione Provvisoria'*, [en línea] <http://www.unife.it/giurisprudenza/lavorodispari/Redazione/Alarcon.htm>, Ferrara (I): febrero, 2001 [consulta 15 agosto 2001]. | ALARCÓN,2001

- ALBÁCAR LÓPEZ, JOSÉ LUÍS Y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, MARIANO, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid: Trivium, 1991 | ALBACAR, 1991
- ALBERTÍ ROVIRA, ENOCH, «Relaciones de colaboración con las Comunidades Autónomas», en TORNOS MAS, JOAQUÍN (dir.), *Informe Comunidades Autónomas 1999*, Barcelona: Instituto de Derecho Público, 2000. | ALBERTÍ, 2000
- MARTÍNEZ ALCUBILLA, MARCELO, *Diccionario de la Administración española - Compilación de la novísima legislación de España peninsular y ultramarina*, (5a. edición), Madrid: 1894. | ALCUBILLA, 1894
- ALMENAR, LUÍS; GARCÍA, FRANCISCO; VICENTE, JOSÉ L. ET ALII, «Trasplante cardíaco» en *Viure en Salut*, nº 47, abril del 2000. | ALMENAR, 2000
- ALONSO SECO, JOSÉ MARÍA, «Responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de Seguridad Social: regulación jurisprudencia, alternativas para una modificación legal», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*: octubre-diciembre de 1991. | ALONSO, 1991
- ALONSO SECO, JOSÉ MARÍA; GONZALO GONZÁLEZ, BERNARDO, *La asistencia social y los servicios sociales en España*, (2a. edición), Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2000. | ALONSO, 2000
- ALONSO SECO, JOSÉ MARÍA, «Comunidades Autónomas e inmigración» *Foro de Seguridad Social*, Núm. 3, Febrero del 2001. | ALONSO, 2001
- ALONSO GARCÍA, BELÉN, *El régimen jurídico de la protección social del minusválido*, Madrid. Civitas1997. | ALONSO G, 1997
- ALONSO GARCÍA, BELÉN, «Las competencias del Estado sobre prestaciones económicas y servicios sociales de la Seguridad Social cuyos beneficiarios sean los minusválidos», en: AAVV [en homenaje al Profesor Alonso Olea], *Análisis de diversas cuestiones sobre los Pactos de Toledo*, Madrid. Civitas1997. | ALONSO G-RE, 1997
- ALONSO OLEA, MANUEL, «Hecho y Derecho en la calificación de las incapacidades», en *Problemática de la Ciencia del Derecho; estudios en homenaje al profesor José M^a Pi y Suñer*, Barcelona: Bosch, 1962 | ALONSO OLEA, 1962
- ALONSO OLEA, MANUEL, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomos anuales (el I recoge las STC de 1981 a 1983), Madrid: Civitas, 1984 y siguientes. | ALONSO OLEA, 1984+

ALONSO OLEA, MANUEL, y CASAS BAAMONDE, M^a. EMILIA, *Derecho del Trabajo*, 14^a ed., Madrid: Universidad Complutense - Facultad de Derecho, 1995. | ALONSO OLEA, 1995

ALONSO OLEA, MANUEL, y TORTUERO PLAZA, JOSÉ LUÍS, *Instituciones de Seguridad Social*, 16^a ed., Madrid: Civitas 1998. | ALONSO OLEA, 1998

ALSINA CATALÀ, CLAUDI; TERRICABRAS NOGUERA, JOSEP-MARIA; TRILLAS RUIZ, ENRIC, *Introducción a la lógica borrosa*, Barcelona: Ariel, 1995. | ALSINA, 1995

ÁLVAREZ DE LA ROSA, MANUEL, «Incapacidad permanente», en: DE LA VILLA GIL, LUÍS ENRIQUE (dir.), *Derecho de la Seguridad Social*, 2^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch 1999. | ÁLVAREZ, 1999

ÁLVAREZ CORTÉS, JUAN CARLOS, «Sobre los requisitos para tener derecho a pensiones no contributivas: en especial, la unidad económica de convivencia y la carencia de rentas», *Temas Laborales*, núm. 55, Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2000. | ÁLVAREZJC, 2000

ÁLVAREZ CORTÉS, JUAN CARLOS, *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, y Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2001. | ÁLVAREZJC, 2001

AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, *Guides to the Evaluation of Permanent Impairment*, Chicago (USA): American Medical Association, 4th. Ed., 3rd. Printing, 1995. Existe una traducción al castellano: *Guías para la evaluación de las deficiencias permanentes*, Madrid: Ministerio de Asuntos Sociales - IMSERSO, 1994. | AMA, 1995

AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, *Guides to the Evaluation of Permanent Impairment*, Chicago (USA): American Medical Association, 5th. Ed., (USA): AMA-Press, 2001. | AMA, 2001

ANDRADE, MÓNICA, «La gent gran reclama el seu lloc a la societat», *Estrella (La Caixa)*, núm. 11, abril 1999. | ANDRADE, 1999

APARICIO TOVAR, JOAQUÍN, «Sobre la jubilación forzosa impuesta por ley» en PARDELL VEÀ, AGNÈS (coordinadora) *La reforma de las pensiones de 1997*, Madrid: Marcial Pons: 1999. | APARICIO, 1999

ARELLANO CATALÁN, JUAN CRUZ [coordinador], *Convenios, resoluciones y recomendaciones del Consejo de Europa en materia social*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992 | ARELLANO, 1992

ARENAL, CELESTINO DEL, y NÁJERA, ALFONSO, *La comunidad iberoamericana de naciones*, Madrid: CEDEAL, 1992. | ARENAL, 1992

ARGULLOL MURGADAS, ENRIC, «Las vías para una construcción de la diversidad de modelos autonómicos», en: AAVV, *Uniformidad o diversidad de las Comunidades Autónomas*, Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 1999. | ARGULLOL, 1999

AUBERT, JEAN-FRANÇOIS, «El règim constitucional actual de la Confederació Helvètica», en *Seminari sobre el règim polític de la Confederació Helvètica*, Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 1993. | AUBERT, 1993

AVUI [en línea], publicación seriada diaria, enlaces a las últimas noticias en: <http://www.avui.com/>, consulta de los diarios de los últimos seis meses en: <http://www.avui.com/avui/docs/hemero.html> [última consulta: 10 julio 1999]. | AVUI

EMBAJADA DE ESPAÑA EN LOS PAISES BAJOS-CONSEJERÍA LABORAL Y DE ASUNTOS SOCIALES, [en línea], *La Seguridad Social holandesa- Ley general de Asistencia Social 'AWB'*, <http://www.claboral.nl/es2/10AOW> [consulta: 25 agosto 2001]. | AWB, 2001

BALANDI, GIAN GUIDO, «Las pensiones no contributivas en Europa: el caso italiano», Valencia: *Revista de Treball*, núm. 15, enero-abril, 1991. | BALANDI, 1991

BARBER, RODRIGO, *Lógica borrosa y control borroso*, [en línea] Argentina: 15-mayo-2001, <http://www.cienciasmisticas.com.ar/electro/fuzzy.html> [consulta: 5 agosto 2001]. | BARBER, 2001

BAREA TEJEIRO, JOSÉ, «El sistema europeo de protección social», *Estadísticas de protección social*, núm. 28, julio-agosto 1997. Disponible también en <http://www.festadisticas.fguam.es/numero28/pag11.html> , [consulta: 20 mayo 1999]. | BAREA, 1997

BARRIOS BAUDOR, GUILLERMO L., «Supuestos de relativización del requisito del alta en relación a la permanencia en prisión», *Aranzadi Social*, Tomo 1, 1998, páginas 2548 a 2553. | BARRIOS, 1998

BASTIDA FREJEDO, FRANCISCO J., «La soberanía borrosa: la democracia», [en línea] <http://www.uniovi.es/~constitucionall/fundamentos/primero/bastidat.htm>, *Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del estado, Derecho Público e Historia Constitucional* núm. 1, 1998 [consulta: 3 octubre 2001]. | BASTIDA, 1998

- BAYLOS GRAU, ANTONIO; CRUZ VILLALÓN, JESÚS; FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Madrid: Trotta, 1995. | BAYLOS, 1995
- BAYLOS GRAU, ANTONIO, «Igualdad, uniformidad y diferencia en el Derecho del Trabajo», Albacete: *Revista de Derecho Social*, número 1, 1998. | BAYLOS, 1998
- BEDOYA, JUAN G., *Relaciones España-Estado del Vaticano*, [en línea] Madrid: El País, 19-sep-2001, páginas 36 y 37. Versión electrónica en dos documentos: http://www.elpais.es/articulo.html?xref=20010919elpepisoc_2&type=Tes&anchor=elpepisoc&d_date=20010919 y http://www.elpais.es/articulo.html?xref=20010919elpepisoc_1&type=Tes&anchor=elpepisoc&d_date=20010919 [consulta 21 septiembre 2001]. | BEDOYA, 2001
- BENACH DE ROVIRA, JOAN; URBANOS GARRIDO, ROSA MARÍA, «Lograr equidad en la salud», en SOCIEDAD ESPAÑOLA DE SALUD PÚBLICA Y ADMINISTRACIÓN SANITARIA, *La salud pública ante los desafíos de un nuevo siglo. Informe SESPAS 2000*, Granada: Escuela Andaluza de salud Pública, 2000. Disponible también en http://www.sespas.es/informe2000/d1_01.pdf, [consulta: 28 agosto 2001]. | BENACH, 2000
- BEUCUCCI, RANIERO; DANTI, ELISA, «La valutazione dell'handicap al centro della riforma previdenziale e assistenziale», comunicación presentada en el 5º *Convegno Nazionale Informatica Didattica e Disabilità*, Bologna (I): 5/8-noviembre-1997. El texto puede consultarse [en línea] en: <http://w3.fi.cnr.it/idd97/comunica/tr4d.htm> [consulta 19 julio 2000] | BEUCUCCI, 1997
- BLANCO MARTÍN, JOSÉ MARÍA, *Las incapacidades laborales. Un punto de vista práctico*, Valladolid: Lex Nova, 2001. | BLANCO, 2001
- BOLETÍN DE ESTADÍSTICAS LABORALES, *Ganancia media de todas las categorías por hora trabajada, y por trabajador y mes* [en línea], http://www.mtas.es/Estadisticas/BEL/ESA/esa1_1.html, [consulta: 2 septiembre 2001]. | BEL-GANANCIA
- BOLETÍN DE ESTADÍSTICAS LABORALES, *Evolución del salario Mínimo Interprofesional* [en línea], http://www.mtas.es/Estadisticas/BEL/ANE/ipc1_1.html, [consulta: 2 septiembre 2001]. | BEL-IPC
- BOLETÍN DE ESTADÍSTICAS LABORALES, *Pensiones e importe medio, según clase* [en línea], http://www.mtas.es/Estadisticas/BEL/PEN/pen1_1.html, [consulta: 2 septiembre 2001]. | BEL-PENSIONES

BOLETÍN DE ESTADÍSTICAS LABORALES, *Salarios* [en línea], BEL-SALARIOS
<http://www.mtas.es/indicad/economia/salarios.htm>, [consulta: 2 septiembre 2001].

BOLETÍN DE ESTADÍSTICAS LABORALES, *Pensiones no contributivas* [en línea], BEL-PNC
<http://www.mtas.es/Estadisticas/BEL/PNC/Index.html>, [consulta: 4 septiembre 2001].

BOLETÍN DE ESTADÍSTICAS LABORALES, *Seguridad Social* [en línea], BEL-SS
<http://www.mtas.es/indicad/economia/segurida.htm>, [consulta: 2 septiembre 2001].

BELLO, ÀNGEL, «Prestacions socials i econòmiques - Realitzacions», en VILÀ MANCEBO, ANTONI y COROMINAS MALET, ANDREU (coordinadores), *10 anys de la Llei d'integració social dels minusvàlids a Catalunya: present i futur*, Barcelona: Generalitat de Catalunya, 1992, 2 tomos

BETSON, DAVID, *Is Everything Relative? The Role of Equivalence Scales in Poverty Measurement*, [en línea] Indiana (USA): University of Notre Dame, March 1996, disponible, aunque con la advertencia de que se trata de una versión preliminar, en las páginas del U.S. Department of Health and Human Services: <http://aspe.hhs.gov/poverty/papers/escale.pdf> [consulta 2 julio 1999].

WILLIAMS, KAREL, y WILLIAMS, JOHN, (compiladores), *Antología de Beveridge*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990. BEVERIDGE, 1990

BLASCO LAHOZ, JOSÉ FRANCISCO, «La nueva pensión de invalidez, en su modalidad no contributiva», Valencia: *Revista de Treball*, número 15, enero-abril de 1991. BLASCO, 1991

BLASCO LAHOZ, JOSÉ FRANCISCO, *La protección asistencial en la Seguridad Social: la Ley de prestaciones no contributivas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1992. BLASCO, 1992

BLASCO LAHOZ, JOSÉ FRANCISCO; LÓPEZ GANDÍA, JUAN; MOMPALER CARRASCO, M^a ÁNGELES, *Curso de Seguridad Social*, 5^a edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. BLASCO, 1998

BLASCO LAHOZ, JOSÉ FRANCISCO; LÓPEZ GANDÍA, JUAN; MOMPALER CARRASCO, M^a ÁNGELES, *Curso de Seguridad Social*, 6^a edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. BLASCO, 1999

- BLASCO LAHOZ, JOSÉ FRANCISCO. comentario a los artículos 167 a 170 LGSS en: MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS, y MORENO VIDA, M^a NIEVES (directores). *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Granada: Comares, 1999. | BLASCO-COM, 1999
- BLASCO LAHOZ, JOSÉ FRANCISCO, «La carencia de rentas o ingresos suficientes como requisito imprescindible para causar derecho a las pensiones no contributivas (su determinación legal y judicial)», *Aranzadi Social*, nº 17, enero del 2000. | BLASCO, 2000
- BLASCO LAHOZ, JOSÉ FRANCISCO, «Las pensiones no contributivas» en BLASCO LAHOZ, JOSÉ FRANCISCO; LÓPEZ GANDÍA, JUAN (directores) *Seguridad Social práctica*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. | BLASCO-PRACTICA, 2000
- BLASCO LAHOZ, JOSÉ FRANCISCO; LÓPEZ GANDÍA, JUAN; MOMPALER CARRASCO, M^a ÁNGELES, *Curso de Seguridad Social*, 8^a edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. | BLASCO, 2001
- BLASCO LAHOZ, JOSÉ FRANCISCO, *Las pensiones no contributivas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. | BLASCO-PNC, 2001
- BOROBIA FERNÁNDEZ, CÉSAR, *Métodos de valoración del daño corporal*, Madrid: Fundación Universidad-Empresa, 1989. | BOROBIA, 1989
- BRUNDTLAND, GRO HARLEM, *Les sciences et la santé: la perspective de l'OMS* [en línea], texto del discurso del Director General de la Organización Mundial de la Salud, en el Forum BioVisión, http://www.who.int/inf-dg/speeches/french/19990326_biovision.html, Lyon (F): 26 de marzo de 1999 [consulta: 17 agosto 1999]. | BRUNDTLAND, 1999
- BUHMANN, BRIGITTE; RAINWATER, LEE; SCHMAUS, GÜNTHER; SMEEDING, TIMOTHY-M. «Equivalence scales, well-being, inequality, and poverty: sensitivity estimates across ten countries using the Luxembourg Income Study (LIS) database», New Haven, Connecticut (USA): *Review of Income and Wealth*, Vol. 34, No. 2, Jun 1988. pág. 115-142, más dos disquetes adjuntos. | BUHMANN, 1988
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá (COL): Temis, 1982. | BUSTOS, 1982
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal español - Parte general*, Barcelona: Ariel, 1984. | BUSTOS, 1984

- CAIN. GLEN G, «El análisis económico de la discriminación en el mercado laboral» en ASHENFELTER, ORLEY C. y LAYARD, RICHARD, (compiladores) *Manual de economía del Trabajo*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Volumen I, 1991. | CAIN, 1991
- CÁMARA OFICIAL DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACION DE SANTA CRUZ DE TENERIFE, Y CÁMARA OFICIAL DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACION DE LAS PALMAS, [en línea] *Régimen fiscal: las especialidades aduaneras y fiscales*, http://www.cistia.es/empresas/camaralp/guia_importar/regimen.html [consulta: 10 agosto 1999]. | CÁMARAS, 1999
- CAMPS RUIZ, LUÍS MIGUEL «Régimen jurídico de las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación» *Revista de Serveis Socials*, núm. 18, enero-febrero de 1992. | CAMPS, 1992
- EMBAJADA DE ESPAÑA EN CANADÁ, *Guía para emigrar a Canadá* [en línea], <http://www.docuweb.ca/SpainInCanada/english/labour/migcan.html> [última modificación: 22 marzo 1999], Ottawa (CA): Consejería laboral [consulta: 11 agosto 1999]. | CANADÁ-MIGRACIÓN 1999
- EMBAJADA DE ESPAÑA EN CANADÁ, *Registro de matrícula de los españoles en el extranjero* [en línea], <http://www.docuweb.ca/SiSpain/spanish/guia/registro/resid.html> [última modificación: 22 marzo 1999], Ottawa (CA): Consejería laboral [consulta: 12 agosto 1999]. | CANADÁ-REGISTRO, 1999
- CARDENAL CARRO, MIGUEL, «Extranjero 'ilegal' y ámbito de cobertura de la Seguridad Social», *Aranzadi Social*, Tomo I de 1998, páginas 2503 y ss. | CARDENAL, 1998
- CASAS BAAMONDE, MARIA EMILIA, «Dos sentencias constitucionales sobre competencias de comunidades autónomas», *REDT*, n.º. 37, enero-marzo de 1989. | CASAS, 1989
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho Civil español, común y foral*, 14ª ed, Tomo I, Vol. 2º, Madrid: Reus, 1987. | CASTÁN, 1987
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho Civil español, común y foral*, 12ª ed, Tomo I, Vol. 1º, Madrid: Reus, 1988. | CASTÁN, 1988
- CASTRO ARGÜELLES, Mª ANTONIA, «Prestaciones en favor de familiares: requisitos generales y alcance del deber de alimentos», *Aranzadi Social*, (comentario a la STSJAr. de 25 de marzo de 1998 Ar.913), Tomo, I, 1998. | CASTRO, 1988

- CAVERO ROMERO, CLAUDIO, *Valoración de las incapacidades en el sistema sanitario español*, Valladolid: Secretariado de Publicaciones - Universidad de Valladolid, 1995. | CAVERO, 1995
- CENTRAAL BUREAU VOOR STATISTIEK, *In april almost 400 marriages between same-sex couples* [en línea], <http://www.cbs.nl/en/services/press-releases/2001/pb01e164.pdf> Voorburg (NL): Press release: 22-julio-2001, [consulta: 11 agosto 1999]. | CBS, 2001
- CENTRAAL BUREAU VOOR STATISTIEK, *Immigrant population will reach 2 million within a decade* [en línea], <http://www.cbs.nl/en/services/press-releases/2001/pb01e067.pdf> Voorburg (NL): Press release: 28-marzo-2001, [consulta: 25 agosto 2001]. | CBS-MIGR, 2001
- CERCAS ALONSO, ALEJANDRO, «La respuesta del sistema de Seguridad Social a las nuevas necesidades sociales» en SEMINARIO SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL ESTADO DEL BIENESTAR. LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS, *Pensiones no contributivas*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991. | CERCAS, 1991
- CHARRO BAENA, PILAR, «Prestaciones no contributivas: alcance de los Acuerdos de Cooperación entre la Unión Europea y los países del Magreb», *Relaciones Laborales*, num. 14, 1999. | CHARRO, 1999
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *España 2000. Economía Trabajo y Sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral*, Madrid: CES, 2001. Existe una versión electrónica en: <http://www.ces.es/memorias/memoria2000/memoria2000.pdf>. | CES, 2001
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Aplicación del pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - Segundo informe periódico presentado por los estados Partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto, de conformidad con los programas establecidos mediante la resolución 1988/4 del Consejo Económico y Social*, New York (USA): octubre del 2000. | CESNU, 2000
- CHARRO BAENA, PILAR, «Prestaciones no contributivas: alcance de los Acuerdos de Cooperación entre la Unión Europea y los países del Magreb, *Relaciones Laborales*, nº 14, julio de 1999. | CHARRO, 1999
- COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, «Droits des ressortissants des Etats Unis d’Amerique au Maroc», *Recueil*, La Haye (NL): CIJ. 1952, nº 93, pág. 391. | CIJ, 1952

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS, Distribuciones Marginales Barómetro de... [en línea], <http://cis.sociol.es/baros/frame.html>, [consulta: 30 junio 1999]

CIS, 1999

CORTES GENERALES, *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, número 277, sesión del 25 de noviembre de 1999. Puede consultarse en formato digital en la siguiente dirección: http://www.congreso.es/congreso/public_oficiales/L6/CONG/DS/PL/PL_277.PDF [última consulta: 20 mayo 2000]. Probablemente el estudio citado sea: *Trayectorias Laborales de los inmigrantes extranjeros en el mercado de trabajo español*, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1993: el sumario del Volumen I, aparece bajo la rúbrica de «investigaciones inéditas» en: <http://nodo50.ix.apc.org/ioe/trayecto.htm> [consulta: 20 mayo 2000], asimismo el Volumen II del mismo trabajo es citado por la OIT como inédito en: <http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/papers/estrain/ch2.htm> [consulta: 21 mayo 2000].

CIS-LOEX, 1999

CENTRO DE INVESTIGACIÓN SOBRE EL SÍNDROME DEL ACEITE TÓXICO (CISAT), *Toxic Oil Syndrome (TOS)*, [en línea], Madrid: Instituto de Salud Carlos III - Ministerio de Sanidad y Consumo http://cisat.isciii.es/ea/html/ea_tos.htm [consulta: 28 agosto 2001].

CISAT, 2001

CONSEIL DE L'EUROPE, *Les Etats membres du Conseil de l'Europe*, [en línea] [http://www.coe.int/portal.asp?strScreenType=100&L=F&M=\\$t/1-1-1-1//portal.asp?L=F&M=\\$t/001-00-00-2/02/FMB,1,0,0,2,Carte.stm](http://www.coe.int/portal.asp?strScreenType=100&L=F&M=$t/1-1-1-1//portal.asp?L=F&M=$t/001-00-00-2/02/FMB,1,0,0,2,Carte.stm) [consulta: 16 agosto 2001].

COE-MEMBRES, 2001

COUNCIL OF EUROPE, *Treaty Office*, [en línea] Actualizado el 18 de junio del 2001, <http://conventions.coe.int/treaty/FR/Menuprincipal.htm>, [consulta: 16 agosto 2001].

COE-TREATY, 2001

COLINO, P, *La noria de las pensiones*, [en línea] <http://www.irpf.net/aflpa266.htm>, Madrid, 1999 [consulta: 24 diciembre 2000].

COLINO, 1999

AAVV, *Comentarios a la Constitución*, 2ª Ed. Madrid: Civitas, 1985.

COMENTARIOS, 1985

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA, COMISIÓN PARA EL ESTUDIO Y PROPUESTA DE MEDIDAS PARA LA REFORMA DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS, *Informe de la Comisión de Expertos para la reforma del IRPF*, [en línea], 1998, <http://www.gesafcom.gesaffre/uhirpfx.htm> [consulta: 22 mayo 1999].

COMISIÓN IRPF, 1998

COMISSION EUROPÉENNE, *La politique fiscale dans l'Union européenne*, Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2000.

COM-FISCALIDAD, 2000

- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *La protección social en Europa 1999*, Bruselas (B): 21 de marzo del 2000; la versión electrónica puede consultarse en: http://europa.eu.int/comm/dg05/soc-prot/social/com163/com163_es.pdf [consulta: 23 mayo 2000]. COM-SOCIAL, 2000
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Tendencias sociales: perspectivas y retos*, Bruselas (B): 1 de marzo del 2000; la versión electrónica puede consultarse en: http://europa.eu.int/comm/dgcommissioners/diamantopoulou/docl/COM_2000_00_82_F_ES_ACTE.pdf [consulta: 23 agosto 2001]. COM-TENDENCIA, 2000
- CONDEI CASTEJÓN, JORDI, «El concepto de bases», en *La conflictivitat competencial*, Tomo 10, Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 1992. CONDE, 1992
- CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, «La protección de la vejez por la Seguridad Social» *Tercer punto del orden del día: Informes y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones*, 76ª reunión. Ginebra (CH): Oficina Internacional del Trabajo, 1989. CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 1989
- SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Pensiones no contributivas (Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de ley por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas)*, Madrid: Documentación nº 79 (tres tomos), enero de 1990. CONGRESO, 1990
- CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapports explicatifs sur la Convention Européenne de Sécurité Sociale et sur l'Accord Complémentaire pour l'application de la Convention Européenne de Sécurité Sociale*, Strasbourg (F): Conseil de l'Europe, 1978. CONSEIL, 1978
- CONSEIL DE L'EUROPE, *Utilisation de la classification internationale des déficiences, incapacités et handicaps (CIDIH) en rééducation et réadaptation*, Strasbourg (F): Conseil de l'Europe, 1989. CONSEIL, 1989
- CONSEJO DE ESTADO, *Informe de la Comisión Permanente relativo a la adecuación al orden de competencias derivado de la Constitución y del Estatuto de Autonomía de Andalucía del Decreto 284/1998, de 29 de diciembre, por el que se establecen ayudas económicas complementarias, de carácter extraordinario, en favor de los pensionistas por jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas*, Madrid: 9 de septiembre de 1999. CONSEJOE, 2000

Disponible también en <http://www.atass.org/documentos/dictamen1673-99-mm.rtf>, [consulta: 7 junio 2000].

AZNAR LÓPEZ, JOSÉ MARÍA (Presidente del Gobierno), GUTIÉRREZ VEGARA, ANTONIO (Comisiones Obreras), y MÉNDEZ RODRÍGUEZ, CÁNDIDO (Unión General de Trabajadores), *Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social*, firmado en Madrid: 9 de octubre de 1996, versión electrónica en: <http://www.atass.org/pactotoledoacuerdo.html>, [consulta 7 junio 2000]

CONSOLIDACIÓN,
1996

CÓRDOBA RODA, JUAN; RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO; DEL TORO MARZAL, A; CASABO RUIZ, JOSÉ-RAMÓN, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona: Ariel, 1972.

CÓRDOBA, 1972

COROMINAS MALET, ANDREU, «Principis generals - Aspectes jurídics», y «Associacionisme i voluntariat - Aspectes jurídics i realitzacions» en VILÀ MANCEBO, ANTONI y COROMINAS MALET, ANDREU (coordinadores), *10 anys de la Llei d'integració social dels minusvàlids a Catalunya: present i futur*, Barcelona: Generalitat de Catalunya, 1992, 2 tomos

COROMINAS, 1992

CORRETJA I TORRENS, MERCÈ, *La conflictivitat competencial : La garantia del principi d'igualtat en l'article 149.1.1 CE*, Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 1991.

CORRETJA, 1991

GARCÍA CORTÁZAR Y NEBREA, CARLOS, «La situación de los extranjeros ante el sistema de protección social español», *Foro de Seguridad Social*, núm. 2, Madrid: octubre del 2000.

CORTÁZAR, 2000

CRIADO DEL RÍO, MARÍA TERESA, *Valoración médico-legal del daño a la persona*, Madrid: Colex, 1999.

CRIADO, 1999

CRUZ ROCHE, IGNACIO, «Aspectos económicos de la evolución de la Seguridad Social no contributiva», en *Pensiones no contributivas*, Madrid: MTSS, 1991.

CRUZ, 1991

CSC, «Guide de législation sociale», *Syndicaliste-CSC*, número 524, (número extraordinario de 434 páginas), Bruselas (B): marzo del 2000.

CSC, 2000

CSC, «Guide de législation sociale», *Syndicaliste-CSC*, número 543, (número extraordinario de 450 páginas) Bruselas (B): marzo del 2001.

CSC, 2001

CUBAS MORALES, ARMANDO, «A propósito de la Seguridad Social de los extranjeros», *Tribuna Social*, nº 50, febrero de 1995

CUBAS, 1995

- DE LA CUESTA AGUADO, PAZ MERCEDES, «El principio penal de respeto a la dignidad de la persona», http://publicaciones.derecho.org/redp/N@mero_13_Setiembre_de_2000/3 *Revista electrónica de Derecho Penal*, [en línea] septiembre del 2000 [consulta 3 octubre 2001] CUESTA, 2000
- JUSTITIE DEPARTMENTET, «Custody of children», *Fact sheet* [en línea] Stockholm(SE): 5 de mayo de 2000, <http://www.justitie.regeringen.se/inenglish/pressinfo/pdf/FaktaCustody.pdf>, [consulta: 25 de agosto del 2001]. CUSTODYSE, 2000
- DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *Derecho Civil de España*, Madrid: Civitas, 1984, ed. facsímil de los tomos I y II publicados en 1949 y 1952. DE CASTRO, 1984
- DE LA VILLA GIL, LUÍS ENRIQUE, *Las Pensiones Sociales, problemas y alternativas*, Ponencia general, leída en el IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, (original), mayo de 1998. DE LA VILLA, 1998
- DEFENSOR DEL PUEBLO, «Informes anuales a las Cortes Españolas» [en línea], enlaces a la versión electrónica de los informes correspondientes a los años 1995 a 1999, <http://www.defensordelpueblo.es/info/informes%20anuales.htm>, [consulta: 24 diciembre 2001]. DEFENSOR, 2001
- DEMETER, STEPHEN L.; ANDERSON, GUNNAR B.J.; SMITH, GEORGE M.; ET ALII, *Disability evaluation*, St. Louis (USA): Mosby - American Medical Association, 1996. DEMETER, 1996
- DENIS, PIERRE, *Droit de la Sécurité Sociale*, T. II, Bruxelles (B): Larcier, 1994. DENIS, 1994
- DESDENTADO BONETE, AURELIO, «El régimen económico de la Seguridad Social y las Autonomías», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 38, Madrid: Civitas, 1983. DESDENTADO, 1983
- DESDENTADO BONETE, AURELIO, «Las pensiones no contributivas en el marco constitucional» en SEMINARIO SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL ESTADO DEL BIENESTAR. LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS, *Pensiones no contributivas*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991. DESDENTADO, 1991
- DESPLANQUES, GUY, «La población francesa a comienzos del año 2000» [en línea], Madrid: marzo del 2001, DESPLANQUES, 2001

<http://www.ambafrance.es/Espanol/presse/actudiplo/sig/lapopula.htm> , [consulta: 27 agosto 2001].

DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL, «Comparaciones Internacionales de los Sistemas de protección Social» [en línea], en *Informe Económico Financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social de 1999*, capítulo X, <http://www.seg-social.es/dgoss/presupuesto/docs/pdf/inform10-99.pdf> , [consulta: 7 julio 1999].

DGOSS-
INTERNACIONAL,
1999

DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL, «Comparaciones Internacionales de los Sistemas de protección Social» [en línea], en *Informe Económico Financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social. Año 2000*, capítulo X, <http://www.seg-social.es/dgoss/presupuesto/docs/pdf/inform10-2000.pdf> , [consulta: 9 octubre 2000].

DGOSS-
INTERNACIONAL,
2000

DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL, «Prestaciones Económicas del Sistema de la Seguridad Social» [en línea], en *Informe Económico Financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social de 1999*, capítulo IV, <http://www.seg-social.es/dgoss/presupuesto/docs/pdf/inform4-99.pdf> , [consulta: 7 julio 1999].

DGOSS-
PRESTACIONES,
1999

DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL, «Prestaciones Económicas del Sistema de la Seguridad Social - Prestaciones no contributivas» [en línea], en *Informe Económico Financiero a los Presupuestos de la Seguridad Social del 2000*, capítulo IV, http://www.seg-social.es/dgoss/presupuesto/docs/pdf/inform4_3_2000.pdf , [consulta: 9 octubre 2000].

DGOSS-
PRESTACIONES,
2000

DÍAZ BARRADO, CÁSTOR M., «La Carta Social Europea: un instrumento válido para el desarrollo de los derechos sociales en Europa», en: MARIÑO MENÉNDEZ, FERNANDO M. Y FERNÁNDEZ LIESA, CARLOS (coord.) *Política social internacional y europea*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.

DÍAZ, 1996

DÍEZ DE VELASCO, MANUEL, INSTITUCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, Madrid: Tecnos, 1999 (12a. Edición).

DÍEZ DE VELASCO,
1999

DÍEZ-PICAZO, LUÍS, *Sistema de derecho Civil*, 3ª edición, Madrid: Tecnos, 1983.

DÍEZ-PICAZO, 1983

DÍEZ-PICAZO, LUÍS, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial*, Madrid: Tecnos, 1986

DÍEZ-PICAZO, 1986

- DÍEZ-PICAZO, LUÍS, *Sistema de derecho Civil*, 7ª edición, Madrid: Tecnos, 1990. | DÍEZ-PICAZO, 1990
- AAVV, «Comunicaciones de grupos de trabajo. VII reunión anual. Personas IMS» | DNI, 1978
Noticias de Guide Ibérica, nº 42. Valencia: Noviembre de 1978.
- DOLE, GEORGE, *Les ecclésiastiques et la Sécurité Sociale en Droit Comparé*, Paris (F): | DOLE, 1976
Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1976.
- DOMENECH, GLORIA; FERRANDIS, PALOMA; BOU, JAVIER; ET ALII, «Centros de Orientación y | DOMENECH, 1997
Diagnóstico de Minusvalías», *Viure en Salut*, nº 32, 1997.
- DO NASCIMENTO E SILVA, GERALDO E., «Les relations diplomatiques et consulaires» en | DO NASCIMENTO,
BEDJAOU, MOHAMMED, *Droit International, bilan et perspectives*, Tomo I, Paris (F): | 1991
UNESCO y Éditions Pedone, 1991.
- DEPARTMENT OF SOCIAL SECURITY - BENEFITS AGENCY, *Non-contributory Benefits for Disabled | DSSUK-DISABLED,
People* [en línea], <http://www.dss.gov.uk/ba/access/TECH/HB5.pdf> , UK: Benefits | 1998
agency, October 1998 [consulta: 25 mayo 2000].
- DEPARTMENT OF SOCIAL SECURITY - CHILD SUPPORT, *Housing Costs* [en línea] | DSSUK-HOUSING,
http://www.dss.gov.uk/csa/pdf_files/dmg/dm_pt05.pdf , UK: Decision Makers Guide, Part | 1999
05, May 1999 [consulta: 23 mayo 2000].
- DUPEYROUX, JEAN-JACQUES, *Droit de la sécurité sociale*, Paris (F): Dalloz, 1998. | DUPEYROUX, 1998
- DURAND, PAUL, *La política contemporánea de Seguridad Social*, Madrid: Ministerio de | DURAND, 1953
Trabajo y Seguridad Social, 1991. Es traducción del original publicado en Paris (F):
Dalloz, 1953.
- DURÁN HERAS, ALMUDENA, «Personas con recursos escasos y protección social», *Revista | DURÁN HERAS, 1993
de Trabajo y Seguridad Social*, enero-marzo, 1993.
- AGENCIA EFE [en línea], base de datos de noticias servidas por la agencia, enlaces a las | EFEDATA
noticias del día en <http://www.efe.es>. Consulta de noticias de la base de datos desde
1985 en: <http://efeinet.efe.es/plweb-cgi/fastweb.exe?searchform> [consulta: 8 enero
1999].

EICHER, HEIZ, «La Seguridad Social de refugiados y expulsados», *La política social en Alemania*, nº 39. Essen (RFA): Ministerio Federal de Trabajo y Orden Social, 1969. | EICHER, 1969

EL MUNDO [en línea], publicación seriada diaria, enlaces a las últimas noticias en: <http://www.el-mundo.es/index.html>, búsqueda de noticias de los últimos dos años en: <http://www.el-mundo.es/diario/busca.html>. [consulta: 8 enero 1999] | EL MUNDO

EL PAÍS DIGITAL [en línea], publicación seriada diaria, enlace a las noticias del día en: <http://www.elpais.es>. Búsqueda de noticias de los últimos siete días en: <http://www.elpais.es/p/d/buscador/busca.htm/>, [última consulta: 28 noviembre 2000] | EL PAÍS

ESCUDERO RODRÍGUEZ, RICARDO, «Una norma de envergadura: La Ley de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social», *Relaciones Laborales*, nº 4, 1991. | ESCUDERO, 1991

SECRETARÍA DE ESTADO DE LA COMUNICACIÓN, *España 2000*, Madrid: Ministerio de la Presidencia, 2000. El capítulo «Prestaciones y servicios sociales de bienestar» puede consultarse en: <http://www.la-moncloa.es/libroespa/Docs/Bienestar.pdf> [consulta: 19 mayo 2000]. | ESPAÑA, 2000

ESTEBAN, JULI, «L'habitatge a Barcelona: estat de la qüestió i alternatives», *Papers. Regió metropolitana de Barcelona*, número 29, febrero de 1998. Disponible también en: <http://blues.uab.es/iemb/papers29/01.pdf>, [consulta: 14 mayo 1999]. | ESTEBAN, 1998

COMISIÓN EUROPEA, *Eur-Lex*, Base de datos de legislación y jurisprudencia comunitarias, puede consultarse en: <http://europa.eu.int/eur-lex/es/index.html>; la legislación relativa a política social se halla en: http://europa.eu.int/eur-lex/es/lif/ind/es_analytical_index_05.html [consulta 20 agosto 2001] | EUR-LEX

COMISIÓN EUROPEA - DIRECCIÓN GENERAL II, *Introduction de l'euro et arrondi des sommes d'argent* [no existe versión española], Documento II/717/97-FR-final. Versión electrónica en: <http://europa.eu.int/euro/html/dossiers/00121/00121-fr.pdf>, Luxembourg, 3 mai 1999. [consulta: 20 mayo 1999]. | EURO, 1997

COMUNIDADES EUROPEAS, *Spelling of the words "euro" and "cent" in the official Community languages - to be used when drawing up Community Legislative acts*, [en línea], <http://europa.eu.int/euro/html/rubrique-cadre1.html?pag=rubrique-defaut1.html|lang=1|rubrique=221|chap=15>, Luxembourg: 4 julio 2001. [consulta: 26 agosto 2001]. | EUROCENT, 2001

- EUROSTAT, *L'UE15 consacre 28,7% de son PIB à la protection sociale* [en línea], Memo no. 4/9, <http://europa.eu.int/en/comm/eurostat/compres/fr/4499/0499mefr.pdf>, Luxembourg, 3 mai 1999. [consulta: 20 mayo 1999]. | EUROSTAT, 1999
- COLEGIO DE ABOGADOS DE ZARAGOZA, REAL E ILUSTRE, *Web de extranjería*, [en línea], último dato disponible: 1997, <http://www.reicaz.es/extranjeria/menu/default.html>, [última consulta: 26 agosto 2001]. | EXTRANJERÍA, 2001
- JUSTITIE-DEPARTEMENTET, *Family Law*, Stockholm (SE): 1998. | FAMILYSE, 1998
- FARGAS FERNÁNDEZ, JOSEP, «Acotaciones a la técnica legislativa empleada en la Ley 26/1990», *X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales (1991)*, Madrid: Trotta, 1992. | FARGAS, 1991
- FARGAS FERNÁNDEZ, JOSEP, «La "familia de hecho" y las prestaciones de la Seguridad Social», *Estudios Financieros*, número 117, diciembre de 1992. | FARGAS, 1992
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA FERNANDA, «La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional», en ALARCÓN CARACUEL, MANUEL RAMÓN (Coord.) *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Madrid: Marcial Pons, 1992. | FERNÁNDEZ, 1992
- FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN, «La contribución de la jurisprudencia constitucional al Estado Autonómico», [en línea] *@dministración. Ciberrevista de Derecho Administrativo*, n ú m . 1 3 , e n e r o - m a r z o d e l 2 0 0 0 . <http://www.law.unican.es/administracion/ESTU/00002.htm> [última consulta: 27 noviembre 2000] | FERNÁNDEZF, 2000
- FERREIRO LAPLATZA, JOSÉ JUAN; CLAVJO HERNÁNDEZ, FRANCISCO; MARTÍN QUERALT, JUAN; PÉREZ ROYO, FERNANDO, *Curso de Derecho Tributario*, Madrid: Marcial Pons, 1987 | FERREIRO, 1987
- FERREIRO LAPLATZA, JOSÉ JUAN, *Curso de Derecho Financiero Español*, Madrid: Marcial Pons, 1987 | FERREIRO-DF, 1987
- DEPARTAMENT D'ECONOMIA I FINANCES, *Finançament autonòmic - El text de l'acord de f i n a n ç a m e n t , [e n l í n e a] ,* | FINAUT, 1996

<http://www.gencat.es/economia/progecon/financament/text.htm>, Barcelona: 23-set-1996, [última consulta: 27 agosto 2001].

PRESIDENCIA DEL GOBIERNO, «El Gobierno y las Comunidades Autónomas aprueban por unanimidad el nuevo modelo de financiación», en: *Boletín de Información Nacional*, [en línea], Madrid: 28-jul-2001, <http://www.la-moncloa.es/boletin/panadero/b2807010.htm>, [última consulta: 26 agosto 2001].

FINAUT, 2001

FUNDACIÓN FOESSA - FOMENTO DE ESTUDIOS SOCIALES Y DE SOCIOLOGÍA APLICADA, DE MIGUEL, AMANDO [Director], *Informe sociológico sobre la situación social en España-1970*, Madrid: Euramérica, 1970.

FOESSA, 1970

FUNDACIÓN FOESSA - FOMENTO DE ESTUDIOS SOCIALES Y DE SOCIOLOGÍA APLICADA, GONZÁLEZ SEARA, LUÍS [coordinador], *Estudios sociológicos sobre la situación social en España-1975*, Madrid: Euramérica, 1976.

FOESSA, 1975

FÖRSTER, MICHAEL, «Measurement of low incomes and poverty in a perspective of international comparisons» *Labour market and social Policy*. Paris: OCDE, Occasional papers No. 14, 1994 [en línea] http://www.oecd.org/els/pdfs/Labour/docs/Occasional_papers/gd9410e.pdf [consulta: 25 junio 1999].

FÖRSTER, 1994

GALA DURÁN, CAROLINA, *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Pamplona: Aranzadi, 1997.

GALA, 1997

GALÁN GARCÍA, AGUSTÍN, «La universalización de la Seguridad Social en España. Una aproximación histórica», en: CARDENETE FLORES, MANUEL ALEJANDRO, *Las prestaciones sociales en el umbral del siglo XXI*, Huelva: Universidad de Huelva, 1999.

GALÁN, 1999

GALLEGO MORALES, ÁNGEL. comentario a los artículos 144 a 152 LGSS en: MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS, y MORENO VIDA, M^a NIEVES (directores). *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Granada: Comares, 1999.

GALLEGO, 1999

GARCÉS SANAGUSTÍN, ÁNGEL, *Las prestaciones económicas en el ámbito de la protección asistencial*, Barcelona: Cedecs, 1996.

GARCÉS, 1996

- GARCÍA RODRÍGUEZ, ISABEL, *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991. | GARCÍA, 1991
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas, 1987. | GARCÍA DE ENTERRÍA, 1987
- GARCÍA ORTEGA, JESÚS; y GARCÍA NINET, JOSÉ IGNACIO, «La protección por jubilación en la modalidad no contributiva de la Seguridad Social», Valencia: *Revista de Treball*, número 15, enero-abril de 1991. | GAR ORTEGA-NINET, 1991
- GARCÍA VIÑA JORDI, «La evolución jurisprudencial de la Gran Invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social», Madrid: *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 106, julio-agosto del 2001. | GAR VIÑA, 2001
- GENERALITAT DE CATALUÑA, *PNC per invalidesa - Quantia de la pensió* [en línea], http://www3.gencat.es:81/pnc/invalidesa_quantia.htm , Departament de Benestar Social, 2000 [consulta: 18 diciembre 2000] | GENCAT, 2000
- GENERALITAT DE CATALUÑA - DEPARTAMENT DE SANITAT I SEGURETAT SOCIAL, *Política d'immigració a Catalunya* [en línea] , http://www.gencat.es/icm/politiques_immigracio/ppolitiques2_207.pdf , Barcelona: febrero del 2001 [consulta: 18 diciembre 2001] | GENCAT, 2001
- GARRIDO PÉREZ, EVA, «La noción de trabajador beneficiario de los reglamentos comunitarios de coordinación de sistemas de Seguridad Social», en LÓPEZ LÓPEZ, JULIA (coord.), *Seguridad Social y Protección Social: temas de actualidad*, Madrid: Marcial Pons, 1996. | GARRIDO, 1996
- GILCART, STÉPHANE, *Douze constitutions pour une Europe*, Diegem (BE): Kluwer, 1994. | GILCART, 1994
- GISPERT MAGAROLÉS, ROSA; FORÉS, MERCÉ, «L'esperança de vida sense incapacitat a Catalunya, 1986» *Salut Catalunya*, Vol. 5, núm. 2, Barcelona: Institut d'Estudis de la Salut, 1991. | GISPERT, 1991
- GOERLICH PESET, JOSÉ MARÍA, «La Incapacidad permanente», en BLASCO LAHOZ, JOSÉ FRANCISCO; y LÓPEZ GANDÍA JUAN, [directores] *Seguridad Social Práctica*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. | GOERLICH, 2000

- GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, EMILIO, «La Seguridad Social de los migrantes no comunitarios que trabajan en la Comunidad Europea», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, enero-marzo, 1993. | GONZÁLEZ-SANCHO, 1993
- GONZALO GONZÁLEZ, BERNARDO, «Las pensiones no contributivas en Europa», *Documentación Laboral*, núm. 27-28, 1989. | GONZALO, 1989
- GONZALO GONZÁLEZ, BERNARDO, «La influencia en la legislación española de los instrumentos internacionales sobre Seguridad Social del Consejo de Europa», *Relaciones Laborales*, nº 13, 1991. | GONZALO, 1991
- GONZALO GONZÁLEZ, BERNARDO (coord), *Estudios preparatorios para la Ley de prestaciones no contributivas* », prólogo de JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, ADOLFO, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991. | GONZALO-ESTUDIOS, 1991
- GONZALO GONZÁLEZ, BERNARDO; ALONSO SECO, JOSÉ MARÍA; MARTÍNEZ LÓPEZ, FRANCISCO; NUÑO RUBIO, JOSÉ LUÍS; OLIET PALÁ, BLAS; SANJUÁN MARÍN, JUAN JOSÉ, *Código de protección social*, 2 tomos, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995. | GONZALO-CÓDIGO, 1995
- GONZALO GONZÁLEZ, BERNARDO, *Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social*, Madrid: Consejo Económico y Social, 1995. | GONZALO-INT, 1995
- GONZALO GONZÁLEZ, BERNARDO, «Reparto competencial y complementariedad de las prestaciones sociales básicas», *Foro de Seguridad Social*, nº 1, Marzo del 2000. | GONZALO, 2000
- GOODWIN GREENWOOD, JUDITH, «History of disability as a legal construct», en DEMETER ET ALII, *Disability evaluation*, St. Louis (USA): Mosby-AMA, 1996. | GOODWIN, 1996
- GOZÁLVEZ PÉREZ, VICENTE, «Inmigración, causas y perspectivas». *Nueva Revista de Política, Cultura y Arte*, núm. 71, Madrid: octubre-noviembre 2001. Versión electrónica en: http://www.nuevarevista.net/nr_articulo71_2.htm | GOZÁLVEZ, 2000
- GUTIÉRREZ VEGARA, ANTONIO, «La cruel paradoja del SMI», en LA VANGUARDIA, de 29 de diciembre del 2000. Versión electrónica en http://www.lavanguardia.es/cgi-bin/noticia.pl?dia=29_12&link=vb2921a&sec=opi [consulta 30 diciembre 2000]. | GUTIÉRREZ, 2000

- GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO, «Prestaciones no contributivas de la Seguridad Social», en OJEDA AVILÉS, ANTONIO (coord.) *X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid: Trotta,1992. | GZORTEGA, 1992
- HAGENAARS, ALDI; DE VOS, KLAAS «The definitions and measurement of poverty», *Journal of Human Resources*. Vol. XXIII, No. 2, The University Wisconsin Press (USA): Spring 1988, pp. 211-221. | HAGENAARS, 1987
- HANDITEC, *Les utilisations de la Classification Internationale des Handicaps*,[en línea] http://www.handitec.com/handitec/les_0009.htm , Coubert (F): Actif-Handitec [consulta: 15 agosto 1999]. | HANDITEC, 1999
- HATLAND, AKSEL, «Pensiones no contributivas» en COLOQUIO EXTRAORDINARIO DEL INSTITUTO EUROPEO DE SEGURIDAD SOCIAL SOBRE PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS EN EUROPA, *Pensiones no contributivas*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.. | HATLAND, 1991
- HAUSER, RICHARD, «Adequation des prestations et pauvreté chez les retraités» en *Atelier conjoint BIT-OCDE: Développement et réforme des systèmes de pension* [en línea], Décembre 1997, <http://www.oecd.org/els/pdfs/SocialPolicy/FR2.PDF> [consulta: 25 junio 1999] | HAUSER, 1997
- HERNÁNDEZ CUETO, CLAUDIO, *Valoración médica del daño corporal. Guía práctica para la exploración y evaluación de lesionados*, Barcelona, Masson, 1996. | HERNÁNDEZ, 1996
- HERNÁNDEZ PÉREZ, MARÍA JOSÉ, *La responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de Seguridad Social*, Murcia: Universidad de Murcia, 1994. | HERNÁNDEZMJ, 1996
- DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, «Annual Update of the HHS Poverty Guidelines», *Federal Register*, Washington: February 24, 1998 ,Volume 63, Number 36, pp. 9235-9238, versión electrónica en: <http://aspe.hhs.gov/poverty/98fedreg.htm>, [consulta: 11 julio 1999]. | HHS, 1998
- HURTADO GONZÁLEZ, LUÍS, «Prestaciones no contributivas de Seguridad Social y prestaciones de Asistencia Social», en OJEDA AVILÉS, ANTONIO (coord.) *X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid: Trotta,1992. | HURTADO, 1992

- INSTITUT D'ESTADÍSTICA DE CATALUNYA, *Pobresa*, [en línea], datos de 1990-91, IDESCAT, 1990
<http://www.idescat.es/scripts/sqldequavi.dll?TC=444&V0=6&V1=3>, con nota metodológica en <http://www.idescat.es/scripts/sqldequavi.dll?TC=333&V0=6&V1=3>
[consulta: 2 julio 1999]
- INSTITUT D'ESTADÍSTICA DE CATALUNYA, *Ingressos i despeses de les llars*, [en línea], datos de 1991, IDESCAT, 1991
<http://www.idescat.es/scripts/sqldequavi.dll?TC=444&V0=6&V1=1>, con nota metodológica en <http://www.idescat.es/scripts/sqldequavi.dll?TC=333&V0=6&V1=1>
[consulta: 2 julio 1999]
- INSTITUT D'ESTADÍSTICA DE CATALUNYA, *Llars i Famílies: Tipus de Llars*, [en línea], datos de 1991 y 1996, IDESCAT, 1996
<http://www.idescat.es/scripts/sqldequavi.dll?TC=444&V0=3&V1=4>,
[consulta: 2 julio 1999]
- INSTITUT D'ESTADÍSTICA DE CATALUNYA, *Salut - Esperança de vida*, [en línea], último dato disponible: 1997, IDESCAT, 1997
<http://www.idescat.es/scripts/sqldequavi.dll?TC=444&V0=2&V1=1>,
[consulta 2 julio 1999].
- INSTITUTO DE MIGRACIONES Y SERVICIOS SOCIALES, *Las personas mayores en España. Informe 2000*, Madrid: IMSERSO, 2000 (vols I y II), versión electrónica de los datos básicos en: IMSERSO, 2000
http://www.seg-social.es/imserso/mayores/docs/i0_mayobs22.html, [consulta: 26 agosto 2001]
- INSTITUTO DE MIGRACIONES Y SERVICIOS SOCIALES, *Pensiones no contributivas*, [en línea], IMSERSO-PNC, 2001
http://www.seg-social.es/imserso/discapacidad/docs/i0_dispnc.html, [consulta: 2 septiembre 2001]
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Encuesta continua de presupuestos familiares: metodología*, [en línea], INE, 1997
<http://www.ine.es/daco/daco.htm>, [consulta: 6 julio 1999]
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Encuesta continua de presupuestos familiares: gastos de consumo de los hogares*, [en línea], primer trimestre de 1999, INE, 1999
<http://www.ine.es/daco/daco42/daco4213/ecpf0199.pdf>, [consulta: 6 julio 1999]
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, «Condiciones de vida», en: *España en cifras 2000*, [en línea], Madrid: INE, 2000, INE, 2000
<http://www.ine.es/espcef/espcefes/cond00.pdf>, [consulta: 26 agosto 2001]

- INSTITUTE FOR RESEARCH ON POVERTY, «Revising the poverty measure», *Focus*, Volume 19, Number 2, Madison (USA): University of Wisconsin, Spring 1998, versión electrónica en: <http://www.ssc.wisc.edu/irp/pubs/foc192.pdf>, [consulta: 11 julio 1999]. IRP, 1998
- INSTITUTE FOR RESEARCH ON POVERTY, *Frequently Asked Questions about Poverty* [en línea], <http://www.ssc.wisc.edu/irp/>, Madison (USA): University of Wisconsin, [consulta: 2 julio 1999]. IRP, 1999
- INTERNAL REVENUE SERVICE, *Tax Guide for U.S. Citizens and Resident Aliens Abroad; Chapter 4, Foreign Earned Income and Housing: Exclusion - Deduction; Requirements* [en línea] actualizado en 20-nov-2000, http://www.irs.ustreas.gov/prod/forms_pubs/pubsp540402.htm, [consulta: 2 agosto 2001]. IRS, 2000
- JENNINGS, ROBERT Y., «Les Traités» en BEDJAOUI, MOHAMMED, *Droit International, bilan et perspectives*, Tomo I, Paris (F): UNESCO y Éditions Pedone, 1991. JENNINGS, 1991
- JONES, KAREN E.; TAMARI, ITAMAR E., «Making our offices universally accessible: guidelines for physicians», *Canadian Medical Association Journal*, vol. 156, no. 5, March 1, 1997, páginas. 647 - 656. Versión electrónica en: <http://www.cma.ca/cmaj/vol%2D156/issue%2D5/0647.htm> [consulta: 15 agosto 1999]. JONES, 1997
- JOVER, AGUSTÍ, «L'oferta de lloguer a la ciutat de Barcelona», *Papers, Regió metropolitana de Barcelona*, núm. 29, febrer 1998, disponible también en: <http://blues.uab.es/iemb/papers29/04.pdf>. [consulta: 14 mayo 1999]. JOVER, 1998
- JUNTA DE ANDALUCÍA, *Pensión No Contributiva (PNC) de Invalidez* [en línea], http://www.nexus.cas.junta-andalucia.es/web_spd/spd/syppd1/syppd1513.htm, Consejería de Asuntos Sociales, 2000 [consulta 18 diciembre 2000]. JUNTAAND, 2000
- JUNTA DE ANDALUCÍA, *Referencias del Consejo de Gobierno* [en línea], <http://www.junta-andalucia.es/consejo/index.html>, Enlaces ordenados cronológicamente a las referencias desde el 7 de enero de 1997 hasta la actualidad [consulta 18 agosto 2001]. JUNTAAND, 2001
- JUNTA DE EXTREMADURA, *Pensiones No contributivas - Requisitos* [en línea], <http://www.juntaex.es/consejerias/bs/dgmcpr/requisit.html>, Consejería de Bienestar Social [consulta: 18 diciembre 2000]. JUNTAEX, 2000

- MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Installation du Groupe de travail «Droit de Famille»* [en línea], <http://www.justice.gouv.fr/publicat/famille.htm> , Paris (F): 1998 [consulta: 17 de septiembre 1999] JUSTICE, 1998
- MINISTERIO DE JUSTICIA, *El Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia* [en línea], http://www.mju.es/ar_registro.htm , [consulta: 7 de julio 1999]. JUSTICIA, 1999
- JUSTÍCIA DE ARAGÓN, *Informe anual 1997* [en línea], <http://www.eljusticiadearagon.com/INFORME/2cap1ss.htm> , [consulta: 25 de noviembre del 2000]. JUSTICIAAR, 1997
- MINISTERIO DE JUSTICIA, *Pactos y Convenciones Internacionales sobre Libertad Religiosa* [en línea], http://www.mju.es/ar_pactos.htm , [consulta: 7 de julio 1999]. JUSTICIA-PACTOS, 1999
- KEILMAN, NICO; LYNGSTAD, JAN; BOJER, HILDE; THOMSEN, IB, *Poverty and Economic Inequality in Industrialized Western Nations*, Oslo: Scandinavian University Press, 1997 KEILMAN, 1997
- KANSANELÄKELAITOS (KELA), *A Guide to Benefits 2000*, [en línea], <http://www.kela.fi/pdfkirjasto/esite/guid2000.pdf>. Helsinki (FIN): 1 de enero del 2000, [consulta: 9 de agosto del 2000]. KELA-BENEFITS, 2000
- KANSANELÄKELAITOS (KELA), *Social Security Contributions*, [en línea], <http://www.kela.fi/english/social.htm>. Helsinki (FIN): 15 de junio de 1999, [consulta: 9 de agosto del 2000]. KELACONTRIBUTIONS, 1999
- KANSANELÄKELAITOS (KELA), *Disability benefits in Finland*, [en línea], <http://www.kela.fi/english/adisabe.htm>. Helsinki (FIN): 15 de junio de 1999, [consulta: 9 de agosto del 2000]. KELA-RATES, 1999
- KANSANELÄKELAITOS (KELA), *Residence-based Social Security*, [en línea], <http://www.kela.fi/english/rebaso.htm>. Helsinki (FIN): 15 de junio de 1999, [consulta: 9 de agosto del 2000]. KELA-RESIDENCE, 1999
- KANSANELÄKELAITOS (KELA), *Retirement*, [en línea], <http://www.kela.fi/english/retirem.htm>. Helsinki (FIN): 15 de junio de 1999, [consulta: 9 de agosto del 2000]. KELA-RETIREMENT, 1999
- KOLBERG, JON EIVIND, «L'avenir des divers systèmes de Sécurité Sociale à la lumière des perspectives socio-économiques des Etats membres», en *Adaptation de la Sécurité* KOLBERG, 1989

Sociale aux besoins nouveaux d'une société en mutation, Strasbourg (F): Conseil de l'Europe, 1989.

KOSKO, BART, *El futuro borroso o el cielo en un chip*, Barcelona: Crítica, 2000.

KOSKO, 2000

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS Y SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO, *Elementos de Derecho Civil Vol. I*, Barcelona: José María Bosch, 1988.

LACRUZ, 1988

LA VANGUARDIA [en línea], publicación seriada diaria, enlace a las noticias del día en: <http://www.lavanguardia.es> . Búsqueda de noticias de los últimos tres meses en: <http://www.vanguardia.es/hemeroteca/> , [última consulta: 23 agosto 2001]

LA VANGUARDIA

LE MONDE [en línea], publicación seriada diaria, enlaces a las noticias del día en: <http://www.lemonde.fr> . Búsqueda del texto íntegro de los artículos publicados desde 1987 en: <http://archives.lemonde.fr> [última consulta: 17 septiembre 1999].

LE MONDE

LE ROY, MAX, *L'évaluation du préjudice corporel*, 15e édition, Paris (F): Litec, 2000.

LE ROY, 2000

LIBERATI, JORGE, « Sobre la lógica borrosa », [en línea] *Página latinoamericana de filosofía*, núm. 1 <http://www.ngweb.com/latinofil/nrouno/liberati.htm> Montevideo (UY): enero de 1997 [consulta 3 octubre 2001].

LIBERATI, 1997

LIBERATION [en línea], publicación seriada diaria, enlaces a las noticias del día en: <http://www.liberation.com> . Búsqueda del texto íntegro de los artículos publicados en el último año en: <http://recherche.liberation.com> [última consulta: 17 septiembre 1999].

LIBERATION

LÓPEZ LÓPEZ, JULIA, «El artículo 149.1.17 como título de legitimación competencial para las CCAA en materia de renta mínima», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 48, julio-agosto de 1991.

LÓPEZ, 1991

LÓPEZ LÓPEZ, JULIA, *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, Madrid: Marcial Pons, 1994.

LÓPEZ, 1994

LÓPEZ LÓPEZ, JULIA, «La coordinación comunitaria de los sistemas de protección social de los países miembros», en *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, Madrid: Marcial Pons, 1996.

LÓPEZ, 1996

- LÓPEZ LÓPEZ, MARÍA TERESA; MELGUIZO SÁNCHEZ, ÁNGEL, «El popular temor al déficit público», *El País*, 28 de noviembre del 2000, página 16. Versión digital en <http://www.elpais.es/p/d/20001128/opinion/deficit.htm> [última consulta: 3 diciembre 2000]. | LÓPEZMT, 2000
- LÓPEZ GUERRA, LUIS, «La doctrina del Tribunal Constitucional en relación con el artículo 149.1.1 CE», en *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias*, Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 1992. | LÓPEZGUERRA, 1992
- LÓPEZ MENUDO, FRANCISCO, «Andalucía», en TORNOS MAS, JOAQUÍN (dir.), *Informe Comunidades Autónomas 1999*, Barcelona: Instituto de Derecho Público, 2000. | LÓPEZMENUDO, 2000
- LÓPEZ PEN, ISIDORO, «La evolución de la asistencia sanitaria a través de los convenios internacionales de trabajo y su reconocimiento por la O.I.T. como derecho fundamental de la persona», *VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Madrid: octubre de 1999, Versión digital en: <http://www.aeds.org/congreso06/cl-07.htm> [última consulta: 5 agosto 2001]. | LÓPEZPEN, 1999
- LÓPEZ TAPIA, FERNANDO, «Aspectos económicos de los profesores religiosos de los centros concertados», *Boletín de la FERE*, núm. 301, 1987. | LÓPEZTAPIA, 1987
- LUOSADA AROCHENA, JOSÉ FERNANDO, «El principio de transversalidad y el derecho de la Seguridad Social», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 106, 2001. | LOUSADA, 2001
- LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, FRANCISCO, Y VIQUEIRA PÉREZ, CARMEN, *El trabajo del inválido permanente absoluto. Compatibilidad de la pensión en el nivel contributivo y no contributivo*, Madrid: Universidad de Alicante y Civitas, 1991. | LT-VIQUEIRA, 1991
- LUJÁN ALCARÁZ, JOSÉ, «El trabajo de los extranjeros en España en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero», *Aranzadi Social*, número 21, marzo del 2000, páginas 9 a 22. | LUJÁN, 2000
- LLANAS, MAR, «Un centenar de gitanos veïns de la Diagonal seran desnonats», *El Triangle*, nº 492, 28 de junio del 2000, página 11. | LLANAS, 2000
- MALDONADO MOLINA, JUAN ANTONIO, «El requisito de residencia en el nivel contributivo de la Seguridad Social. A propósito de la STJCE de 25 de febrero de 1999, asunto C-90/1997, *Swaddling*», *Actualidad Laboral*, núm. 6, febrero del 2000. | MALDONADO, 2000

- MARIN CORREA, JOSÉ MARÍA, «Perspectiva general de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes», en: SALVADOR PÉREZ, FÉLIX (coord.) *II Jornadas sobre Comunidades Europeas- La cohesión económica y social*, Sevilla: Universidad de Sevilla, y Junta de Andalucía, 1994. | MARIN, 1994
- MARIÑO MENÉNDEZ, FERNANDO M., *Derecho Internacional Público - parte general*, Madrid: Trotta, 1995. | MARIÑO, 1995
- MÁRQUEZ PRIETO, ANTONIO, «El Convenio de Seguridad Social con Marruecos y las prestaciones no contributivas», *La Ley*, nº 4642, 5 de octubre de 1998. | MÁRQUEZ, 1998
- MARTÍNEZ PÉREZ-MENDAÑA, NICOLÁS, *Guía de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social*, Madrid: EINSA, 1991. | MARTÍNEZ, 1991
- MARTÍNEZ COLL, JUAN CARLOS: "El concepto económico de coste" en *La Economía de Mercado, virtudes e inconvenientes* http://www.eumed.net/cursecon/5/el_concepto_coste.htm [consulta: 10 septiembre 2001]. | MARTÍNEZCOLL, 2001
- MARTÍNEZ CUADRADO, MIGUEL (editor), *Cambio social y modernización política, anuario político español 1969*, Madrid: Edicusa, 1970. | MARTÍNEZ-CUADRADO, 1970
- MAZZARESE, TECLA, «Lógica borrosa y decisiones judiciales: el peligro de una falacia racionalista» *Doxa*, (traducción de JUAN JOSÉ MORESO), núm. 19 1996. | MAZZARESE, 1996
- SOCIAL SECURITY ADMINISTRATION, *Medicare* [en línea], Baltimore (USA): 1999, <http://www.ssa.gov/espanol/10943.htm> , [consulta: 6 agosto 1999]. | MEDICARE, 1999
- MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS, *La ordenación jurídica de las Autonomías*, Madrid: Tecnos, 1988. | MEILÁN, 1988
- MÉLENNEC, LOUIS, *Valoración de las discapacidades y del daño corporal*, Barcelona: Masson, 1997. | MÉLENNEC, 1997
- AAVV, *Memoria del proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social*, Madrid: [original mecanografiado], 1993. | MEMORIA-LGSS, 1993

- MIAJA DE LA MUELA, ADOLFO, *Derecho Internacional Privado*, Madrid: Atlas, 1985. | MIAJA, 1985
- MILIAN MASANA, ANTONI, «Reflexions sobre l'autonomia de catalunya davant del model federal canadenc», en *Seminari sobre el federalisme canadenc*, Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, 1992. | MILIÁN, 1992
- MINISTERIE VAN JUSTITIE, *Same-sex marriages* [en línea], La Haya (NL): abril, 2001 | MINJUSTNL, 2001
http://www.minjust.nl:8080/a_beleid/fact/same-sexmarriages.htm [consulta: 25 agosto 2001].
- MINISTERIO DE HACIENDA, *Presupuestos Generales del Estado para el año 2001* [en línea], | MINHAC, 2000
<http://www.minhac.es/PGE2001/inicio.htm> [consulta: 9 octubre 2000].
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal - Parte general*, 5a. ed. Barcelona: Reppertor, 1998. | MIR, 1998
- MINISTERIO DEL INTERIOR- SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA. *Acuerdo de Schengen*, [en línea] | MIR-SCHENGEN, 1999
<http://www.mir.es/extranje/schengen/acuschen.htm> , [consulta: 10 agosto 1999].
- MISSÉ FERRÁN, ANDREU, «20 incógnitas sobre el drama del paro en España», *El País Digital - Economía*, núm 212, 1 de diciembre de 1996. | MISSÉ, 1996
- COMMISSION EUROPÉENNE - MISSOC, *La protection sociale dans les États membres de l'Union européenne: situation au 1r. janvier 1998 et évolution*, Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 1999. | MISSOC, 1998
- ESTRELLA DIGITAL [en línea], (LaEstrella/Efe) *El PP anuncia que ampliará el plazo fijado para la regularización de emigrantes* , en: | MODIFICAR, 1999
http://www.estrelladigital.es/991224/articulos/sociedad_medios/cascos.htm, [última consulta: 19 mayo 2000]
- MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUÍS, *Público y privado en el sistema de pensiones*, Madrid: Tecnos, 1996. | MONEREO, 1996
- MONTOYA MELGAR, ALFREDO; GALIANA MORENO, JESÚS; y SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V., | MONTOYA, 1994
Derecho Social Europeo, Madrid: Tecnos, 1994.

- MONTOYA MELGAR, ALFREDO, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de 1 de abril de 1998, en recurso de casación para la unificación de doctrina sobre solicitud de prestaciones no contributivas por una ciudadana marroquí: alcance del Convenio de Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 9, 1998, páginas 109 a 113. | MONTOYA, 1998
- MONYOYA MELGAR, ALFREDO (coordinador), *Curso de Seguridad Social*, Madrid: Universidad Complutense, 1998 | MONTOYA-SS, 1998
- MORESO MATEOS, JOAN JOSEP, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. | MORESO, 1997
- MOTILLA DE LA CALLE, AGUSTÍN, *Derecho Laboral y Seguridad Social de los miembros de órdenes y congregaciones religiosas*, Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, 2000. | MOTILLA, 2000
- INSTITUTO DE LA MUJER, [en línea] *Mujeres en cifras* Cifras de diversas fuentes estadísticas presentadas o reelaboradas por género. , Madrid: MTASS, 2001, <http://www.mtas.es/mujer/mcifras/principal.htm> [consulta 30 agosto 2001]. | MUJER, 2001
- MURILLO TORRECILLA, F. JAVIER (coord.), *Sistema educativo nacional - España*, Madrid: OEI, y CIDE-MEC, 1997. Una versión electrónica de este informe, y de los referidos a los sistemas educativos de diversos países iberoamericanos en: <http://www.campus-oei.org/quipu/> [consulta 26 de agosto del 2001] | MURILLO, 1997
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), «Trabajadores migrantes», *Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión*, Informe para el tercer punto del orden del día preparado por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, [en línea] Ginebra (CH): OIT, 1999; versión electrónica de fecha 6 de abril de 1999 en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/r3-1b.htm> [consulta 30 agosto 2001]. | OIT, 1999
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), «Seguridad Social: temas, retos y perspectivas», *Conferencia Internacional del Trabajo, 89ª reunión* Informe al sexto punto del orden del día, [en línea] Ginebra (CH): OIT, 2001; versión electrónica en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/rep-vi.pdf>; las actas del debate en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc89/pdf/pr-16.pdf> [consulta 30 agosto 2001]. | OIT, 2001

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *Tribunal Administratif*, [en línea] Ginebra (CH): OIT, 2001, versión actualizada el 27 de julio del 2001, <http://www.ilo.org/public/french/tribunal> [consulta 30 agosto 2001]. OIT-TRIBUNAL, 2001
- OLARTE ENCABO, SOFÍA, *El Derecho a prestaciones de Seguridad Social*, Madrid: Consejo Económico y Social, 1997. OLARTE, 1997
- NACIONES UNIDAS, «Anexo III del informe del grupo especial de trabajo de composición abierta encargado de elaborar normas uniformes sobre la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad», Viena: mayo de 1992, reproducido en: en VILÀ MANCEBO, ANTONI y COROMINAS MALET, ANDREU (coordinadores), *10 anys de la Llei d'integració social dels minusvàlids a Catalunya: present i futur*, Barcelona: Generalitat de Catalunya, 1992, 2 tomos. ONU-DISCAPACIDAD 1992
- NACIONES UNIDAS, *Resoluciones / Período de sesiones*, [en línea] base de datos de todas las resoluciones aprobadas por la Asamblea General desde 1977 hasta la actualidad, <http://www.un.org/spanish/documents/resga.htm> [consulta 10 octubre 2001]. ONURES, 2001
- ORDEIG FOS, JOSÉ MARÍA, *El sistema español de Seguridad Social (y el de la Comunidad Europea)*, 5ª. Edición, Madrid: EDERSA, 1995 ORDEIG, 1993
- ORTÚN RUBIO, VICENTE, *Distribución de competencias entre poder central y poderes regionales en materia de seguridad social, sanidad y servicios sociales en la República Federal Alemana, Escocia (Reino Unido) e Italia*, Barcelona: Generalitat de Catalunya, 1984. ORTÚN, 1984
- PADIAL ALBÁS, ADORACIÓN, *La obligación de alimentos entre parientes*, Barcelona: J.M.Bosch, 1997 PADIAL, 1997
- ASSEMBLÉE NATIONALE, [en línea] *Propositions de Loi relatives au Pacte Civil de Solidarité*, Paris (F), 1998, http://www.assemblee-nationale.fr/2/_dossiers/pacs/2pacs.htm [consulta 15 de octubre de 1999]. PACS, 1999
- PALMERO ZURDO, JAVIER, «El principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social y su aplicación a los trabajadores no comunitarios que residen en España», *Relaciones Laborales*, nº 12, 1995. PALMERO, 1995

- PALOMAR OLMEDA, ALBERTO; ZATARAIN DEL VALLE, REYES, «La distribución de competencias en materia de Seguridad Social y la sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de julio de 1989», *Actualidad Laboral*, núm. 22, 1990. | PALOMAR, 1990
- PALOMAR OLMEDA, ALBERTO, «El modelo de la Seguridad Social en el seno del Estado Autonómico: las consecuencias de la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de noviembre de 1996», *Relaciones Laborales*, núm. 22, noviembre de 1997. | PALOMAR, 1997
- PALOMEQUE LÓPEZ, MANUEL CARLOS, «El principio constitucional de 'unidad del orden económico nacional' y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materias de trabajo y Seguridad Social», *Actualidad Laboral*, LIV, 1999, versión electrónica en: <http://www.laley.net:2302/bin/gate.exe?f=doc&state=6c53cs.3.7> | PALOMEQUE, 2000
- PANIZO ROBLES, JOSÉ ANTONIO, «El marco de las prestaciones no contributivas», Valencia: *Revista de Treball*, número 15, enero-abril de 1991. | PANIZO, 1991
- PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ ANTONIO, *Curso de derecho internacional público i organizaciones internacionales*, Madrid: Tecnos, 1999 (7a. Edición). | PASTOR, 1999
- PATRICIO DOMÍNGUEZ, FRANCESC, «Principis generals - Realitzacions», en VILÀ MANCEBO, ANTONI y COROMINAS MALET, ANDREU (coordinadores), *10 anys de la Llei d'integració social dels minusvàlids a Catalunya: present i futur*, Barcelona: Generalitat de Catalunya, 1992, 2 tomos. | PATRICIO, 1992
- PEREIRA CASTAÑARES, JUAN CARLOS, y CERVANTES CONEJO, ÁNGEL, *Las relaciones diplomáticas entre España y América*, Madrid: Ed. Mapfre, 1992. | PEREIRA, 1992
- PÉREZ PINEDA, BLANCA; GARCÍA BLÁZQUEZ, MANUEL, *Manual de valoración y baremación del daño corporal*, Granada: Comares, 1997. | PÉREZ, 1997
- PÉREZ PINEDA, BLANCA; GARCÍA BLÁZQUEZ, MANUEL, *Fundamentos médico-legales de la incapacidad laboral permanente*, Granada: Comares, 2000. | PÉREZ, 2000
- PÉREZ ROYO, FERNANDO, *Derecho Financiero y Tributario*, 10ª ed. Madrid: Civitas, 2000. | PÉREZROYO, 2000

- PÉREZ DEL RÍO, TERESA, «El concepto de prestaciones de 'asistencia social' establecido por la Corte de las Comunidades Europeas y la normativa española», Sevilla: *Temas Laborales*, número 7, abril-junio de 1986. | PÉREZT, 1986
- PÉREZ DEL RÍO, TERESA, «Mujer y protección social en España», Albacete: *Revista de Derecho Social*, número 1, enero-marzo de 1998. | PÉREZT, 1998
- PERRIN, GUY, «La Seguridad Social de los extranjeros y de los migrantes, según los instrumentos de la Organización Internacional del Trabajo» en *La reforma de la Seguridad Social en Europa (II)*, Madrid: Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1984. | PERRIN, 1984
- PERRIN, GUY, «Prestaciones no contributivas y legislación internacional en materia de Seguridad Social» en COLOQUIO EXTRAORDINARIO DEL INSTITUTO EUROPEO DE SEGURIDAD SOCIAL SOBRE PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS EN EUROPA, *Pensiones no contributivas*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991. | PERRIN, 1991
- PIETERS, DANNY, «Los sistemas no contributivos en Europa» en COLOQUIO EXTRAORDINARIO DEL INSTITUTO EUROPEO DE SEGURIDAD SOCIAL SOBRE PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS EN EUROPA, *Pensiones no contributivas*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991. | PIETERS, 1991
- PIETERS, DANNY, y NICKLESS, JASON ALAN, *Pathways for social protection in Europe* [en línea], <http://www.vn.fi/stm/english/tao/publicat/pathways/contens.htm> , Helsinki(FI): 30 de noviembre de 1999 [consulta: 24 agosto 2001]. | PIETERS, 1999
- PINET, GENEVIÈVE, (coord.), *Is the law fair to the disabled?*, København (DK): WHO Regional Publications, 1990. | PINET, 1990
- PLANAS GÓMEZ, MANUEL, «Prestaciones no contributivas: jubilación e invalidez. Acceso a extranjeros» *Tribuna Social*, núm. 70, octubre de 1996. | PLANAS, 1996
- POLO SÁNCHEZ, MARÍA CRISTINA, «Prestaciones no contributivas y principio de igualdad» *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1995. | POLO, 1995
- VON POTOBSKY, GERALDO, «Los trabajadores migrantes y las normas de la OIT» *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 19, Madrid: Civitas, 1984. | POTOBSKY, 1984

PARTIDO POPULAR, *Elecciones Generales 2000, El compromiso del centro*, [en línea] <http://www.pp.es/popular/pro-ele-PP.pdf> [consulta: 21 mayo 2000].

PROGRAMAPP, 2000

PUMAR BELTRÁN, NURIA, *La igualdad ante la Ley en el ámbito de la Seguridad Social*, Pamplona: Aranzadi, 2001.

PUMAR, 2001

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Corpus de referencia del español actual (CREA)*, [en línea] <http://www.rae.es/interno/creanet.html>, Base de datos textual actualizada diariamente, clasificada por tema, medio y origen geográfico; existe otra base de datos (CORDE) de la evolución diacrónica del idioma en <http://www.rae.es/interno/cordenet.html> , [consulta: 7 agosto 2001].

RAE, 2001

RECIO LAZA, ANTONIO M., *La Seguridad Social en la jurisprudencia comunitaria*, Las Rozas (Madrid): La Ley-Actualidad, 1997.

RECIO, 1997

MINISTERIO DEL INTERIOR - OFICINA DE RELACIONES INFORMATIVAS Y SOCIALES, [en línea], *En los últimos doce meses, más de medio millón de inmigrantes han presentado peticiones de regularización*, comunicado de prensa, en: <http://www.mir.es/oris/notapres/year01/np080102.htm>, Madrid: 1-ago-2001 [última consulta: 26 agosto 2001].

REGULARIZACIÓN, 2001

REMIRO BROTONS, ANTONIO, *Territorio nacional y Constitución 1978*, Madrid: Cupsa, 1978.

REMIRO, 1978

REMIRO BROTONS, ANTONIO, *La acción exterior del Estado*, Madrid: Tecnos, 1984.

REMIRO, 1984

REMIRO BROTONS, ANTONIO, *Derecho internacional público - Derecho de los tratados*, Madrid: Tecnos, 1987.

REMIRO, 1987

RÉSEAU SUR L'ESPÉRANCE DE VIE EN SANTÉ (REVES) [en línea], base de datos -en inglés- de datos y documentos mundiales sobre mortalidad, salud y epidemiología (existe también un EUROREVES), a cargo del *Institut National d'Études Démographiques* (INED) en <http://www.iden.fr/reves>. [consulta: 28 agosto 2001].

REVES

AAVV, *Ritual de l'ordenació de bisbe, preveres i diaques*, Versión aprobada el 21 de mayo de 1992, Barcelona: Balmes, Publicacions de l'Abadia de Montserrat, 1997.

RITUAL, 1997

- RIKSDAG SWERIGES, [en línea] base de datos del texto consolidado de las leyes y reglamentos vigentes en Suecia, motor de búsqueda en inglés en: <http://www.riksdagen.se/english/work/sfst.asp> Stockholm (SE) [consulta: 25-ago-2001] | RIXLEX, 2001
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, MIGUEL, «La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas» en COLOQUIO EXTRAORDINARIO DEL INSTITUTO EUROPEO DE SEGURIDAD SOCIAL SOBRE PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS EN EUROPA, *Pensiones no contributivas*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.. | RDZPIÑERO, 1991
- RODRÍGUEZ RAMOS, MARÍA JOSÉ; GORELLI HERNÁNDEZ, JUAN; VÍLCHEZ PORRAS, MAXIMILIANO, *Sistema de Seguridad Social*, Madrid: Tecnos, 1999. | RODRÍGUEZ, 1999
- RODRÍGUEZ RAMOS, MARÍA JOSÉ; GORELLI HERNÁNDEZ, JUAN; VÍLCHEZ PORRAS, MAXIMILIANO, *Sistema de Seguridad Social*, Madrid: Tecnos, 2000. | RODRÍGUEZ, 2000
- ROJO TORRECILLA, EDUARDO, «Protección social y rentas mínimas de inserción (de la cobertura económica al Derecho de ciudadanía)», en LÓPEZ, LÓPEZ, JULIA, *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, Madrid: Marcial Pons, 1996. | ROJO, 1996
- MARTÍNEZ RONDANELLI, BENJAMÍN, *Estadística no paramétrica (Unidad de autoaprendizaje para alumnos de Odontología)* [en línea], Santiago (CL): 16-ene-2001 http://email.umayor.cl/~bmartinez/private2/anestbas/est_nopara.html [consulta: 5-ago-2001]. | RONDANELLI, 2001
- RON LATAS, RICARDO P., *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de Seguridad Social*, Madrid: Civitas (en coedición), 2000. | RON, 2000
- SALINAS MOLINA, FERNANDO, «Jurisdicción social y contencioso administrativa: zonas de conflicto. Especial referencia a la Seguridad Social», *Documentació. Diploma en Dret de la Seguretat Social*, Barcelona: IDEC-UPF, 2000. (Multicopiado). | SALINAS, 2000
- SALVADOR CODERCH, PABLO, «Inflación legislativa», *La Vanguardia*, 27 de noviembre de 1991. | SALVADOR, 1991
- SALVADOR PÉREZ, FÉLIX, «La pensión no contributiva de jubilación de la Seguridad Social y la pensión asistencial de ancianidad: un análisis comparativo», en OJEDA AVILÉS, ANTONIO (coord.), *X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid: Trotta, 1992. | SALVADORFX, 1992

- SALVADOR PÉREZ, FÉLIX, «La nueva pensión no contributiva de jubilación: objeto de la protección y régimen jurídico», *Actualidad Laboral*, núm. 7, 13-23 de febrero de 1992. | SALVADORFX-AL, 1992
- SÁNCHEZ-BARRIGA PEÑAS, RAFAEL, «Situación de necesidad y protección familiar en la Seguridad Social», en OJEDA AVILÉS, ANTONIO (coord.) *X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid: Trotta, 1992. | SÁNCHEZ-B, 1992
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, CRISTINA, «La configuración jurídica de las pensiones españolas en su modalidad no contributiva como prestaciones especiales no contributivas en el reglamento (CEE) 1408/1971», *Relaciones Laborales*, 1995, Tomo II. | SÁNCHEZ-RODAS, 1995
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, CRISTINA, *La aplicación del Derecho Comunitario a las prestaciones especiales no contributivas*, Granada: Comares, 1997. | SÁNCHEZ-RODAS, 1997
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, CRISTINA, *El Régimen Jurídico de las Prestaciones no contributivas de Seguridad Social en el Ordenamiento Español*, Murcia: Laborum, 1998. | SÁNCHEZ-RODAS, 1998
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, YOLANDA, *Seguridad Social y Constitución*, Madrid: Civitas, 1995. | SÁNCHEZ-URÁN, 1995
- SCHERMERS, HENRY G., «Les organisations internationales» en BEDJAOUI, MOHAMMED, *Droit International, bilan et perspectives*, Tomo I, Paris (F): UNESCO y Éditions Pedone, 1991. | SCHERMERS, 1991
- SEGURA BENEDICTO, ANDREU, «Reducir las enfermedades crónicas», en SOCIEDAD ESPAÑOLA DE SALUD PÚBLICA Y ADMINISTRACIÓN SANITARIA, *La salud pública ante los desafíos de un nuevo siglo. Informe SESPAS 2000*, Granada: Escuela Andaluza de salud Pública, 2000. Disponible también en http://www.sespas.es/informe2000/d1_04.pdf, [consulta: 28 agosto 2001]. | SEGURA, 2000
- SOSIAALI-JA TERVEYSMINISTERIÖ, *Système finlandais de la protection sociale*, [en línea] <http://www.vn.fi/stm/francais/systeme.htm>, La versión francesa contiene datos de 1999, [consulta: 7 agosto 2000]. | SISFIN, 1999
- SMEEDING, TYMOTHY-M.; ROSS, KATHERIN; ENGLAND, PAULA; CHRISTOPHER, KAREN; MCLANAHAN, SARA-S., *Poverty and Parenthood across Modern Nations: Findings from the Luxemburg Income Study* New York: Syracuse University, Maxwell School of Citizenship and Public

- Affairs, March, 1999; [en línea] Differdange (Lux): Luxemburg Income Study, Working Paper No. 194, <ftp://lissy.ceps.lu/194.pdf> [consulta: 26 junio 1999].
- SOCIAL SECURITY ADMINISTRATION, *Social Security Handbook* [en línea], Baltimore (USA): 13th edition, 1997, http://www.ssa.gov/OP_Home/handbook/ssa-hbk.htm , [consulta: 4 agosto 2000]. SSA-HANDBOOK, 1997
- SOCIAL SECURITY ADMINISTRATION, *Números para Recién Nacidos* [en línea], Baltimore (USA): January, 1998, <http://www.ssa.gov/espanol/10923.htm> , [consulta: 11 julio 1999]. SSA-NACIDOS, 1998
- SOCIAL SECURITY ADMINISTRATION, *Su Número* [en línea], Baltimore (USA): May, 1998, <http://www.ssa.gov/espanol/10902.htm> , [consulta: 11 julio 1999]. SSA-NÚMERO, 1998
- SOCIAL SECURITY ADMINISTRATION, «Poverty», en *Social Security Bulletin, Annual Statistical Supplement*, Baltimore (USA): 1998, versión electrónica en: <http://www.ssa.gov/statistics/Supplement/1998/Tables/PDF/t3e8.pdf/>, [consulta: 11 julio 1999] SSA-POVERTY, 1998
- SOCIAL SECURITY ADMINISTRATION, *Revisión de su incapacidad* [en línea], Baltimore (USA): June, 1998, <http://www.ssa.gov/espanol/10968.htm> , [consulta: 21 julio 2000]. SSA-REVISIÓN, 1998
- SOCIAL SECURITY POLICY AND LEGISLATION [en línea], librería electrónica que contiene la *Social Security Act 1991*, y la *Guide to the Social Security Act* australianas, versión 1.14, actualizada el 20 de marzo de 1999, Canberra (AU): Commonwealth of Australia - Department of Family and Community Services, 1999, <http://www.facs.gov.au/guide/index.htm> , [consulta 13 julio 1999]. SS-PAL, 1999
- SOSIAALI- JA TERVEYMINISTERIO, *Social protection in Finland 1997*, [en línea], Helsinki (FI): Publications of the Ministry of Social Affairs and Health, 29 de marzo del 2000, <http://www.vn.fi/stm/english/tao/publicat/taocontents28.htm> [consulta: 8 agosto 2000]. STM-SOCIAL, 1997
- SOSIAALI- JA TERVEYMINISTERIO, *Trends in Social Protection in Finland 1999-2000*, [en línea], Helsinki (FI): Publications of the Ministry of Social Affairs and Health, 11 de mayo del 2000, <http://www.vn.fi/stm/english/tao/publicat/taocontents29.htm> [consulta: 8 agosto 2000]. STM-TRENDS, 2000

- TAPIA HERMIDA, ANTONIO, «Las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social», *Estudios Financieros*, num. 97, 1991. | TAPIA, 1991
- TARABINI-CASTELLANI AZNAR, MARGARITA, «La igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de Seguridad Social tras la Ley 13/1996 sobre medidas fiscales, administrativas y del orden social», *Actualidad Laboral*, num. 39, 1998. | TARABINI, 1998
- TEEKENS, RUDOLF; ASGHAR, ZAIDI, *Poverty in Figures; Europe in the Early 1980s*, Luxembourg: EUROSTAT, Theme 3, series C, 1990. | TEEKENS, 1990
- THÉRY, IRÈNE; MINISTÈRE DE L'EMPLOI ET DE LA SOLIDARITÉ; MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, Paris (F): Documentation Française et Odile Jacob (coed.), 1998. | THÉRY, 1998
- TIERNO GALVÁN, ENRIQUE, *Leyes políticas españolas fundamentales*, Madrid: Tecnos, 1972. | TIERNO, 1972
- COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE, *Liste des affaires portées devant la CIJ depuis 1946*, [en línea] <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions.htm>, [consulta: 20 agosto 2001]. | TIJ, 2001
- TORNOS MAS, JOAQUÍN; AJA FERNÁNDEZ, ELISEO; FONT I LLOVET, TOMÁS; PERULLES MORENO, JUAN M., ALBERTI ROVIRA, ENOCH, *Informe sobre las Autonomías*, Madrid: Civitas, 1988. | TORNOS, 1988
- TOROLLO GONZÁLEZ, JAVIER, «Acogimiento preadoptivo sin pensión de orfandad: primeros apuntes para una futura reforma», *Aranzadi Social*, número 1, Abril del 2000. | TOROLLO, 2000
- UIA, *Yearbook of International Organizations*, Vol. 1, 32 ed. München (D): Saur Verlag, 1995. | UIA, 1995
- UNITED NATIONS, *Treaty Collection*, [en línea] <http://untreaty.un.org/English/treaty.asp>, [existe también una versión francesa],[consulta:16 agosto 2001]. | UN-TREATY, 2001
- US CENSUS BUREAU, *Poverty definition*, [en línea] Revisión : 17 mayo 1999, <http://www.census.gov/ftp/pub/hhes/income/defs/poverty.html>, [consulta: 2 julio 1999]. | US CENSUS BUREAU, 1999

- US CENSUS BUREAU, *Definitions and Explanations*, [en línea], Washington (USA): Department of Commerce - Current Population Survey, revisión: 25 junio 1999. <http://www.census.gov/population/www/cps/cpsdef.html>, [consulta: 12 julio 1999]. | US CENSUS-DEFINITIONS, 1999
- VALDÉS DAL-RÉ, FERNANDO, «La potestad reglamentaria en el Ordenamiento Laboral», en *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo; Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990. | VALDÉS, 1990
- VALLEJO DA COSTA, RUTH, «Prestaciones no contributivas y Asistencia Social; delimitación de títulos competenciales», en OJEDA AVILÉS, ANTONIO (coord.) *X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid: Trotta, 1992. | VALLEJO, 1992
- VALVERDE GARCÍA, LORENZO, L.A. *Zadeh: del control analítico al control borroso*, [en línea] Palma de Mallorca: Departament de Ciències Matemàtiques i Informàtica, Universitat de les Illes Balears, 17-sep-1996, <http://dmi.uib.es/people/valverde/laz.html> [consulta: 5 agosto 2001]. | VALVERDE, 1996
- VAN DEN BOSCH, KAREL, «Equivalence scales based on Subjective Income Evaluations: Are children really cheap?», *Recherches Economiques de Louvain*, volume 62, no. 2, 1996, páginas 203-227. | VAN DEN BOSCH, 1996
- VAN DEN BOSCH, KAREL; CALLAN, TIM; ESTIVILL, JORDI; HAUSMAN, PIERRE; JEANDIDIER, BRUNO; MUFFELS, RUUD; YFANTOPOULOS, JOHN. «A comparison of poverty in seven European countries and regions using subjective and relative measures» - En: *Journal of population economics*, vol, 6, 1993, p. 235-259 | VAN DEN BOSCH, 1997
- VELASCO DÍAZ, ISABEL, «Prestacions socials i econòmiques - aspectes jurídics», en VILÀ MANCEBO, ANTONI y COROMINAS MALET, ANDREU (coordinadores), *10 anys de la Llei d'integració social dels minusvàlids a Catalunya: present i futur*, Barcelona: Generalitat de Catalunya, 1992, 2 tomos | VELASCO, 1992
- VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Barcelona: J.M. Bosch, 1990. | VICENT, 1990
- VIDAL GALLARDO, MERCEDES, *Trabajo y Seguridad Social de los miembros de la Iglesia Católica*, Valladolid: Universidad de Valladolid, 1996. | VIDAL, 1996

- VILAR, PIERRE, *Historia de España*, Paris (FR): Librairie espagnole, 1963. | VILAR, 1963
- VIVER PI-SUNYER, CARLES, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Barcelona: Ariel, 1989. | VIVER, 1989
- WAALDIJK, KEES, *Text of Dutch Law on the opening up of marriage for same-sex partners (plus explanatory memorandum)*, [en línea], <http://ruljis.laidenuniv.nl/user/cwaaldij/www/NHR/transl-marr.html>, actualización: 2-mayo-2001, [consulta 25 agosto 2001]. | WAALDIJK, 2001
- WEB ESTADÍSTICO DE NAVARRA, *Ingresos anuales, totales y medios, según tipo de ingresos. España* [en línea], <http://www.lander.es:800/~cerro/presu7.html>, actualización: junio 1997, [consulta 7 julio 1999]. | WES, 1997
- WEB ESTADÍSTICO DE NAVARRA, *Metodología*, [en línea], <http://www.lander.es:800/~cerro/metod.html>, actualización: diciembre 1996, [consulta 7 julio 1999]. | WES, 1996
- WEBER, MAX, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, 5a. ed. Barcelona: Península, 1979. | WEBER, 1979
- WORLD HEALTH ORGANIZATION, *La classification des maladies*, <http://www.who.int/inf-fs/fr/am136.html>, [en línea], Genève (CH): WHO/OMS, 1997, [consulta 17 agosto 1999] | WHO-CIM, 1998
- WORLD HEALTH ORGANISATION, *Health Promotion Glossary*, Geneva (CH): WHO/OMS, 1998 | WHO-GLOSSARY, 1998
- WORLD HEALTH ORGANIZATION, *International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps: A manual of classification relating to the consequences of disease*, Geneva (CH): WHO/OMS, 1980. Existe una traducción al castellano bajo el título: *Clasificación internacional de deficiencias, discapacidades y minusvalías: manual de clasificación de las consecuencias de la enfermedad*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, 3a. Ed. 1997. | WHO-ICIDH, 1980
- WORLD HEALTH ORGANIZATION, *International Classification of Impairments, Activities, and Participation (ICIDH-2): a manual of dimensions of disablement and functioning*, Beta-1 draft for field trials, Geneva (CH): WHO/OMS, 1997. | WHO-ICIDH-2, 1997

WORLD HEALTH ORGANIZATION, «Important», nota previa al proyecto de *International Classification of Impairments, Activities, and Participation (ICIDH-2)*, Geneva (CH): WHO/OMS, 1997. [en línea] http://www-nt.who.ch/sd/cgi.bin/om_isapi.dll?infobase=beta-1en&softpage=Document [consulta 20 julio 1999] | WHO-ICIDH, 1999

WORLD HEALTH ORGANIZATION, *International Classification of functioning, Disability and Health*, <http://www3.who.int/icf/icftemplate.cfm>, [en línea], Genève (CH): WHO/OMS, 2001, [consulta 8 octubre 2001]. | WHO-CIF, 2001

WORLD HEALTH ORGANIZATION, *ICF-Checklist. Clinician Form*, [en línea] versión 2.1a <http://www.who.int/classificationicf/checklist/icf-checklist.pdf>, Genève (CH): WHO/OMS, 2001, [consulta 8 noviembre 2001]. | WHO-CHECK, 2001

WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Towards a Common Language for Functioning and Disablement: ICIDH-2*, Genève (CH): WHO/OMS, 1998. | WHO-LANGUAGE, 2001

WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Terminology*, <http://www.who.int/terminology/ter/index.html>, [en línea], actualizado el 7-abr-2001, Genève (CH): WHO/OMS, 1997, [consulta 17 agosto 2001] | WHO-TERM, 2001

ZUPPI, ALBERTO LUÍS, *La interpretación en la Convención de Viena de 1980*, [en línea] <http://www.cisg.law.pace.edu/galindo-da-fonseca/brasil-uff/zuppi.html>, White Plains-NY (USA): Pace University School of Law, 1998 [consulta 7 diciembre 1999]. | ZUPPI, 1998

VII- ÍNDICE DETALLADO DE MATERIAS

I- ANTECEDENTES NORMATIVOS Y CONTEXTO SOCIAL DE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS

1. LA REALIDAD SOCIAL CIRCUNDANTE

El aumento del número de parados.	1
La diversidad de esperanza de vida y las oscilaciones del IPC.	2
La eficacia de la Seguridad Social para reducir las desigualdades.	3
La educación como factor relevante.	4

2. PRESTACIONES EXISTENTES QUE TOTAL O PARCIALMENTE ERAN DE CARÁCTER NO CONTRIBUTIVO

La atención a la salud y la pobreza.	4
Los complementos para alcanzar una pensión mínima.	5
La pensiones mixtas: entre la cotización y la necesidad.	6
La pensiones contributivas con cotizaciones inexistentes.	6
La prestaciones no contributivas para afectados del síndrome tóxico.	7
La prestaciones del FONAS por vejez o por incapacidad.	8
Los subsidios LISMI.	9
El SOVI: sistema contributivo.	10
Se abogaba por un concepto abierto de Seguridad Social.	12
Los criterios internacionales y su repercusión.	12
Los tendencia europea a la universalidad.	13
No hay uniformidad en las fuentes de financiación.	15
Pueden depender o no de carecer de recursos.	15
Las prestaciones europeas tienden a ser derechos subjetivos.	16
La definición común sólo puede ser por negación.	16

3. PRIMEROS PASOS HACIA UNA LEY DE PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS

Las iniciativas sociales del legislador democrático.	17
El incremento del coste de las prestaciones FONAS y LISMI.	17
La presentación del proyecto de ley.	19
La evolución del proyecto de ley en su tramitación parlamentaria.	20

II- EL CAMPO DE APLICACIÓN DE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS

El campo de aplicación: límite tradicional de la protección social	22
Actividad y territorio: criterios de inclusión	22
Necesidad de registrar las afiliaciones y altas	22
El ámbito subjetivo de las PNC son todos.	23

1. LOS ACTOS DE ENCUADRAMIENTO Y LA MODALIDAD NO CONTRIBUTIVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La afiliación no es precisa antes de percibir una PNC	24
Para el Reglamento de Afiliación las PNC son un supuesto excepcional.	24
No se prevé afiliarse a «todos».	25
El artículo 12 LGSS, antes de 1995, era contradictorio.	25
La afiliación en el texto refundido de 1994 de la LGSS	26
Los beneficiarios de PNC no deben afiliarse	26
Dudas acerca del número de Seguridad Social	27

No es obligado solicitar el número de SS antes de solicitar una PNC.	28
Es potestativo solicitar el número de SS	28
Confusión en el documento acreditativo del número de SS	29
Las normas de encuadramiento fueron pensadas para la SS contributiva	30
2 LOS SUJETOS PROTEGIDOS Y LA NACIONALIDAD COMO ELEMENTO RELEVANTE	
La nacionalidad y el campo de aplicación: precedentes	30
El artículo 7 LGSS modificado en 1990.	31
Los ciudadanos en relación con «todos los ciudadanos» del art. 41 de la Constitución. .	31
La nacionalidad en relación con «todos los ciudadanos» del art. 41 de la Constitución. .	31
Todos los españoles, no significa sólo los españoles.	32
Equiparación de la protección social en la Ley 4/2000	32
Las 'situaciones administrativas' en el art. 14 de la Ley Orgánica 4/2000	33
Prestaciones básicas o específicas: dos interpretaciones textuales de la L.O. 4/2000	33
Prestaciones (de asistencia) básicas y servicios sociales	34
El concepto de residente en el art. 14 de la Ley 4/2000	36
Dos conceptos de residente	36
Condición de residente, lugar de residencia y hecho de residir.	37
El segundo inciso del art. 7.5 LGSS puede ser aún aplicable.	37
Hispanoamericanos a equiparar: ¿según su ciudadanía, u otro criterio?	38
Determinar qué países son hispanoamericanos	39
Los instrumentos internacionales iberoamericanos.	40
Guinea Ecuatorial.	41
Posible derogación del art. 7.5 LGSS en 1985.	42
El concepto de reciprocidad.	42
Equiparación de la protección social en el Reglamento de Extranjería de 1996	43
2.A: Instrumentos jurídicos internacionales de carácter multilateral	
El convenio 97 de la OIT.	45
Aplicación en España del Convenio 97 OIT.	46
No es posible aplicar la resolución de 1968 a las PNC.	46
El convenio 102 de la OIT.	47
Los convenios 118 y 143 de la OIT.	47
Los convenios OIT ratificados y la igualdad de trato	48
El convenio 165 de la OIT: una excepción.	48
Instrumentos relativos a refugiados y apátridas	49
El silencio de la LGSS acerca de los refugiados.	50
¿Los apátridas son extranjeros?	51
El artículo 7.5 LGSS y los apátridas.	51
El convenio 102 de la OIT y los apátridas.	52
El artículo 2 LGSS y los apátridas.	52
Conclusión: apátridas y refugiados como los españoles.	53
La Carta Social Europea y la igualdad de trato.	53
El Código Europeo de Seguridad Social, y la protección social de los extranjeros.	54
El Convenio Europeo de Seguridad Social fue ratificado antes de instaurar las PNC	55
Enmiendas españolas de 1997 al Convenio Europeo de SS.	56
Un problema de derecho intertemporal.	56

Diferenciar las fechas de validez y eficacia.	58
No es posible la aplicación retroactiva.	59
La doctrina de la STC 141/1998.	60
Países a los que puede afectar el problema.	60
Los Acuerdos Provisionales Europeos.	61
La reciprocidad condicionada.	61
El 'Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante' del Consejo de Europa.	62
Instrumentos del Consejo de Europa que han sido ratificados.	62
2.B- Tratados bilaterales entre España y otros países	
Convenios bilaterales de SS no aplicables a las pensiones no contributivas.	64
Convenios bilaterales de SS relevantes para las pensiones no contributivas.	65
La ausencia de la cláusula de nacionalidad.	66
Los convenios ratificados antes de instaurarse las pensiones no contributivas.	66
El tratado bilateral con Marruecos.	67
El problema: No se define el concepto de rama de la SS.	68
Rama de la SS: es una contingencia o un régimen.	68
Rama puede ser un concepto de uso común.	69
El concepto de rama en otros convenios bilaterales.	69
Un caso especial: el convenio con Chile.	70
El convenio con Brasil es posterior a 1990.	70
El convenio con Uruguay, también posterior a 1990.	71
El concepto de rama en el Consejo de Europa.	71
El concepto de rama en los convenios de la OIT.	72
El concepto de rama en los reglamentos comunitarios.	72
Criterio contextual: rama es contingencia.	73
Las PNC son una ampliación de una tutela ya existente.	73
Interpretación del concepto de rama según el T.S.	74
No existe aún financiación separada de las PNC.	74
De dos hechos iguales no puede deducirse una diferencia.	75
La desvinculación de las PNC de la prestación de servicios por cuenta ajena.	76
Conclusión: las PNC están incluidas en el Convenio con Marruecos.	77
Cláusulas de «nación más favorecida» y de «trato nacional»	77
Argentina, «nación más favorecida».	78
Otras nacionalidades «más favorecidas» o equiparadas a la española.	79
Aplicabilidad de la cláusula de «nación más favorecida»	81
2.C- Tratados entre la Comunidad Europea y terceros países	
El Reglamento CEE 2211/78	82
El concepto comunitario de trabajador.	82
El concepto de trabajador extranjero en la legislación española.	83
Una cuestión prejudicial no resuelta.	84
Jurisprudencia: trabajadores marroquíes y pensiones no contributivas.	85
El Convenio de Lomé.	85
Otros acuerdos CEE con terceros países.	87
2.D- Los ciudadanos de la Unión Europea y asimilados	
Inclusión de los países EEE y asimilados.	88

III-REQUISITOS QUE SE EXIGEN PARA CAUSAR UNA PENSIÓN NO CONTRIBUTIVA

Clasificación de los requisitos.	90
1. EL REQUISITO COMÚN DE LA RESIDENCIA EN TERRITORIO NACIONAL	
Requisito de residencia en España.	90
Precedentes del requisito de residencia en la normativa española de Seguridad Social. .	90
Si tributa en función de la residencia, es razonable pedirla también para las prestaciones	91
Las obligaciones tributarias y el derecho a una prestación.	92
Se exige residir, no ser residente.	93
El concepto comunitario de residencia	94
Acreditar la residencia según el RD 357/1991.	95
La residencia puede probarse por otros medios.	95
Probar la residencia por medio del padrón municipal.	96
Residir en España: españoles y extranjeros	97
Los extranjeros y el padrón municipal.	99
Dos requisitos: residir y hacerlo legalmente.	99
La residencia debe ser legal.	99
La igualdad de trato no impide exigir la residencia en España.	101
Igualdad de trato en la acreditación del derecho a residir.	101
Residencia supone estabilidad.	102
Las ausencias superiores a 90 días no suponen inexistencia de la residencia.	103
Las ausencias por causa de enfermedad.	104
Valoración causal de las ausencias en otros textos legales.	104
Se regulan las ausencias porque se exige la residencia.	105
2. EL REQUISITO COMÚN DE HABER RESIDIDO DURANTE UN CIERTO TIEMPO EN ESPAÑA	
La duración de la residencia que se exige.	106
Si la residencia es inmediatamente anterior es consecutiva.	106
Período de referencia para cumplir el requisito de residencia.	107
Residencia como carencia genérica y específica.	108
Es el elemento contributivo de las pensiones no contributivas.	108
Similitud de la residencia y la cotización en los instrumentos internacionales.	109
Vinculación del importe a pagar y la residencia exigida en instrumentos internacionales.	109
La duración de la residencia en otros países.	110
La duración de la residencia en los instrumentos internacionales.	111
La continuidad de la residencia anterior a la pensión	112
Haber residido o haberlo hecho legalmente: dos interpretaciones.	112
La interpretación textual de la residencia duradera.	113
La interpretación finalista de la residencia duradera.	113
¿A quienes se solicita si residieron legalmente?	114
Es posible computar todo período de residencia.	114
Ejemplos de permanencia admin. irregular en España con efectos jurídicos.	115
Los trabajadores en situación irregular y el Convenio OIT 143.	116
El territorio español: un concepto impreciso.	116
El territorio español en el que debe haber residido.	117
La residencia en épocas anteriores: un tema de derecho temporal.	119
Embajadas, buques, aviones, y otros espacios relacionados con el territorio español. .	120

Cómputo comunitario recíproco de períodos de residencia.	122
Cómputo internacional recíproco de períodos de residencia.	124
Residir legalmente: criterios dispares en países con cómputo recíproco.	125
Permanecer residiendo donde se percibe la PNC.	126
La cláusula de residencia en instrumentos internacionales.	126
La cláusula de residencia en la U.E.	127
Ciudadanos interesados en exportar sus pensiones.	127
Una posible justificación de la no exportación: la distinta aportación.	128
La libre circulación y la no exportación de PNC.	129
La protección puede individualizarse más.	131
3. EL REQUISITO COMÚN DE LA CARENCIA DE RENTAS O INGRESOS	
La carencia de ingresos: requisito característico.	132
Los cuatro elementos de la carencia de rentas.	133
3.A. Los sujetos relevantes	
El beneficiario: primer sujeto relevante.	133
La carencia de recursos no es la contingencia tutelada.	133
La familia también es relevante.	134
Dos verificaciones distintas de la carencia de rentas.	134
Los familiares sólo son relevantes si conviven con el beneficiario.	135
Las presunciones de convivencia.	135
Elementos esenciales de la convivencia.	136
La convivencia no es estar a cargo.	136
Interrupciones de la convivencia.	137
La convivencia no requiere plazo ni otra condición.	138
El parentesco es relevante.	139
Parentesco y convivencia son criterios racionales.	139
Sólo parentesco: otra posibilidad.	140
Sólo convivencia: otra posibilidad.	140
Parejas de hecho y art. 39.1 CE.	141
Parejas de hecho y art. 14 CE.	142
La ley francesa del Pacto Civil de Solidaridad	144
La regulación neerlandesa de las parejas no casadas.	145
Tres situaciones en Suecia para las parejas no casadas.	146
El padre o madre de hecho.	147
La tutela y el acogimiento.	148
Convivencias similares a la paterno-filial y artículo 14 CE.	149
El cómputo de ingresos de quienes acogen.	150
La doctrina constitucional en la STC 209/1988.	151
Exclusión de parientes por afinidad.	151
Hijos aportados a un matrimonio.	151
Diferencia entre padres y suegros.	152
Tres generaciones convivientes.	152
Otros convivientes no relevantes.	153
Una sorprendente solución en la jurisprudencia.	153
Convivientes cuasi-familiares.	156

Grupos que residen en el mismo domicilio.	156
Los que conviven en prisión.	156
Convivientes por razones ideológicas.	158
La histórica exclusión de los profesos en religión.	158
Las exenciones fiscales a la iglesia católica.	160
¿Es posible la convivencia en más de una unidad familiar?	161
La fecha de efectos una solución con defectos.	162
Alternancia regular de domicilios y convivencia.	163
El hecho de la residencia debe partir de la realidad.	164
El doble lugar de residencia en el derecho francés.	164
En defecto de cómputo proporcional, la convivencia es simultánea.	165
3.B. El concepto de renta	
El concepto de renta en el art. 144.5 LGSS.	166
Voluntad omnicomprendiva de toda renta.	166
Ingresos de carácter prestacional.	166
Computar todos los bienes y derechos no es más sencillo que tipificarlos.	167
El requisito es carecer de rentas, no de patrimonio.	168
Los derechos recibidos.	169
Los bienes y derechos deben valorarse.	170
Disponer de bienes muebles o inmuebles.	171
Una posibilidad: rentas ficticias.	171
Otra posibilidad: actos de disposición.	172
Los rentas y la prisión según los órganos gestores.	173
Los rentas y la prisión según los Tribunales Superiores de Justicia.	174
Los rentas y la prisión según el Tribunal Supremo.	174
Los derechos inciertos.	176
Los derechos no realizables.	177
Los derechos sin valor en otros textos legales.	178
Criterio de devengo al contabilizar las rentas e ingresos.	179
La excepción de la vivienda.	180
La excepción de las asignaciones por hijos.	181
La excepción de los subsidios LISMI.	182
Para respetar la compatibilidad.	182
Para preservar el cómputo individual de rentas.	183
La excepción de los Centros Ocupacionales.	183
La excepción de los trabajos temporales.	184
Crítica a la contradicción con los fines de otras prestaciones.	184
El coste de realización de un derecho.	185
Renuncia voluntaria a un derecho.	185
Valoración de un derecho renunciado.	186
Pasividad en la obtención de rentas.	187
Ingresos computables y régimen económico matrimonial de gananciales.	188
Las prestaciones administradas tampoco son del administrador.	189
El Tribunal Supremo y el régimen de gananciales	189
Capacidad económica familiar: el derecho civil y otras normas.	190

¿Valor neto o íntegro?	191
Las excepciones de cómputo están tasadas.	191
Impuestos son renta no disponible.	192
Las necesidades no se satisfacen sólo con la renta disponible.	192
No puede disponerse libremente de todas las rentas percibidas.	193
Retenciones y pagos directos emanan del patrimonio que ya se posee.	193
Gastos necesarios para la obtención de ingresos.	194
Los actos de disposición de bienes como medio de obtención de rentas.	194
Actividad que no produce rendimiento económico.	195
3C- El período de evaluación	
Las rentas deben computarse durante un cierto período.	196
Efectos de la duración del período de cómputo.	196
La ley establece el cómputo anual.	197
Los años anteriores son irrelevantes.	197
El año a considerar es el natural, no de fecha a fecha.	198
La excepción de trabajo temporal y el cómputo anual.	199
Si el inicio y el final se hallan a mediados del año.	199
Si finaliza el trabajo a final del año.	199
Si inicio y final se hallan en distintos años.	200
Debe modificarse la LGSS para favorecer la integración laboral.	200
El cambio de unidad económica a mediados del período de cómputo.	200
3.D- El importe de los ingresos suficientes y reglas de cálculo	
El concepto de ingresos suficientes.	202
El umbral de pobreza: distintos criterios empleados.	202
La elección del umbral de pobreza.	203
El Salario Mínimo Interprofesional: criterio tradicional de recursos suficientes.	205
Contradicción: el mínimo vital suficiente es el SMI, o las PNC.	206
El importe 'suficiente' no contributivo tiende a expandirse.	207
El importe de ingresos fijado en la ley.	207
Características de este límite máximo de rentas.	208
Las economías de escala.	209
La 'Escala de Oxford' utilizada para ponderar las rentas necesarias.	209
Disparidad de criterios para las economías de escala en la legislación española.	210
Existen distintos criterios doctrinales para las economías de escala.	210
Comparación entre escalas de equivalencia.	210
Economía de escala y finalidad de la norma.	211
Valor relativo del límite máximo de ingresos.	212
El límite de rentas en el año 2000 para dos beneficiarios.	213
¿Quiénes son estos dos beneficiarios?.	213
Existe un nuevo límite máximo de ingresos.	214
Tres beneficiarios: remisión.	214
Evolución comparada del límite máximo de ingresos.	215
Convivencia con padres o hijos.	216
Efectos prácticos de la regla en caso de convivencia con ascendientes.	217
Ejemplos de límites máximos de ingresos.	218

Clasificación de los parientes según su repercusión en las PNC.	218
4.- EL REQUISITO COMÚN DE TENER UNA DETERMINADA EDAD	
La edad es un requisito lógico.	219
4.A- La edad en la pensión no contributiva de invalidez	
La edad mínima es distinta a la de la modalidad contributiva.	219
Los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho.	220
Edad mínima en la pensión de invalidez: no es irracional.	221
Invalidez antes de los 18 años: podría haberse establecido así.	222
65 años, un límite similar al de la modalidad contributiva	223
Efectos de la edad de 65 años: hasta 1999 existían dos interpretaciones.	224
La edad en la fecha de solicitud.	224
La ley no mencionaba la pensión de invalidez no contributiva como vitalicia.	225
Era posible encadenar la pensión de invalidez con la de jubilación.	226
La ley no menciona las revisiones posteriores a 65 años.	226
Carencia menor en la pensión de invalidez.	226
Conclusión: hasta 1999 la pensión de invalidez más bien no era vitalicia.	227
Desde el año 2000 claramente son pensiones vitalicias.	228
4.B: El requisito de la edad en la pensión no contributiva de jubilación	
65 años, edad de vejez, edad de jubilación.	229
Jubilación vitalicia, aunque no se diga expresamente.	231
5.- REQUISITO ESPECÍFICO: EL GRADO DE MINUSVALÍA	
5.A: El concepto de minusvalía y otros con él relacionados	
El requisito exigido es un grado de minusvalía.	231
Confusión en la terminología.	232
La más reciente visión internacional de la discapacidad: la 'CIF'.	233
La terminología internacional del CIDIH.	234
Conocer la población afectada.	236
Los baremos: necesarios e inexactos.	236
5.B: El baremo español para evaluar el grado de minusvalía	
Múltiples baremos existentes.	238
La necesaria reforma del baremo español de 1984.	239
La dispar concreción en el baremo de 1984.	241
El baremo de valoración de minusvalías de 1999.	242
Conservar el grado reconocido.	244
Uso del baremo para determinar el grado de minusvalía: las tablas de valoración.	244
El carácter definitivo de las deficiencias y el período de seis meses.	246
Interpretación del período de espera de seis meses.	247
Concreciones a conceptos antes indeterminados.	248
La temeraria exactitud del baremo español.	250
La tabla de valores combinados en el baremo: fundamento.	251
Instrucciones para usar la tabla de valores combinados en el baremo.	252
La fórmula en que se basa la tabla de valores combinados y antecedentes históricos ..	253
La fórmula española comparada con la fórmula americana.	254
Ejemplo calculado según ambas fórmulas.	255
Mirar las capacidades conservadas o las capacidades perdidas.	256

Elaboración de la fórmula para dos valores combinados.	257
Ejemplo de uso de la tabla de valores combinados.	257
'Error fraccionario' en la tabla de valores combinados.	258
Una alternativa: nueva tabla de valores.	260
Otra alternativa: una fórmula.	260
Otra posibilidad: tabla y fórmula combinadas.	261
Es posible incorporar métodos distintos.	261
5.C: La Lógica borrosa: concepto, su introducción en las ciencias sociales, y su aplicabilidad a la Seguridad Social.	
El concepto de conjuntos borrosos	262
Calcular lógicamente con conjuntos borrosos	262
La lógica borrosa en las Ciencias Sociales	263
Lógica borrosa y Derecho: los primeros pasos	263
Utilidad de la lógica borrosa en la Seguridad Social: una propuesta para el futuro.	264
Los medios necesarios para incorporar la lógica borrosa a la Seguridad Social.	264
5.D: Los factores sociales complementarios.	
Los factores sociales complementarios para determinar el grado de minusvalía.	265
Cambios en la valoración de los factores sociales complementarios	265
Concepto de familia y factores sociales complementarios.	266
Familia y baremo: un concepto jurídico indeterminado.	268
Unión familiar y factores sociales complementarios.	268
El uso del baremo no es un proceso simple.	269
5.E: Método para determinar el grado de minusvalía	
El elemento de comparación para establecer el grado del 65 por 100.	269
La capacidad de trabajo en el grado de minusvalía: tres posibilidades.	270
Capacidad de trabajo y grado de minusvalía en otros preceptos legales.	271
La capacidad laboral en las tablas JAMA.	272
La capacidad de trabajo y la OMS.	273
La capacidad de trabajo debe tenerse en cuenta al evaluar la minusvalía.	274
La capacidad laboral y las enfermedades mentales.	274
La capacidad laboral y los factores sociales.	274
El grado del 75% y la ayuda de tercera persona.	275
Las equivalencias de grado.	276
La equiparación de grado es una presunción.	277
En general, sólo hay un método para determinar el grado.	277
La presunción de grado no es reversible.	278
El grado y las declaraciones de invalidez sin derecho a prestación económica.	279
El grado y las pensiones contributivas extinguidas por error de diagnóstico o mejora. .	280
El grado y las pensiones contributivas extinguidas por otras causas.	281
El grado y las pensiones temporalmente suprimidas por sanción.	282
Procedimiento especial para perceptores de subsidios LISMI y pensiones FONAS.	282
Beneficiarios de subsidios LISMI y otras certificaciones de grado.	283
Equiparación especial de grado para pensionistas FONAS.	283
Una mejora deseable: ofrecer las prestaciones a quienes las precisen.	284

IV-IMPORTE, DINÁMICA Y GESTIÓN DE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS

1. EL IMPORTE DE LA PRESTACIÓN

1.A: Reglas generales, e importe inicial para un beneficiario

La norma que establece el importe de las pensiones.	285
El importe inicial establecido por las leyes anuales de presupuestos del Estado.	286
Pluralidad de reglas de cálculo.	287
Los elementos que modifican el importe de la pensión.	287
Cálculo inicial de la pensión para un sólo beneficiario.	288

1.B: El importe inicial cuando conviven varios beneficiarios

Cálculo inicial, salvo para el 2000, para dos beneficiarios convivientes.	288
Cálculo inicial para dos beneficiarios en el año 2000.	289
Cálculo inicial en el 2000 para tres beneficiarios: seis interpretaciones.	290
Finalidades hipotéticas del cálculo del 2000.	291
La contradictoria interpretación realizada por la Seguridad Social.	291
La contradictoria interpretación realizada por las CCAA.	292
Interpretación que se propone para el 2000: a) partir de dos beneficiarios.	293
Interpretación que se propone para el 2000: b) cálculo de la tercera pensión.	294

1.C: Reducciones al importe inicialmente calculado

Reducción de la pensión por ingresos personales.	294
Reducción del importe de la pensión por las rentas familiares.	295
Las rentas computables para reducir la pensión.	295
El cálculo diferencial y otras prestaciones o ayudas.	296
Se perpetúa la dependencia de la mujer.	298

1.C: Correcciones al importe de la pensión, tras el cálculo de las reducciones del importe inicial

Garantía de importe mínimo como corrección a las reducciones por rentas.	300
Complemento si precisa ayuda de 3a. persona.	301
La finalidad del complemento si precisa ayuda de 3a. persona.	301
Corrección por redondeo y el euro.	302
Discrepancia entre el valor en pesetas y el valor en euros que indica la Ley de PGE. ...	304
Corrección por redondeo y las pagas extraordinarias.	306
Ejemplo-resumen del cálculo del importe.	306

2.- LA GESTIÓN DE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS

2.A: El marco constitucional de distribución competencial

El sistema de doble lista de competencias.	308
La exclusividad en la materia o en las facultades.	309
Las leyes y la distribución de competencias.	310
Superposición de materias en los artículos 148 y 149 CE.	311
La legislación básica.	311
La legislación no básica como complemento no contradictorio.	313
La legislación no básica no equivale a desarrollo reglamentario.	314
La competencia para asegurar la igualdad básica.	314
La igualdad del 149.1.1 CE como límite o guía de la legislación no básica.	316

2.B: Asistencia social y Seguridad Social como materias relacionadas

La asistencia social, materia de conflicto competencial.	318
---	-----

La asistencia social prevista en la Ley General de Seguridad Social.	320
La inconcreción como definición del concepto de asistencia social en la LGSS.	321
La concreción de la asistencia social es un elemento accesorio a los presupuestos.	322
Irrelevante disyuntiva entre estados y situaciones de necesidad.	322
Carecer de recursos es un requisito adicional y distinto de la necesidad tutelada.	322
Características del requisito de carecer de recursos.	323
Carecer de recursos se exige en diversas prestaciones de la LGSS.	324
La distinción comunitaria entre Seguridad Social y Asistencia Social.	325
Asistencia social externa e interna a la Seguridad Social.	326
La asistencia social se define por tutelar lo no protegido en la Seguridad Social.	328
2.C: La distribución competencial en materia de pensiones no contributivas	
La LGSS no explicita su carácter básico.	329
La LGSS como legislación básica por su contenido material.	330
Las pensiones no contributivas son Seguridad Social.	331
La Seguridad Social no básica.	332
Los suplementos autonómicos son un ejemplo de Seguridad Social no básica.	333
Los Estatutos de Autonomía y la Seguridad Social no básica.	334
El encaje entre Seguridad Social y asistencia social.	336
El doble título calificativo.	337
Las materias afines y limítrofes.	339
Otras materias transversales u horizontales.	339
Las CCAA y la equiparación de sus competencias	340
La elasticidad de la competencia estatal.	341
Posibles actuaciones autonómicas en materia de asistencia social.	342
Dos actuaciones autonómicas competencialmente problemáticas.	343
El complemento autonómico ya estaba previsto hace diez años.	345
Necesidad accesoria, prestación complementaria.	346
La compatibilidad entre la legislación básica y la autonómica.	348
La protección autonómica no se opone a la estatal.	349
Competencia y escasa cuantía de las ayudas.	350
La irrelevancia del origen autonómico de los fondos empleados.	350
La competencia del régimen económico.	351
El contenido material del régimen económico de la Seguridad Social.	353
La caja unitaria del sistema de Seguridad Social.	353
Prestaciones complementarias 'libres'.	354
Lo privado y lo público en la asistencia complementaria 'libre'.	355
Oportunidad y legalidad.	355
Conclusión: las CCAA pueden reforzar la protección social en base a un doble título competencial.	356
3.- PAGO DE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS	
Pensión anual y su fraccionamiento de la pensión en 14 pagas.	357
El devengo mensual.	357
Relevancia de la fecha de petición.	358
Los requisitos exigidos y la fecha de efectos inicial.	359
Las fechas de efectos posteriores.	360

Fechas de efectos: compensación de sus consecuencias.	360
Aplazar la prestación supone incrementar requisitos.	361
Razonabilidad y proporcionalidad de la fecha de efectos.	362
Requisitos y fecha de efectos: interpretación correctora propugnada.	363
La fecha de pago de las pensiones.	363
La fecha de pago de las pagas extraordinarias.	364
La norma de prorrateo semestral de las pagas extraordinarias.	365
El importe de las pagas extraordinarias en las pensiones contributivas.	366
El importe de las pagas extras en las pensiones no contributivas.	367
El prorrateo de las pagas extras cuando se percibe la pensión un año	367
Prorrateo de las pagas extras si se percibe la pensión menos de un año.	368
El desarrollo reglamentario de las pagas extras..	369
La base y las sextas partes para calcular una paga extra.	371
El rango normativo de la regulación de las prestaciones.	371
Debe reformarse el rango que regula las prestaciones.	373
4.- RESPONSABLES DEL PAGO DE LAS PENSIONES	
4.A: Responsabilidad por incumplimientos empresariales	
¿Es aplicable el artículo 126 LGSS a las pensiones no contributivas?	374
Un sistema especial de responsabilidad.	375
Una responsabilidad objetiva.	376
La vigencia y el rango de los artículos 94 a 96 de la LSS de 1966.	376
La exclusión del artículo 41 LGSS ‘en principio’ no es relevante.	378
El Tribunal Supremo y el daño efectivo a la prestación.	378
Las teorías de la relación causal.	379
Las omisiones y la relación de causalidad.	380
El incumplimiento empresarial es posible, no siempre probable, que cause el daño. ...	381
El daño a la condición de ‘trabajador’ a efectos comunitarios.	382
El daño a la acreditación de la residencia duradera.	383
Vuelve la imputación objetiva de responsabilidad.	383
Posible aplicación del texto LSS a prestaciones no contributivas.	384
La omisión contributiva en relación a quien ha cotizado poco.	384
Extensión de la Seguridad Social, extensión de responsabilidad.	385
Posible razonabilidad de la imputación.	385
4.B: Responsabilidad por actos de terceras personas	
Una tercera persona responsable de la minusvalía.	386
Responsabilidad de terceras personas y pensiones no contributivas.	387
4.C: Entidades responsables de la gestión y pago de las pensiones	
Las entidades gestoras previstas en la LGSS.	388
Diversidad de gestión e intercambio de información.	388
El IMSERSO, escalón intermedio para la gestión autonómica.	388
El intercambio informatizado de datos.	390
5.- LA REVISIÓN DEL GRADO DE MINUSVALÍA	
La revisión: prevista en el reglamento.	392
La Administración: primera interesada en las revisiones de grado.	392
El beneficiario, legitimado para solicitar la revisión.	392

El grado de quienes, de nuevo, solicitan una pensión, no es revisión.	393
Otros interesados en revisiones.	394
Motivos para solicitar la revisión de grado.	394
El grado no se revisa pasados los 65 años.	395
Aunque exista mejoría, tampoco se revisa pasados los 65 años.	396
¿Qué es lo que no puede revisarse tras cumplir los 65 años?	396
Los factores sociales complementarios tras los 65 años.	397
No debe olvidarse el carácter permanente de las discapacidades.	398
Los límites temporales se aplicarían a todos los interesados.	399
Un nuevo concepto: los factores personales.	400
Acreditación: para destruir la presunción de deficiencia permanente.	400
El RD 1971/1999 y su relación con el reglamento de las PNC.	401
Mejoría prevista: sin plazo y sin justificación	402
Plazos y acreditación de los cambios en el reglamento de 1999.	402
Los plazos y su rango normativo.	403
La Ley, el reglamento y límites a la revisión.	403
Responsabilidad e igualdad en la frecuencia de las revisiones.	404
Conclusión: se ordena el procedimiento para acreditar cambios.	405
Presumir que durante 1 o 2 años permanece invariable el grado.	406
6.- LA REVISIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS REQUISITOS DE RESIDENCIA, CARENCIA DE RENTAS Y EDAD	
La obligación de informar por parte del beneficiario.	407
Hechos sobre los que debe informarse.	407
Plazo para informar de variaciones relevantes.	408
La declaración anual de ingresos.	408
El incumplimiento de las obligaciones informativas.	409
7.- LA CAMALEÓNICA TRANSFORMACIÓN DE LAS PENSIONES: LA INVALIDEZ SE REVISTE DE JUBILACIÓN	
Las pensiones de invalidez que se transmutan en jubilación.	410
Las condiciones y los requisitos.	411
La continuidad de los requisitos comunes.	411
La edad y la residencia continuada combinadas.	412
La edad y el grado de minusvalía combinados.	412
La situación de necesidad: el criterio olvidado.	413
8.- LA COMPATIBILIDAD ENTRE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS Y EL TRABAJO	
La compatibilidad del trabajo con la pensión de invalidez.	413
Trabajar no obstaculiza la pensión: la aparente inutilidad del art. 147 LGSS.	414
Una visión distinta: la pensión no impide trabajar.	415
Las actividad laboral que puede realizar el declarado inválido.	416
La Seguridad Social debe ocuparse de la (re) integración laboral del inválido.	417
Fomento del empleo del inválido recuperado.	418
La cotización a la Seguridad Social por el trabajo del inválido.	418
El jubilado no contributivo puede trabajar.	419
El siempre útil trabajo del jubilado no contributivo.	420
9.- LA INCOMPATIBILIDAD ENTRE LAS PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS Y OTRAS PRESTACIONES	
Incompatibilidad de prestaciones como sistema transitorio.	421
Las expectativas oficiales de sustitución de prestaciones.	422

Las pensiones son incompatibles con las asignaciones por hijo a cargo.	422
La incompatibilidad entre distintos beneficiarios.	423
Reglas general y específicas de incompatibilidad.	424
La incompatibilidad y la subsidiariedad.	425
Debe determinarse la prioridad entre incompatibilidad y subsidiariedad.	425
La subsidiariedad como regla especial.	426
Las pensiones no deben solicitarse siguiendo un orden.	427
Las prestaciones que compiten por ser subsidiarias.	427
La jubilación no contributiva no es alternativa a la incapacidad permanente.	428
Percibir una pensión como condición para conseguir otra.	429
10.- LA REVISIÓN JUDICIAL DE LA GESTIÓN	
La jurisdicción competente es el Orden Social.	431
La revisión judicial del grado de minusvalía ignota causa.	432
V- EPÍLOGO:	
1. PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS: JUSTIFICACIÓN DE ESTA CALIFICACIÓN	
1.A: Las distintas acepciones de la terminología usada	
La denominación como pensiones	434
Pensiones vitalicias, que fácilmente pueden extinguirse.	435
Pensiones vitalicias que son un derecho.	436
Pensiones contributivas -o no- por su financiación.	436
Contributivas -o no- por la relación entre prestación y cotización.	437
Contributivas -o no- por la relación entre prestación e ingresos.	438
Los distintos criterios pueden contradecirse y mezclarse.	439
1.B: El concepto de contributividad en las normas legales	
El criterio contributivo en normas internacionales.	440
La calificación explícita como prestaciones no contributivas en la LGSS.	441
Usar la expresión 'no contributiva' requiere precisiones.	443
Debería precisarse en cada norma legal qué concepto de contributividad usa.	443
Pensiones de financiación no especialmente contributiva.	444
No contributivas porque no se exige cotización previa.	445
Pero que son también de concesión contributiva.	445
Pensiones de cálculo no contributivo.	446
No se repone la capacidad económica y contributiva del beneficiario.	446
1.C: Escoger una de Las facetas de la contributividad	
El criterio contributivo por hipótesis.	447
La contributividad se evalúa con criterios de límites indeterminados.	448
El criterio contributivo por relevancia.	448
Únicamente de financiación contributiva.	449
Únicamente de concesión contributiva.	449
La difícil posibilidad de contributividad sólo en el cálculo.	449
La faceta de no asistencialidad implica otro aspecto contributivo.	450
La gradación de los aspectos contributivos.	450
Conclusión: las pensiones no contributivas lo son bajo muchos aspectos.	451
2. PENSIONES DE VEJEZ E INVALIDEZ: ACERCA DE LAS CONTINGENCIAS Y LAS RENTAS ESCASAS	
La contingencia y la prestación: dos centros distintos de atención.	452

Los requisitos exigidos no definen la situación de necesidad.	452
Las contingencias de invalidez y vejez, en un plano distinto a la pensión pagada.	454
La nueva función del requisito de carencia de rentas.	454
La carencia de rentas como delimitador del coste presupuestario.	455
3. PENSIONES DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL MARCO DEL ARTÍCULO 41. C.E.	
La Seguridad Social reforzada como institución.	456
Elementos del pluralidad institucional y subjetiva.	456
Ciudadanía y situación de necesidad.	457
VI- BIBLIOGRAFÍA CITADA	459
VII- ÍNDICE DETALLADO DE MATERIAS	500