

LAS CONSECUENCIAS EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS LEGISLATIVAS

Henar Álvarez Cuesta

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de León.*

RESUMEN:

El Régimen Especial de Trabajadores Autónomos ha sufrido dos grandes transformaciones en el último año: la primera, la aprobación por la Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo; la segunda, la trascendental reforma operada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. No cabe restar importancia a los cambios producidos y las repercusiones que acarreará a las prestaciones que otorga este Régimen Especial de la Seguridad Social, en especial en la incapacidad temporal, permanente, la prestación por viudedad y la concesión o no de desempleo a este colectivo.

Palabras clave: trabajadores autónomos – autónomos económicamente dependientes – incapacidad temporal o permanente – viudedad.

ABSTRACT:

The Special Social Security for autonomous workers has been affected by two important laws in the last year: Law 20/2007, Statute of Autonomous Work, and Law 40/2007, about Social Security Rules. These new regulations modify the disability benefits, survivors benefits or aims for unemployed specially form.

Keywords: autonomous workers – middle autonomous workers – disability benefits – survivors benefits.

Las consecuencias en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de las últimas reformas legislativas

El Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, como es habitual en éste, ha vuelto a sufrir dos grandes transformaciones en el último año: la primera, la aprobación por la Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo; la segunda, la trascendental reforma operada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social y los cambios acaecidos no son baladíes, no cabe restar importancia a las repercusiones que acarrearán las disposiciones aquí analizadas, no en vano, este Régimen cuenta con casi tres millones y medio de afiliados¹.

1.- LA REVOLUCIÓN DE LA LEY 20/2007: LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTES

La principal novedad introducida por la Ley 20/2007 es la creación de una nueva categoría de trabajadores autónomos, los económicamente dependientes², es decir, “aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales” (art. 11.1 Ley 20/2007).

El artículo 11.2 Ley 20/2007 recoge una serie de notas exigibles, unas características de los trabajadores por cuenta ajena y el resto por cuenta propia, configurando un híbrido con gran virtualidad práctica. “Para el desempeño de la actividad económica o profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente, éste deberá reunir simultáneamente las siguientes condiciones (art. 11.2):

- a) No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes;
- b) No ejecutar su actividad de manera conjunta e indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier forma contractual por cuenta del cliente;
- c) Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente;

¹ En abril de 2008 existen alrededor de 3.400.000 trabajadores autónomos afiliados al RETA, en <http://www.mtas.es/estadisticas/bel/AFI/afig2e.htm>.

² Un análisis exhaustivo de sus derechos y deberes en MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Régimen profesional, prevención de riesgos y derechos colectivos de los trabajadores autónomos*, Madrid (CEF), 2006, págs. 46 y ss.; FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J.: “Algunas cuestiones sobre el régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente en la Ley 20/2007, de 11 de julio”, en prensa o BARRIOS BAUDOR, G.L. y APILLUELO MARTÍN, M.: *Introducción al Estatuto del Trabajo Autónomo*, Cizur Menor (Thompson-Aranzadi), 2007, págs. 93 y ss.

- d) Desarrollar su actividad bajo criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas de carácter general que pueda recibir de su cliente;
- e) Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo el riesgo y ventura de aquélla.

Una vez efectuada la división, establece distintas obligaciones para ambas categorías, la más importante de las cuales es el deber para los dependientes de “incorporar obligatoriamente, dentro del ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social, la cobertura de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social” (art. 26.3 Ley 20/2007), manteniendo la opción para el resto de autónomos de elegir su cobertura o no.

El resto de autónomos, no económicamente dependientes, en principio seguirían conservando su libertad para elegir proteger o no los riesgos profesionales, mas parece que no por mucho tiempo: “por el Gobierno se determinarán aquellas actividades profesionales desarrolladas por trabajadores autónomos que presentan un mayor riesgo de siniestralidad, en las que será obligatoria la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social” (disposición adicional 3ª). El elenco no ha sido establecido todavía, por tanto, no es posible imponer la cotización para su cobertura.

Las prestaciones a percibir, para los autónomos que hayan mejorado voluntaria u obligatoriamente el ámbito de la acción protectora, incorporando la correspondiente a las contingencias profesionales, tendrán la misma extensión, forma, términos y condiciones que en el Régimen General, si bien difiere el concepto de accidente laboral.

Así, el legislador considera accidente de trabajo del trabajador autónomo el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación del régimen especial (art. 3 RD 1273/2003). Esta definición excluye la consideración como tal del conocido como accidente *in itinere* y la presunción de tiempo y lugar en el acaecimiento del hecho.

En cambio, la Ley 20/2007 proporciona un nuevo concepto de accidente de trabajo para los trabajadores autónomos económicamente dependientes, quienes, se insiste, están obligados a cubrir la cotización por contingencias profesionales: “se entenderá por accidente de trabajo toda lesión corporal del trabajador autónomo económicamente dependiente que sufra con ocasión o por consecuencia de la actividad profesional, considerándose también accidente de trabajo el que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de la prestación de la actividad, o por causa o consecuencia de la misma. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el accidente no tiene relación con el trabajo cuando haya ocurrido fuera del desarrollo de la actividad profesional de que se trate” (art. 26.3).

El parecido con la redacción del artículo 115 LGSS es más superficial que real, “parece tener la misma música pero la letra es distinta”, pues omite referencia alguna a la enfermedad profesional, a los accidentes ocurridos durante la realización de tareas distintas o en el ejercicio de cargos electivos de asociaciones profesionales o sindicales³.

Entrando ya a analizar, y sin ánimo de realizar un estudio exhaustivo sobre todos y cada uno de los cambios operados por la Ley 40/2007 en el RETA, es menester detenerse en loas prestaciones de incapacidad temporal, permanente, muerte y supervivencia y desempleo.

3 TÁRRAGA POVEDA, J.: “La protección social del trabajador autónomo”, en AA.VV.: *El Estatuto del Trabajador Autónomo*, Murcia (Laborum), 2007, pág. 272.

2.- INCAPACIDAD TEMPORAL

La incapacidad temporal, cuyo objeto es cubrir el vacío económico provocado por haber dejado temporalmente de trabajar⁴, ha sido configurada tradicionalmente en este Régimen Especial como una mejora voluntaria.

Sin embargo, la Ley 20/2007 propicia una revolución copernicana, a partir del uno de enero del año en curso, y conforme requiere la disposición adicional 3^a: “los trabajadores por cuenta propia o autónomos que no hayan optado por dar cobertura a las prestaciones de incapacidad temporal, deberán llevarlo a cabo de forma obligatoria, siempre que no tengan derecho a dicha prestación en razón de la actividad realizada en otro Régimen de la Seguridad Social”.

Por su parte, y como no podía ser de otro modo, “los trabajadores autónomos económicamente dependientes deberán incorporar obligatoriamente, dentro del ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social, la cobertura de la incapacidad temporal” (art. 26.3).

Por tanto, aparecen ahora dos colectivos; por un lado, quienes tengan diferenciado el origen de la incapacidad temporal entre comunes y profesionales y cuantos carecen de tal superior protección.

En cuanto hace a la dinámica de esta prestación⁵, es aplicable la normativa del Régimen General —en virtud del RD 43/1984, de 4 de enero—, por lo que a ella debe hacerse una remisión; no obstante, conviene resaltar ciertas especialidades⁶, así como las distorsiones originadas por la aplicación de las normas generales⁷, habida cuenta una mera exportación del mismo contenido de la acción protectora desde el Régimen General al de Trabajadores Autónomos también plantea problemas y genera desigualdades de protección o problemas de acomodación, en tanto los preceptos creados para el trabajador por cuenta ajena no siempre pueden adaptarse a quien presta servicios por su propia cuenta⁸:

— En principio, no resulta necesario realizar matización alguna a los requisitos generales para el acceso a este beneficio⁹: estar afiliado, en alta y encontrarse al corriente en el pago de las cuotas, así como acreditar 180 días cotizados dentro de los 5 años inmediatamente anteriores a la baja si la contingencia a cubrir no deriva de

4 GARCÍA NINET, J.I.: “La incapacidad temporal”, en AA.VV. (OJEDA AVILÉS, A., Coord.): *La incapacidad temporal*, Madrid (Tecnos), 1995, pág. 19.

5 Siguiendo en líneas generales la exposición desarrollada en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.; AGRA VIFORCOS, B.; TASCÓN LOPEZ, R. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: “La protección social de los autónomos y de los trabajadores del campo (Un estudio de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social con mayor incidencia en la Comunidad Autónoma de Castilla y León)”, *Revista de Investigación económica y social de Castilla y León*, núm. 4, 2001, págs. 119 y ss.

6 BALLESTER PASTOR, I.: “Régimen Especial de trabajadores autónomos”, en AA.VV. (GARCÍA NINET, J.I., Dir.): *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Valencia (CISS), 1998, pág. 129.

7 “Siguen vigentes en el RETA y respecto del subsidio de ILT [actual IT] los requisitos relativos a nacimiento del derecho, contenido y pago, pero no los relativos a términos y condiciones, que se regulan por el Real Decreto citado que establece la equiparación con el Régimen General”, STS 12 febrero 1993 (RJ 1161); SSTSJ Cataluña 30 diciembre 1995 (AS 4951) ó Baleares 19 julio 1999 (AS 3305).

8 BALLESTER PASTOR, I.: “Art. 26”, en AA.VV. (GARCÍA NINET, J.I., Dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto del trabajo autónomo*, Valencia (CISS), 2007.

9 “Exige, para ser beneficiario de esta prestación, el estar en alta o en situación asimilada al alta al sobrevenir la contingencia, [previsión que] debe ponerse en relación con la normativa específica del RETA reguladora de las situaciones asimiladas al alta”, SSTSJ Aragón 7 diciembre 1999 (AS 4033) y 3 abril 2000 (AS 933), País Vasco 15 febrero 2000 (AS 769) ó Cataluña 22 marzo y 3 abril 2000 (2063 y 2152).

accidente común o laboral o enfermedad profesional, esto es, ha sido causada por enfermedad común¹⁰.

Por tanto, quienes no coticen por contingencias profesionales y la incapacidad no derive de accidente habrán de acreditar el referido período de carencia.

— En aras a “impedir el posible fraude que se podría producir en estas situaciones, dado que es muy difícil comprobar si el trabajador sigue o no desarrollando la actividad por la cual ha quedado incluido en el Régimen Especial”¹¹, los autónomos han de presentar una declaración sobre la persona que gestionará su negocio mientras esté incapacitado, o bien solicitar el cese —temporal o definitivo— de la actividad; de este modo, la Administración podrá controlar en todo momento la situación del establecimiento (d.a. 10^a RD 2319/1993). Tal manifestación deberá tener lugar dentro de un plazo de 15 días desde el inicio de la incapacidad, acompañada con el parte médico de baja y, cuando el interesado fuere así requerido, presentando nuevas declaraciones periódicamente —semestralmente— desde el inicio.

Aun cuando tal medida “puede tener unos resultados gravemente discriminatorios sobre todos aquellos trabajadores autónomos que realicen su actividad de manera individual, sin que participen en la misma otros trabajadores..., puesto que, en tal caso, estarán condenados a cesar en su actividad y dejar de obtener las rentas o beneficios correspondientes y, en consecuencia, proceder al cierre del negocio, o bien pasar a utilizar el servicio remunerado de otra persona para poder reanudar la actividad”¹².

Conforme al artículo 47.4 LISOS, “la falta de presentación de la declaración originará la suspensión cautelar del percibo de la correspondiente prestación económica”; en consecuencia, nacerá la pensión a partir de dicha aportación, siempre y cuando persista la baja médica¹³. La mentada suspensión —sin duda— no equivale en este caso a una sanción, pues éstas “sólo se aplican cuando la conducta de [aquél] que incumple permita encubrir el fraude”¹⁴.

— La prestación económica será aquella establecida para las contingencias comunes en el citado Régimen, a saber, desde el día 4 al 20 inclusive su cuantía consistirá en el 60% de la base; a partir del día 21, en el 75% de aquél¹⁵.

Por el contrario, si se trata de un autónomo económicamente dependiente o un autónomo que haya cubierto las contingencias profesionales, y la causa de la incapacidad haya sido atribuida a estas últimas, percibirá el 75% de la prestación a partir del día siguiente al de la baja. En esta ocasión, el día en que se produce la baja no lo cobrará como trabajado como sucede con los trabajadores por cuenta ajena, estableciendo la distinción entre estos colectivos en este punto.

10 STSJ Cataluña 20 mayo 1997 (AS 1961).

11 BALLESTER PASTOR, I.: “Régimen Especial de trabajadores autónomos”, en AA.VV. (GARCIA NINET, J.I., Dir.): *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Valencia (CISS), 1998, pág. 130.

12 BLASCO LAHOZ, J.F.: *El Régimen Especial de trabajadores autónomos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1995, págs. 295-296.

13 “La falta de la referida declaración, o su presentación extemporánea, originará la suspensión cautelar de la prestación”, STSJ Madrid 25 enero 1995 (AS 404).

14 STSJ Madrid 31 mayo 2000 (AS 3245).

15 Frente a la anterior regulación en la que la prestación nacía el día 15, PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos. (La cobertura del RETA)*, Madrid (Civitas), 1995, pág. 123.

La base de regulación será aquélla por la que cotizó el mes anterior a la baja médica dividida entre 30, la cual será la utilizada para calcular la prestación durante toda la duración de la incapacidad incluida las correspondientes recaídas.

— Su abono, en cualquier caso, “no está condicionado a la previa solicitud de parte, sino que se hace efectivo de modo directo y automático, conforme al principio de oficialidad [...]. Así pues, basta también en este Régimen Especial que se hayan hecho llegar los partes médicos de baja y confirmación al Instituto Nacional de la Seguridad Social (propriadamente por el beneficiario, al no haber empresario interpuesto) para que se produzca dicho devengo”¹⁶.

— La duración máxima establecida para continuar disfrutándola también es idéntica a la regulada en el artículo 128 LGSS y, por tanto, las causas de extinción serán las establecidas en el artículo 131 LGSS; únicamente procede apuntar a este respecto que la baja en el RETA determinará la imposibilidad de seguir considerando incapaz al beneficiario, aun cuando mantendrá el derecho a la prestación que viniere percibiendo hasta tanto finalice por alguna de las causas previstas en la Ley sin obligación de cotizar¹⁷.

La reforma operada por la Ley 40/2007 en el artículo 131.bis.2 LGSS también será aplicable a estos trabajadores: “cuando la situación de incapacidad temporal se extinga por el transcurso del plazo de dieciocho meses, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda. No obstante, en aquellos casos en los que, continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación, ésta podrá retrasarse por el período preciso, que en ningún caso podrá rebasar los veinticuatro meses siguientes a la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal”.

— Por supuesto, cuantos no tengan cubiertas las contingencias profesionales carecerán de prestación alguna en “los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad” (art. 128.1.b LGSS).

3.- INCAPACIDAD PERMANENTE

El Régimen Especial de Autónomos prevé la cobertura de la situación de incapacidad permanente en sus grados de total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo y gran invalidez (art. 36 D. 1530/1970; d.a. 8ª LGSS).

El concepto “profesión habitual” viene aclarado en el art. 36.3 D. 1530/1970, entendiéndose por tal la actividad inmediata y anterior desempeñada por el beneficiario debido a la cual se encontraba en situación de alta.

En cuanto atañe al resto de términos, aparecen definidos en el artículo 137.2 LGSS atendiendo a la reducción de la capacidad de trabajo del afectado (art. 36.2 D. 1530/1970). En el caso del trabajador por cuenta propia, sin embargo, “ha de tenerse en cuenta su condición de autónomo para la valoración de la incapacidad, [pues] el traba-

16 SSTS 12 febrero 1993 (RJ 1161) y 19 junio 2007 (RJ 6826).

17 STS 2 febrero 2005 (RJ 2780).

jar como tal confiere un mayor margen de respuesta activa a los padecimientos o secuelas, en cuanto excluye la sujeción a las exigencias de un tercero y le faculta para la auto-organización de la actividad laboral en función de las propias capacidades físicas”¹⁸.

Pero “esta apreciación estricta... puede transformar una aparente incapacidad permanente absoluta para el General en una incapacidad permanente total para este Régimen; de igual modo puede conllevar la no declaración de ninguna incapacidad si esta mayor exigencia impide la declaración de una permanente total”¹⁹.

También tienen derecho a la cobertura de la incapacidad permanente parcial (el artículo 137.3 LGSS y la disposición adicional 8ª LGSS modificada por la Ley 40/2007, entienden por tal la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de aquélla), en tanto “la lesión la sufre al igual que cualquier persona”²⁰, pese a la negativa tradicional a su otorgamiento por parte de algunos pronunciamientos judiciales²¹ en atención a que, la posibilidad de auxilio por terceras personas no le hace perder nunca, bajo tales circunstancias, la condición de trabajador por cuenta propia²².

En cuanto a la incapacidad total “cualificada”, en un primer momento estaban privados de tal protección (“en base a la existencia de una capacidad residual de ganancia de la que carecen los trabajadores por cuenta ajena”)²³ y únicamente podían acceder a tal beneficio a través del cómputo recíproco de las cuotas abonadas al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y al Régimen General²⁴, “al no estar expresamente establecido ni deducirse su aplicación, sino todo lo contrario, de la regulación genérica, ya que la referencia a la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior no cabe referirla a quien ejerce una actividad por cuenta propia”²⁵.

Sin embargo, en la Recomendación 4ª del Pacto de Toledo y en el apartado I del Acuerdo Social de 1996, el Gobierno acordó “incluir en la acción protectora dispensada por el RETA la prestación de incapacidad permanente total cualificada”²⁶. El compromiso fue especificado en el Real Decreto 463/2003, dando nueva redacción al artículo 38 D. 2530/1970; desde entonces, esta norma incrementa en un 20% de la base

18 BALLESTER PASTOR, I.: “Régimen Especial de trabajadores autónomos”, en AA.VV. (GARCÍA NINET, J.I., Dir.): *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Valencia (CISS), 1998, pág. 132 y STSJ Cataluña 21 julio 1994 (AS 3072).

19 PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos. (La cobertura del RETA)*, Madrid (Civitas), 1995, pág. 141.

20 BLASCO LAHOZ, J.F.: *El Régimen Especial de trabajadores autónomos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1995, pág. 316.

21 STS 19 septiembre 2007 (RJ 3830).

22 STS 10 julio 1984 (RJ 4151). “Obedece tanto a la dificultad de fijar el porcentaje de disfunción para este tipo de trabajadores, así como a la aminoración de la capacidad”, CEA AYALA, A. y SUÑER RUANO, E.: *El Régimen Especial de trabajadores autónomos de la Seguridad Social*, cit., págs. 140-141.

23 CEA AYALA, A. y SUÑER RUANO, E.: *El Régimen Especial de trabajadores autónomos de la Seguridad Social*, cit., pág. 143.

24 Procede el cómputo recíproco en atención a que “el incremento del 20% no es una prestación, sino el aumento de cuantía que experimenta la pensión de incapacidad permanente total cuando concurren especiales dificultades de empleo”, STS 21 marzo 1994 (RJ 2616) y STSJ Cataluña 19 febrero 1997 (AS 1831).

25 SSTS 7 junio 1985 (RJ 3366), 9 junio 1987 (RJ 4322), 21 abril y 5 octubre 1988 (RJ 3011 y 7537) ó 26 julio 1993 (RJ 5985).

26 AA.VV.: *Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social*, Madrid (MTAS), 2001, pág. 41.

reguladora que se tenga en cuenta para determinar la cuantía de la pensión²⁷, cuando el pensionista tenga una edad igual o superior a los 55 años (y si el reconocimiento inicial de la pensión se efectúa a una edad inferior a la señalada, el incremento del 20% se aplicará desde el día 1º del mes siguiente a aquel en que el trabajador cumpla los 55 años de edad); no ejerza una actividad retribuida por cuenta ajena o por cuenta propia que dé lugar a su inclusión en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, en ese caso el incremento de la pensión quedará en suspenso durante el período en que el trabajador obtenga un empleo o efectúe una actividad lucrativa por cuenta propia que sea compatible con la pensión de incapacidad permanente total que viniese percibiendo; no ostente la titularidad de un establecimiento mercantil o industrial ni de una explotación agraria o marítimo-pesquera como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo.

Debido a la inaplicación del incremento hasta fechas recientes, en los supuestos en que el derecho al incremento del 20% nazca en un año natural posterior a aquél en que se produjo el reconocimiento inicial de la pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual, a ésta, incrementada con el mencionado 20%, se le aplicarán las revalorizaciones que, para las pensiones de la misma naturaleza, hubiesen tenido lugar desde la expresada fecha.

3.1.- Requisitos

En todo caso, continúan siendo exigidos a los posibles beneficiarios los requisitos generales previstos para acceder a cualquier prestación dentro del campo de aplicación del RETA: estar en alta o situación asimilada referida al momento inicial en el cual aparece manifestado el accidente o la enfermedad²⁸, encontrarse al corriente en el pago de las cuotas y acreditar el período de cotización necesario. No obstante, resulta pertinente señalar tanto la desaparición de la antigua exigencia de edad²⁹ (tener cumplidos cuarenta y cinco años en la fecha del hecho causante —art. 37.2 D. 2530/1970—³⁰) en virtud de la disposición adicional 13ª.1 RD 9/1991, como la atenuación de aquellas otras que todavía aparecen como condiciones obligatorias, bien por aplicación de los preceptos del Régimen General, bien por las características propias del RETA.

Tal y como sucede en la normativa común, “y superándose así una desigualdad histórica”³¹, para las “pensiones de invalidez permanente derivadas de accidente, estando el trabajador en alta o en situación asimilada a la de alta, no se exigirá ningún período previo de cotización, determinándose la base reguladora de tales pensiones con-

27 STSJ Cataluña 31 enero 2006 (Jur. 128842).

28 SSTS 26 diciembre 1989 (RJ 9267), 12 febrero 1990 (RJ 908) y 9 octubre 1995 (RJ 7675) ó STSJ País Vasco 21 abril 1998 (AS 2098).

29 Sobre la evolución en la doctrina de los Tribunales respecto a esta condición, RAMOS QUINTANA, M^a.I.: “Trabajadores autónomos. Efectos de la declaración de invalidez permanente total”, *RL*, núm. 3, 1989.

30 Dicha derogación afectará, incluso, a las incapacidades producidas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto —16 de enero de 1991—: “pues manteniendo el beneficiario la primera incapacidad sin efectos económicos, procede reconocer el derecho a la prestación, pero no antes de la entrada en vigor del Decreto citado que suprime el requisito de edad para reconocer plenitud de efectos a la invalidez permanente total”, SSTS 14 julio 1992 (RJ 5619); 17 marzo, 13 mayo, 21 mayo, 23 junio y 23 julio 1993 (RJ 1867, 4093, 5532, 4919 y 5977) ó 6 octubre 1995 (RJ 7194) y STSJ Baleares 15 mayo 1995 (AS 1784).

31 CEA AYALA, A. y SUÑER RUANO, E.: *El Régimen Especial de trabajadores autónomos de la Seguridad Social*, cit., pág. 155 y ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid (Civitas), 2000, pág. 547.

forme a las reglas establecidas en el Régimen General” (d.a.13^a.1 y 2 RD 9/1991, de 11 de enero)³².

La Ley 40/2007 realiza una reforma de gran calado en cuanto hace a la carencia necesaria cuando la incapacidad permanente tenga origen en una enfermedad común. Esta Ley tiene como objetivo expreso —en palabras textuales del Acuerdo— “evitar que se convierta en una vía de acceso a la protección para las carreras de cotización insuficientes”. Aún así, existe una cierta ampliación subjetiva y un retoque en las cuantías a disfrutar, afectando en más alto grado a la regulación de la incapacidad permanente derivada de enfermedad común³³.

La nueva carencia necesaria para acceder a la prestación afecta por igual a trabajadores por cuenta ajena y autónomos, no obstante en estos últimos presentará una mayor incidencia a la vista de la voluntariedad en la cobertura de las contingencias profesionales. Entonces, para cuantos no la tengan cubierta, en caso de incapacidad que no fuera fruto de un accidente, los períodos exigibles son los siguientes:

a.- En el caso de prestaciones de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, derivadas de enfermedad común se exige al trabajador un período previo de cotización o carencia, según la edad de éste al momento del hecho causante:

— Si el sujeto tiene menos de treinta y un años de edad, la tercera parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los dieciséis años y la del hecho causante de la pensión.

— Si el causante tiene cumplidos treinta y un años de edad, la cuarta parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que se haya cumplido los veinte años y el día en que se hubiese producido el hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de cinco años. En este supuesto, al menos la quinta parte del período de cotización exigible deberá estar comprendida dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante.

b.- Para percibir la prestación por incapacidad permanente parcial derivada de contingencias comunes, el período mínimo de cotización exigible será de mil ochocientos días que han de estar comprendidos en los diez años inmediatamente anteriores a la fecha en la que se haya extinguido la incapacidad temporal de la que se derive la incapacidad permanente; en aquellos casos en los que el trabajador sea menor de 21 años se exigirá una cotización equivalente a la mitad del tiempo transcurrido desde la fecha en que cumplió los 16 años y la del inicio de la incapacidad temporal.

c.- Si el trabajador no se encontrara en alta ni en situación asimilada para causar derecho a pensión de incapacidad en los grados de incapacidad permanente absoluta o gran incapacidad, se le exigirá un período mínimo de cotización de al menos quince años, de los que al menos una quinta parte del período debe estar comprendido en los diez años anteriores al hecho causante.

d.- En atención a las características que presentan determinados colectivos por la fecha de su incorporación, el D. 2530/1970 contempla una reducción del período de

32 QUIRÓS HIDALGO, J.G.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: “La reforma de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 16, 2008.

33 Al respecto, GARCÍA ROMERO, B.: “La reforma de la Incapacidad Permanente”, en AA.VV. (FERRANDO GARCÍA, F., Coord.): *La reforma de la Seguridad Social (El Acuerdo de 13 de julio de 2006 y su ulterior desarrollo normativo*, cit., págs. 125 y ss.

carencia con el fin de lucrar convenientemente las prestaciones si la integración hubiere tenido lugar con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 26/1985 y se hubiera solicitado el alta oportuna dentro de este sistema de aseguramiento específico. En estos casos, la cotización requerida será equivalente a la mitad del tiempo transcurrido entre la incorporación al Régimen Especial y el hecho causante, siempre y cuando alcance un mínimo de 30 meses (art. 30.2 D. 2530/1970); en todo caso, “la vigencia de estas normas sólo alcanzará, en coherencia con la transitoriedad regulada, hasta que los períodos de cotización exigidos para los colectivos de incorporación tardía se equiparen, por aplicación de las reglas vistas, con los establecidos para el resto de los trabajadores pertenecientes a dicho Régimen que se incorporaron desde su creación”³⁴.

En cuanto a la exigencia de estar al corriente en el pago de las cuotas, la Entidad Gestora invitará al interesado para que, en el plazo improrrogable de 30 días naturales, ingrese las cantidades debidas, siempre y cuando acredite haber cubierto el período mínimo de cotización preciso para acceder a la prestación solicitada (arts. 28.2 D. 2530/1970 y 57 O. de 24 de septiembre de 1970); “en modo alguno el ingreso posterior al hecho causante convalida la falta de carencia exigida, ya que admitir lo contrario produciría una injusta compra de pensiones, sin el menor signo de aleatoriedad”³⁵.

En consecuencia, “las cotizaciones efectuadas incluso *ex post* del hecho causante no sirven para cubrir carencia, pero sí son eficaces para cumplir el requisito de estar al corriente de pago cuando en el momento del hecho causante ya se tenía cubierto tal período, sino también que si bien las cuotas ingresadas tras aquél no son computables a efectos carenciales, se permite el ingreso de las cotizaciones pendientes de pago [...], procediendo una vez cubierto el período de cotización”³⁶.

Es preciso recordar, entonces, que no lucrará la prestación quien no logre acreditar el período mínimo de carencia exigido y “las declaraciones de invalidez permanente sin derecho a prestaciones económicas carecen de efectos jurídicos, lo que equivale a la nulidad de las resoluciones administrativas que las efectúan”. En esa situación, si el trabajador continúa en la realidad desarrollando su actividad laboral y mantiene su situación de alta y su cotización a la Seguridad Social, aceptadas ambas por la Entidad Gestora cuando posteriormente solicita la situación de invalidez y ésta es de apreciar por el carácter irreversible de las deficiencias funcionales que padece, habiendo alcanzado en tal momento el período de cotización exigible y demás condiciones legalmente impuestas, le ha de ser reconocida la mencionada situación y el derecho al percibo de la prestación correspondiente, sin que quepa argüir que el hecho causante se produjo al dictarse la primera resolución, dada la nulidad de ésta”³⁷.

Así pues, las aportaciones realizadas en este período ulterior deberán ser computadas, aun cuando las dolencias sean sustancialmente las mismas que generaron el primer reconocimiento de la invalidez; el abono también deberá ser considerado válido si las cuotas han sido hechas efectivas con posterioridad al reconocimiento por el INSS

34 PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos. (La cobertura del RETA)*, Madrid (Civitas), 1995, pág. 149.

35 SSTS 25 noviembre 1993 (RJ 9076) y 26 enero 1994 (RJ 379) ó STSJ Andalucía/Málaga 5 abril 1995 (AS 1482).

36 SSTS 25 noviembre 1993 (RJ 9076) y 26 enero 1994 (RJ 379); SSTSJ Castilla-La Mancha 23 marzo 1998 (AS 1281), Navarra 25 noviembre 1999 (AS 4319) y Galicia 26 noviembre 1999 (AS 3061).

37 SSTS 14 octubre 1991 (RJ 7659), 25 noviembre, 28 noviembre y 1993 (RJ 9076, 9088 y 9766), 7, 18 y 24 febrero, 20 abril y 12 diciembre 1994 (RJ 811, 1063, 1515, 4192 y 10087), 16 marzo, 10 mayo y 13 octubre 1995 (RJ 2017, 3764 y 7750) ó 22 octubre 1996 (RJ 7782).

cuando el interesado no alcanzara derecho a la prestación³⁸, o bien el pago acaeciere durante la tramitación del expediente y hasta su resolución³⁹.

3.2.- Cuantía

La prestación económica coincidirá con la reconocida en el Régimen General para la incapacidad total, absoluta y la gran invalidez (art. 38.2 D. 2530/1970)⁴⁰. Se devenga desde el día primero del mes siguiente al de la fecha en la cual se entienda causada, siempre y cuando la solicitud hubiera sido presentada dentro de los tres meses siguientes (art. 61.1 O. de 19 de junio de 1970)⁴¹.

Su cuantía depende en gran medida del grado de incapacidad⁴², pero la base para la incapacidad permanente total, absoluta y gran invalidez derivada de enfermedad común (o de enfermedad a secas, se insiste, para los autónomos sin cobertura) se ha transformado en un verdadero galimatías legal:⁴³ “se hallará el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante; las correspondientes a los veinticuatro meses anteriores a aquél en que se produzca el hecho causante se computarán en su valor nominal y las restantes bases de cotización se actualizarán de acuerdo con la evolución que haya experimentado el índice de precios al consumo desde los meses a que aquéllas correspondan hasta el mes inmediato anterior a aquel en que se inicie el período de bases no actualizables a que se refiere la regla anterior. Al resultado obtenido en razón a lo establecido en la norma anterior se le aplicará el porcentaje que corresponda en función de los años de cotización, según la escala prevista para la jubilación, considerándose a tal efecto como cotizados los años que le resten al interesado, en la fecha del hecho causante, para cumplir la edad de 65 años. En el caso de no alcanzarse 15 años de cotización, el porcentaje aplicable será del 50 %.

Eso sí, como regla transitoria, en ningún caso se aplicarán tales previsiones si la situación viene antecedida por un proceso de incapacidad temporal anterior a la entrada en vigor de la reforma (DT 16ª LGSSS, incorporada por el art. 2.cinco Ley 40/2007)⁴⁴, rigiendo la normativa anterior.

38 “Esta Sala definió el acto reconocitivo de la Invalidez Permanente como un acto complejo, en el que es distinguible un aspecto de valoración médica y otro de valoración jurídica. Sólo por la conjunción de ambos puede surgir el fenómeno, propiamente jurídico-social, del reconocimiento de la invalidez permanente, sin que, por tanto, la precedente formulación de una resolución administrativa que prive a tal reconocimiento de los efectos prestacionales correspondientes pueda cobrar virtualidad alguna”, SSTS 29 noviembre 1993 (RJ 9088), 10 mayo ó 13 octubre 1995 (RJ 3764 y 7750).

39 STCT 30 noviembre 1988 (RTCT 7745).

40 Un amplio en JIMÉNEZ FÉRNANDEZ, A., *et alii*: *La protección de la Seguridad Social por incapacidad permanente*, Madrid (Escuela Libre), 1999.

41 STS 26 julio 1993 (RJ 5985).

42 Un completo análisis de las bases reguladoras, porcentajes aplicables, límites, recargos y revalorización en ROQUETA BUJ, R.: *Incapacidad permanente*, Madrid, 2000, págs. 171 y ss.

43 ROQUETA BUJ, R.: “La incapacidad permanente”, en AA.VV. (DESDENTADO BONETE, A., Dir.): *Seguridad Social. Manual de formación*, Madrid, 2002, pág. 163. Los problemas y distorsiones no derivan sólo de la variedad de prestaciones, sino también de las diferencias que el ordenamiento jurídico sigue haciendo contra las contingencias comunes; sobre el asunto, GARCÍA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, A.: “La incapacidad temporal y la incapacidad permanente”, en AA.VV. (SEMPERE NAVARRRO, A.V., Dir.): *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, cit., págs. 865 y 866.

44 DE LA PUEBLA PINILLA, A. y PÉREZ YÁÑEZ, R.: “El Acuerdo de 13 de julio de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social. Un nuevo paso en el Diálogo Social”, *RL*, núm. 2, 2006, págs. 88-89; PANIZO ROBLES, J.A.: “El Acuerdo sobre medidas de Seguridad Social (Comentario de urgencia)”,

La significativa rebaja de la cuantía, derivada de aplicar un doble porcentaje (y, con ello, una doble minoración de la base reguladora considerada para el cálculo) parece compensarse con otras medidas, pues existirá un importe mínimo para la incapacidad permanente total derivada de enfermedad común, consistente en el 55% de la base mínima de cotización para mayores de 18 años en términos anuales vigente en cada momento (nuevo párrafo añadido al artículo 139.2 LGSS por el artículo 2.dos Ley 40/2007).

De esta manera, la norma “mantiene el necesario equilibrio entre el reforzamiento del principio de contributividad, que supone la aproximación del sistema de cálculo de esta prestación a la de jubilación, con el principio de adecuación y suficiencia de las prestaciones, al que se adecuan el establecimiento de un importe mínimo para esta pensión y la mejora que supone para los trabajadores más jóvenes el nuevo período de cotización exigible”⁴⁵.

También es preciso destacar la reforma efectuada en el porcentaje aplicable en el caso de una prestación por gran invalidez: la prestación será la misma que la de incapacidad permanente absoluta, esto es, una pensión vitalicia del 100% de la base reguladora. Si el trabajador fuese calificado de gran inválido, tendrá derecho a una pensión vitalicia, incrementándose su cuantía con un complemento, destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda. El importe de dicho complemento será equivalente al resultado de sumar el 45 % de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30 % de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente. En ningún caso el complemento señalado podrá tener un importe inferior al 45 % de la pensión percibida, sin el complemento, por el trabajador.

Las consecuencias alcanzadas no son las queridas; la reforma “disminuye la incidencia inicialmente pretendida y mantiene la desigualdad, pues en definitiva lo que hace es rebajar el antiguo porcentaje del 50% al nuevo del 45% para las pensiones más exiguas, mientras que las más altas y a partir de la nueva fórmula en muchos casos superarán tal referente mínimo”⁴⁶.

4.- MUERTE Y SUPERVIVENCIA

La novedad más importante de la Ley 40/2007 en estas prestaciones (la concesión de la pensión por viudedad al superviviente de una pareja de hecho en casos de carencia de rentas) es aplicada al Régimen de Trabajadores Autónomos con igual dimensión que al General. En el fondo, el legislador busca que esta prestación recupere “su carácter de renta de sustitución y [se reserve] para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supervivientes”⁴⁷.

TS, núm. 190, 2006, pág. 25 y QUIRÓS HIDALGO, J.G.: FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R. y ALVAREZ CUESTA, H.: “La reforma de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social”, cit.

45 CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas en Materia de Seguridad Social*, 24 de enero de 2007, pág. 6.

46 QUIRÓS HIDALGO, J.G.: FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R. y ALVAREZ CUESTA, H.: “La reforma de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social”, cit.

47 QUESADA SEGURA, R.: “Prestaciones por muerte y supervivencia”, en AA.VV. (MONEREO PÉREZ, J.L. y GARCÍA NINET, J.I., Dirs.): *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Granada (Comares), 2004, pág. 707.

Sin embargo, la nueva exigencia establecida por el artículo 174.1, LGSS dificulta el acceso a la viudedad para un gran número de autónomos: en los supuestos no tan excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevinida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes; tampoco se exigirá dicha duración cuando en la fecha de celebración del matrimonio se acreditara un período de convivencia con el causante, que sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años.

Este requisito, que pretende evitar la percepción “fraudulenta” de una pensión vitalicia de viudedad por la vía de contraer matrimonio con un enfermo, afecta con mayor intensidad, de nuevo, al amplio colectivo de autónomos que no han cubierto las contingencias profesionales, pues el precepto verá sobredimensionada su aplicación al no distinguir el origen de la patología.

En ese caso, el cónyuge superviviente recibirá una prestación temporal de viudedad en cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años (art. 174.bis LGSS) mientras el Acuerdo de 13 de julio de 2006 sobre medidas en materia de Seguridad Social preveía una duración equivalente al período acreditado de convivencia matrimonial.

5.- DESEMPLEO

Tradicionalmente, la prestación por desempleo les ha sido negada a los autónomos y en justa correspondencia ha sido una de sus mayores reivindicaciones, advirtiendo cómo “los poderes públicos deben adoptar las medidas necesarias para atender a situaciones de necesidad derivadas de la incapacidad de ganancia que sobreviene por la pérdida del trabajo...; es el defecto de ingresos para atender las necesidades del trabajador autónomo y de su familia lo que debe ser atendido”⁴⁸.

De nuevo, la Ley 20/2007 resucita la esperanza al contemplar cómo “el Gobierno, siempre que estén garantizados los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera y ello responda a las necesidades y preferencias de los trabajadores autónomos, propondrá a las Cortes Generales la regulación de un sistema específico de protección por cese de actividad para los mismos, en función de sus características personales o de la naturaleza de la actividad ejercida. La articulación de la prestación por cese de actividad se realizará de tal forma que, en los supuestos en que deba aplicarse en edades cercanas a la legal de jubilación, su aplicación garantice, en combinación con las medidas de anticipación de la edad de jubilación en circunstancias concretas contempladas en la LGSS, que el nivel de protección dispensado sea el mismo, en supuestos equivalentes de carrera de cotización, esfuerzo contributivo y causalidad, que el de los trabajadores por cuenta ajena, sin que ello pueda implicar costes adicionales en el nivel no contributivo” (disposición adicional 4^a).

Sin embargo, a día de hoy, ni los económicamente dependientes ni el resto cotizan para lucrar tal prestación ni se ha desarrollado la normativa indicada.

No obstante la afirmación anterior, el legislador vuelve a intentar ofrecer una “golosina” a los trabajadores por cuenta propia: a la hora de iniciar una actividad por

⁴⁸ GÓMEZ CABALLERO, P.: *Los trabajadores autónomos y la Seguridad Social: campo de aplicación y acción protectora del RETA*, Valencia (Tirant lo blanch), 2000, pág. 105.

cuenta propia, un incentivo añadido consisten en la facilidad para conseguir financiación y, por tal motivo “el Gobierno en el plazo de un año elaborará un estudio sobre la evolución de la medida de pago único de la prestación por desempleo para el inicio de actividades por cuenta propia, si el resultado es favorable en cuanto a creación de empleo autónomo, ampliará los porcentajes actuales de la capitalización de la prestación de desempleo destinados a financiar la inversión” (disposición adicional 9ª Ley 20/2007). Vuelve a ser una dilatación de un proyecto pero, a día de hoy, sin virtualidad jurídica.