

Prestaciones familiares

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE LEÓN

HENAR ÁLVAREZ CUESTA

TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE LEÓN

Resumen

El presente estudio analiza las prestaciones familiares comprendidas en el Sistema español de Seguridad Social, no sólo aquellas reguladas por el Capítulo IX del Título II de la Ley General de Seguridad Social, sino también cuantas aparecen dispersas a lo largo del ordenamiento jurídico, todo ello sin perder de vista, por un lado, las transformaciones demográficas registradas en las últimas décadas, acompañadas de un importante descenso de la natalidad y un marcado envejecimiento de la población, y, por otro, el profundo cambio surgido en las formas de convivencia, capaces de plantear nuevas demandas no siempre satisfactoriamente atendidas.

Abstract

This research analyses the family benefits in the Spanish Social Security System, in one hand, these benefits regulated by the Chapter IX, Title II Social Security Law, in the other hand, those benefits which are dispersed in the Spanish legal system; in addition, first, the demographic changes that have happened in recent decades, accompanied by a significant decrease in birth rates and the ageing of the population, and, secondly, the deep change emerged in the forms of family life, able to show new demands not always well satisfied.

Palabras clave

Prestaciones no contributivas; familia; igualdad; hijo a cargo; discapacidad; natalidad

Keywords

Non-contributory benefits; family; equality; dependent child; disability; birthrate

1. POLÍTICAS DE IGUALDAD Y PRESTACIONES FAMILIARES

No es baladí recordar que, según la Declaración Universal de Derechos Humanos, la familia es el “elemento natural, universal y fundamental” de la sociedad, merecedor de la máxima atención por los Estados, en cuanto pilar inviolable de la persona. Es más, el férreo compromiso de dotación de una eficiente red de ayudas y recursos públicos dedicados a la protección de la institución familiar debería constituir la vara de medir la madurez de cualquier Gobierno avanzado.

Ahora bien, las prestaciones familiares en el sistema Seguridad Social español han acabado por dibujar una imagen “dickensiana”. Consideradas como conexión directa con las obligaciones impuestas por el art. 39.1 y 3 CE en su doble faz: a los poderes públicos (“los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”) y a los padres (“los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”) han resultado ser los “parientes pobres de la política social”, (Consejo de Europa *dixit*), viéndose desdibujadas en su finalidad, dispersas en su regulación, obsoletas en sus sucesivas modificaciones, insuficientes en su contenido y más “locales” que universales.

Aun cuando la cláusula 5.5 de la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, destaca la “la importancia de la continuidad de los derechos a las prestaciones de seguridad social para los diferentes riesgos”, lo cierto es que la dedicación al cuidado familiar suele tener un coste en términos de tiempo que puede llegar a anular la disponibilidad para el trabajo, limitarla (a través de reducciones de jornada), circunstancia que recae mayoritariamente sobre las mujeres¹, y en todo caso supone un incremento de gastos en la unidad familiar. En este sentido, han sido numerosas las medidas arbitradas por el ordenamiento jurídico y no sólo a nivel normativo sino también jurisprudencial para, por un lado, fomentar la contratación de mujeres, especialmente a través de bonificaciones a la seguridad social, y por otro lado, para evitar que la atención y cuidado de los hijos y familiares –función que tradicionalmente han asumido las féminas– tenga como efecto la retirada de la mujer del mercado de trabajo y consiguiente interrupción de su carrera de seguro².

Ciertamente, el actual elenco de prestaciones familiares reconocido por el Sistema de Seguridad Social español no agota la obligación constitucional impuesta de proteger y promover la familia, ni tampoco la vocación de universalidad con la que parecieron concebirse. Por ello, cabe apuntar e imitar otras³, como la prestación por crianza de hijos alemana (destinada a los padres, madres o parientes que no trabajen o trabajen a tiempo parcial, hasta 30 horas a la semana y que cuiden personalmente de un hijo durante sus primeros 14 meses de edad en su hogar), francesa, belga, sueca u holandesa o la prestación por adopción de hijos extranjeros en Suecia.

2. PRESTACIONES FAMILIARES CONTRIBUTIVAS

El art. 180 LGSS diseña una prestación contributiva “en especie”⁴, a modo de ficción (útil y “barata” a corto plazo⁵), “prestación económica diferida”⁶ o “paraguas protector”⁷

¹ DESDENTADO BONETE, A.: “Mujer y trabajo. Contrato a tiempo parcial, reducciones de jornada, suspensiones y excedencias. Puntos críticos en materia de Seguridad Social”, VV.AA.: *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.), Madrid, La Ley, 2010, pág. 172.

² VICENTE PALACIO, A.: “En busca de la igualdad material de las mujeres: igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de Seguridad Social”, *Lan Harremanak*, núm. 25, 2012, págs. 220 y 222.

³ Siguiendo en esta enumeración a TRILLO GARCÍA, A. Y GARCÍA PEREA, P.: “Prestaciones familiares en Derecho Comparado y coordinación de prestaciones familiares no contributivas en los Reglamentos 883/2004 y 987/2009”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32, 2012.

⁴ MORENO DE VEGA Y LOMO, F.: “El nuevo marco jurídico de las prestaciones familiares en el Régimen General de la Seguridad Social”, *TS*, núm. 191, 2006, pág. 38.

⁵ “Pues se trata de un derecho que tiene un plazo de efectividad diferido e incluso, en algunos casos puede que no llegue a tener efectividad como es el caso de carreras contributivas insuficientes para causar derecho a prestaciones incluso con las cotizaciones ficticias o los supuestos de carreras de seguros a las que nada añaden dichas ficciones”, VICENTE PALACIO, A.: “En busca de la igualdad material de las mujeres: igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de Seguridad Social”, cit., pág. 223.

⁶ ROQUETA BUJ, R. Y BLASCO PELLICER, A.: “Las modificaciones de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres en materia de Seguridad Social”, VV.AA.: *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, SALA FRANCO, T. (Dir.) Madrid, La Ley, 2008, pág. 526.

⁷ GARCÍA MURCIA, J. Y CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Prestaciones familiares por hijo a cargo”, VV.AA.: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. Y MORENO VIDA, M.N. (Dir.), Granada, Comares, 1999, pág. 1639.

(frente a regulaciones pretéritas que incorporaban también una prestación contributiva de carácter económico), que considera como espacio cotizado a tiempo completo ciertos períodos de disfrute de excedencia y reducciones de jornada, y acaba por generar dudas en torno a su consideración efectiva como tal, habida cuenta el carácter y finalidad clásicos de las mismas como rentas sustitutivas del salario frente a una situación de necesidad⁸.

Esta prestación, si bien diseñada para todos aquellos incluidos en el Régimen General, de conformidad con la disposición adicional 8ª LGSS, se extiende, como el resto de “las normas sobre las prestaciones familiares contenidas en el Capítulo IX del Título II”, a todos los regímenes especiales. Esta incorporación genérica no supone discordancia alguna para aquellas asistenciales, pero distorsiona su aplicación para cuantos trabajadores presten servicios por cuenta propia o bien no presten servicios.

En el primer caso, por su propia configuración, difícilmente los trabajadores autónomos, incluidos en el RETA o en el RETM, podrán activar el hecho causante, esto es, solicitar la excedencia por cuidado de hijos o familiares y la reducción de jornada en los casos protegidos. De hecho, el art. 26 Ley 20/2007, al enumerar la acción protectora de los autónomos, sólo menciona las prestaciones familiares por hijo a cargo, si bien nada impide el pacto entre el cliente y el autónomo económicamente dependiente a estos efectos, según el art. 16 del mismo texto legal. En todo caso, tienen derecho a hacer valer esa ficción cuando soliciten una prestación dentro de estos Regímenes Especiales, aunque disfrutada (y lucrada) como trabajador por cuenta ajena⁹. En cuanto hace a las reducciones de jornada, en la medida en que el trabajo autónomo no está jurídicamente sujeto a objetivas limitaciones de jornada, ni tampoco resulta a día de hoy posible la cotización a tiempo parcial con carácter general (a salvo aquél que también preste servicios por cuenta ajena por la vía de reducciones a la cuota), sumado a la voluntariedad en la elección de la base en este Régimen, deja falto de contenido esta segunda modalidad prestacional.

En el segundo, para acceder a esta prestación, es necesario que el trabajador esté prestando servicios, excluidos, por su propia definición, los pensionistas, quienes no podrán disfrutar del derecho sustantivo del que trae origen (la excedencia o la reducción de jornada). Pero cumplida la primera condición, no cabe negar estos derechos de conciliación (excedencia y reducción de jornada) a ninguna relación laboral especial ni tampoco en el supuesto de contratación por tiempo determinado (ni concederla con distinto tramo temporal en función de la temporalidad¹⁰); si bien, en este último supuesto no varía su naturaleza temporal, de suerte que finalizaría por las mismas causas tanto si el trabajador se halla en plena prestación de servicios, como si está en excedencia¹¹. A la hora de la verdad, difícilmente van a poder ser ejercitados por unos empleados temerosos de perder su puesto

⁸ MORGADO PANADERO, P.: “Las prestaciones familiares como reflejo del art. 41 CE: un sistema multiforme de protección”, AS, núm. 10, 2010 (BIB 2010\1905).

⁹ BARRIOS BAUDOR, G. y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *Prestaciones familiares*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2009, pág. 170.

¹⁰ SSTSJ Comunidad Valenciana 25 noviembre 1997 (AS 4030), Castilla-La Mancha 23 noviembre 1999 (AS 4023) y Comunidad Valenciana 14 septiembre 2005 (Jur. 3718/2006), esta última referida a la excedencia por cuidado de hijos y a la reducción de jornada.

¹¹ STSJ Cataluña 11 noviembre 1999 (AS 4797).

de trabajo a término, y que, por el propio plazo signado, carecerán en la mayor parte de las ocasiones del derecho a volver a su puesto.

Sentado el supuesto de hecho y como consecuencia lógica, es necesario que el trabajador que ejercita estos derechos de conciliación a los que va a anudada la prestación, se encuentre prestando servicios y por tanto afiliado y en alta¹², salvo supuestos de incumplimiento empresarial en los que regiría el principio de automaticidad¹³, con las dificultades en este caso, para acreditar el ejercicio de estas concretas facultades.

De no producirse una laguna en la carrera de seguro del trabajador (por prestar servicios durante la excedencia por cuenta ajena o propia), no procede el reconocimiento de la prestación¹⁴ (a salvo las consecuencias que tal comportamiento puede conllevar en el plano de Derecho Individual). No obstante la afirmación anterior, el trabajador en excedencia y con cotización efectiva se vería perjudicado y en peor condición que quien no disfrutara de la excedencia por prestar servicios en otra empresa si la retribución que recibe en este caso fuera inferior (supuesto ciertamente de laboratorio habida cuenta la posibilidad de elección del empleado a efectos de solicitar dicho período).

2.1. Prestaciones familiares vinculadas a la excedencia por cuidado de hijos y familiares

Las dos primeras modalidades de la prestación contributiva están anudadas a la excedencia:

– Los tres años de periodo de excedencia que los trabajadores disfruten, *ex art.* 46.2 ET, en razón del cuidado de cada hijo o menor acogido, en los supuestos de acogimiento familiar permanente o preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, tendrán la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

La duración máxima de esta prestación no económica viene dada por el disfrute de la interrupción contractual a la que va anudada: tres años a contar desde el nacimiento o la resolución judicial o administrativa, sin que este período pueda ampliarse por cambio del beneficiario¹⁵.

Largamente solicitada, la ampliación del plazo cotizado a estos efectos desde un año¹⁶ a la totalidad del disfrute máximo (tres), merced al art. 9 Ley 27/2011, debería haber sido

¹² GÁRATE CASTRO, J.: “Comentarios al régimen vigente de las prestaciones de Seguridad Social por hijo a cargo”, *DL*, núm. 34, 1991, pág. 131.

¹³ TORTUERO PLAZA, J.L.: “Excedencia por cuidado de hijos: técnica *versus* institución jurídica”, en VV.AA.: *La suspensión del contrato*, Madrid, CDJ, 1994, pág. 277.

¹⁴ BARRIOS BAUDOR, G. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *Prestaciones familiares*, cit., pág. 175.

¹⁵ BARRIOS BAUDOR, G. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *Prestaciones familiares*, cit., pág. 177.

¹⁶ PANIZO ROBLES, J.A.: “La Seguridad Social en el inicio del año 2004 (Comentario a las novedades en materia de Seguridad Social contenidas en las Leyes de Presupuesto y Acompañamiento para 2004, así como en la Ley de Disposiciones Específicas en Materia de Seguridad Social)”, *RTSS (CEF)*, núm. 251, 2004, pág. 96; RODRÍGUEZ

aprovechada por el legislador para haber adecuado el reglamento de desarrollo a la actual regulación (demanda que se reproducirá a lo largo de las páginas siguientes respecto al resto de prestaciones). Así, todavía permanece la mención al año de excedencia por cuidado de hijos y la ampliación de su duración a 15 o a 18 meses cuando la unidad familiar de la que forme parte el solicitante tenga la consideración de familia numerosa de categoría general o categoría especial, respectivamente, derogados tácitamente por el superior plazo legal.

– El primer año del período de excedencia que los trabajadores disfruten en razón del cuidado de otros familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (incluido el cónyuge y, con más dudas, la pareja de hecho¹⁷), que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos, y no desempeñen una actividad retribuida, tendrá también la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

No hubiera estado de más, sin embargo, haber extendido la consideración como período de ocupación cotizada en este caso al disfrute íntegro de la excedencia¹⁸. “Lógicamente el trabajador tendrá más dudas a la hora de utilizar el período de excedencia que supere el año si no se va a ver recompensado con el reconocimiento de cotización por el lapso temporal disfrutado, sobre todo teniendo en cuenta que es la única ‘recompensa’ económica que de esta situación puede derivarse, al haber perdido el derecho al salario con la excedencia”¹⁹.

La norma sustantiva establece la posibilidad, en manos del empresario, de limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa cuando dos o más trabajadores generasen este derecho por el mismo sujeto causante. En tal circunstancia, la prestación analizada quedaría limitada al período efectivo de disfrute del derecho al que va anudada, pero nada parece impedir el derecho de dos beneficiarios (siempre y cuando presten servicios en unidades productivas distintas o nada objete su empleador) a la excedencia por el mismo causante y lucrar ambos sendas prestaciones contributivas por dicha causa²⁰.

La finalidad de esta prestación es evitar las lagunas de cotización provocadas por el ejercicio de los derechos vinculados a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal y supone trasladar la “garantía de indemnidad” prevista en la norma sustantiva al plano protector.

ESCANCIANO, S.: “La excedencia por razones familiares: una realidad jurídica necesitada de mayor protección social”, *AFDUDC*, núm. 11, 2007, pág. 876 y ROALES PANIAGUA, E.: “Sinopsis de las prestaciones familiares en España”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32, 2012, pág. 8.

¹⁷ ROALES PANIAGUA, E.: “Sinopsis de las prestaciones familiares en España”, cit., pág. 6.

¹⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La excedencia por razones familiares: una realidad jurídica necesitada de mayor protección social”, cit., pág. 876 y ROALES PANIAGUA, E.: “Sinopsis de las prestaciones familiares en España”, cit., pág. 8.

¹⁹ MORGADO PANADERO, P.: “Las prestaciones familiares como reflejo del art. 41 CE: un sistema multiforme de protección”, cit.

²⁰ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *Las prestaciones familiares de Seguridad Social en el ordenamiento jurídico español y comunitario*, Murcia, Laborum, 2005, pág. 46. En contra, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, Albacete, Bomarzo, 2007, pág. 25.

En orden al reconocimiento del derecho a las prestaciones de la Seguridad Social, el período considerado como de cotización efectiva surtirá efectos tanto para la cobertura del período mínimo de cotización como para la determinación de la base reguladora y del porcentaje aplicable —en ejemplo señero, en aras a determinar la prestación por jubilación— para el cálculo de la cuantía de aquéllas, y se considerará a los beneficiarios en situación de alta, durante dicho período (art. 6 RD 1335/2005).

A los solos efectos de computar este tiempo ficticio, se toma como referencia, de conformidad con el art. 7 RD 1335/2005, el promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis meses inmediatamente anteriores al inicio del período de excedencia. Si careciera de dicho tramo temporal, se computará el promedio de las bases de cotización correspondientes al período inmediatamente anterior al inicio de la excedencia que resulten acreditadas.

Las prestaciones que lucrará el período en excedencia no son todas las contempladas en la acción protectora del Sistema de Seguridad Social, sino sólo la jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad (de nuevo olvidada en su enumeración por el art. 6 RD 1335/2005), es decir, aquellas que requieren períodos de cotización relativamente amplios y las dos últimas, vinculadas al nacimiento y la adopción, justificadas por los bajísimos índices de natalidad en España²¹. De igual modo, durante el período indicado, los beneficiarios mantendrán el derecho a la prestación de asistencia sanitaria. Cabe criticar la ausencia de otras prestaciones que exigen acreditar un determinado período cotizado, como la incapacidad temporal²² o el desempleo²³, no así aquéllas que no imponen dicho requisito, como el riesgo durante el embarazo o la lactancia, donde no resulta necesario.

La dinámica y gestión de esta prestación deviene sencilla. No resulta precisó una solicitud previa a la entidad gestora para su reconocimiento, bastará su alegación cuando proceda lucrar alguna de las prestaciones enumeradas²⁴. Para ello, y con carácter previo, el empresario deberá comunicar a la Tesorería, en el plazo de 15 días, a partir de que se produzca, el inicio y la finalización por sus trabajadores de los períodos de excedencia comprendidos en el ámbito protector de esta prestación (art. 8 RD 1335/2005).

El reconocimiento de esta prestación, en la práctica, es imprescriptible²⁵, y el trabajador o sus causahabientes (en el caso de muerte y supervivencia) podrán invocarla y llevar a revisar la cuantía de las prestaciones si se calcularon sin tener en cuenta dicho lapso

²¹ ROQUETA BUJ, R. Y BLASCO PELLICER, A.: “Las modificaciones de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres en materia de Seguridad Social”, cit., pág. 529.

²² CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Prestaciones familiares”, VV.AA.: *Ley General de Seguridad Social. Comentada y con jurisprudencia*, MARTÍN VALVERDE, A. Y GARCÍA MURCIA, J. (Dirs.), Madrid, La Ley, 2009, pág. 1310.

²³ Con la misma opinión, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 28.

²⁴ BARRIOS BAUDOR, G. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *Prestaciones familiares*, cit., pág. 185.

²⁵ Aplicando el plazo general de cinco años, pero con efectos idénticos a la imprescriptibilidad, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 29.

temporal²⁶, o ante la ausencia de la referida comunicación por el empresario y la baja del sistema, acreditar su disfrute.

También incorpora la consideración del trabajador en alta a efectos de lucrar las prestaciones enumeradas durante el transcurso de los tres años en el primer supuesto y sólo del año en el segundo. La disposición adicional 4ª RD 295/2009 completa esta previsión considerando en situación asimilada a la de alta a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social, salvo en lo que respecta a incapacidad temporal, maternidad y paternidad (esto es, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, jubilación, riesgo durante el embarazo y la lactancia y cuidado de menor enfermo de cáncer ante la ausencia de un elenco completo y pese a la incorporación de éstas de forma posterior al referido reglamento), el periodo de tiempo que el trabajador permanezca en situación de excedencia por cuidado de hijo, de menor acogido o de otros familiares, que exceda del periodo considerado como de cotización efectiva, bien el año siguiente concedido por el ET con carácter general, bien, frente a la falta de distinción sobre el origen de la ampliación, mejora convencional de ambas excedencias. De esta forma, la atención como situación asimilada al alta permitirá el acceso a la protección pública desde la excedencia²⁷.

2.2. Prestaciones familiares vinculadas a las reducciones de jornada

En fin, el tercer apartado del art. 180 también realiza, asimismo, varias ficciones jurídicas relacionadas con reducciones de jornada derivadas de derechos de conciliación. Estas minoraciones conllevan no sólo la merma salarial proporcional a las horas no trabajadas, sino también una rebaja de la cotización (y la carencia, en ciertos casos) en idéntico sentido, resultando afectada la carrera de seguro de quien las solicita, mayoritariamente todavía (y pese a los esfuerzos en pos de la corresponsabilidad familiar) trabajadoras.

– En primer lugar, considera las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor de doce años (art. 37.5 ET) incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

– En segundo término, entiende las cotizaciones realizadas durante el primer año del período de reducción de jornada por cuidado de persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida (art. 37.5 ET) incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

²⁶ BARRIOS BAUDOR, G. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *Prestaciones familiares*, cit., pág. 186.

²⁷ MORGADO PANADERO, P.: “Las prestaciones familiares como reflejo del art. 41 CE: un sistema multiforme de protección”, cit.

En estos dos primeros casos, el legislador ha decidido limitar temporalmente –que no cuantitativamente²⁸– esta prestación a dos y un año respectivamente, frente a una duración mucho más dilatada en el tiempo del derecho del que trae causa, y pese al escaso arco porcentual que supone la ficción (entre un octavo y la mitad de la jornada). El resultado previsible (y cuestionable) pasa por limitar el derecho a reducir jornada al tiempo protegido por el Sistema de Seguridad Social u optar por la suscripción de un convenio especial con el consiguiente coste que conlleva, aun cuando el ET conceda un plazo mayor y éste fuere necesario para el trabajador, so pena de acabar perjudicando su carrera de seguro (o suscribir –permítase la reiteración– un convenio especial con el fin de completar la cotización correspondiente, sin necesidad de acreditar periodo de carencia previo en tal caso y a diferencia de la regla general).

Por ello, y como ha sucedido también con la excedencia por cuidado de hijos, cabe abogar por una ampliación del plazo en justa correlación con las facultades reconocidas en el ET, así como su extensión no sólo al cálculo de las prestaciones referidas, sino también a las de riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal como se ha previsto para la reducción de jornada por cuidado de hijos enfermos de cáncer u otra enfermedad grave.

– En tercer lugar –y como ya consta–, las cotizaciones realizadas durante los periodos de la reducción de jornada por cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal.

Como mínimo, en esta ocasión la prestación consiste en considerar cotizada también la mitad de la jornada hasta un máximo que la norma sustantiva no determina, su duración corre pareja con la del derecho ejercitado y el elenco de prestaciones para las cuales se utiliza la ficción es más amplio.

– En fin, el art. 180.4 incorpora una última previsión para establecer la necesaria coordinación entre varios de los derechos vinculados a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal: cuando las situaciones de excedencia hubieran estado precedidas por una reducción de jornada regulada en el art. 37.5 ET, a efectos de la consideración como cotizados de los periodos de excedencia que correspondan, las contribuciones a la Seguridad Social realizadas durante la reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo. El precepto *supra* referido favorece (aclara, *rectius*) la concatenación de dos modalidades de prestación no económica.

La ficción en orden a las cotizaciones obliga al empresario, como en el supuesto de excedencia, a comunicar dicha circunstancia a la Tesorería en idéntico plazo que el recogido para aquél en el art. 8 RD 1335/2005 (15 días).

²⁸ DESDENTADO BONETE, A.: “Mujer y trabajo. Contrato a tiempo parcial, reducciones de jornada, suspensiones y excedencias. Puntos críticos en materia de Seguridad Social”, cit., pág. 164.

2.3. Otras prestaciones merecedoras de ser calificadas como “familiares”

No son éstas las únicas previsiones en orden a considerar cotizaciones ficticias derivadas del ejercicio de derechos de conciliación y por aplicación, a la par, del principio de no discriminación por razón de sexo. Sin embargo, como se ha apuntado a lo largo de todo el discurso, la continua modificación coyuntural de estas prestaciones sin una auténtica revisión en profundidad de las mismas conduce a una dispersión (y con ello ocultación y por ende escaso conocimiento) de otras medidas que pueden ser interpretadas en esta clave de prestación familiar contributiva.

En primer lugar, el art. 211.5 LGSS, corrigiendo los “efectos injustos”²⁹ de la jurisprudencia previa sobre la materia³⁰, introduce también una ficción para el cómputo de la base reguladora de la prestación por desempleo en los supuestos de reducción de jornada en caso de nacimiento de hijos prematuros (art. 37.4 bis ET), cuidado de hijos menores de 12 años o persona con discapacidad o por cuidado de hijo con cáncer u otra enfermedad grave (art. 37.5 ET) y la solicitada por las víctimas de violencia de género para hacer efectiva su protección (art. 37.7 ET); en tales situaciones, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial. El aparente olvido del desempleo en la enumeración de las prestaciones beneficiarias del cómputo a jornada completa queda soslayado por esta previsión introducida por la disposición adicional 18ª LO 3/2007.

En segundo término, el art. 4 Ley 4/1995 completa la previsión del art. 180 LGSS y considera en situación asimilada al alta para obtener las prestaciones por desempleo, pero limitando el supuesto de hecho causante y con ello los beneficiarios. Aparentemente, sólo cabe tal consideración para quienes estén en situación de excedencia por período no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, dejando fuera la excedencia por cuidado de familiar, aun cuando cabe apostar por una interpretación integradora de ambos supuestos³¹. El legislador no llega a considerar dicho período como de ocupación cotizada para obtener las prestaciones por desempleo, sino sólo a efectos de retrotraer el período de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento en que cesó la obligación de cotizar, aplicando así la doctrina del paréntesis o tiempo neutro³².

En tercero, el art. 124.6 LGSS considera como período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación,

²⁹ LÓPEZ-QUIÑONES GARCÍA, A.: “La modificación de las condiciones de trabajo de las trabajadoras víctimas de violencia de género: reducción o reordenación del tiempo de trabajo y movilidad geográfica o de centro de trabajo”, VV.AA.: *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, QUESADA SEGURA, R. (Dir.), Granada, Comares, 2009, pág. 208.

³⁰ SSTs 2 noviembre 2004 (RJ 2004, 7782 u 2005, 1053) y 31 enero 2006 (RJ 2006, 2850) y ATCo 30/2009, de 27 de enero. Al respecto, cabe también citar, si bien se trataba de un caso de reducción de jornada por permiso parental, la STJCE C-537/07, de 16 de julio de 2009, asunto *Gómez-Limón*.

³¹ Con idéntica opinión, ROQUETA BUI, R. Y BLASCO PELLICER, A.: “Las modificaciones de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres en materia de Seguridad Social”, cit., pág. 529.

³² ROALES PANIAGUA, E.: “Sinopsis de las prestaciones familiares en España”, cit., pág. 10 y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 38.

incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad el período por maternidad o paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo, o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo.

La disposición adicional 44ª LGSS (introducida por la disposición adicional 18ª.23 LO 3/2007) computa –ficticiamente de nuevo–, a efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social, y a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, ya hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda. Dicha previsión constituye una *rara avis* dentro de las ejemplificadas, en tanto tiene alma de no contributiva (está destinada claramente a las mujeres que en el momento de tener a su/s hijo/s no se encontraban en activo) pero sólo cabe ejercitarla para lucrar una prestación contributiva (es decir, antes y/o después del nacimiento tiene que haber cotizado).

Por su parte, la disposición adicional 60ª LGSS (introducida por la Ley 27/2011) computa como período cotizado, en cualquier régimen de Seguridad Social y a todos los efectos, salvo para el cumplimiento del período mínimo de carencia exigido, aquel de interrupción de la cotización, derivado de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones de desempleo producidas entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente y la finalización del sexto año posterior a dicha situación (nacimiento o adopción o acogimiento). La duración de este cómputo como periodo cotizado será de 112 días por cada hijo o menor adoptado o acogido, incrementándose anualmente (salvo para la el acceso a la jubilación, que alcanza desde su entrada en vigor los 270 días), a partir del año 2013 y hasta el año 2018, hasta alcanzar el máximo de 270 días por hijo en el año 2019, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización o a los cinco años con carácter general por cada beneficiario, límite que se aplicará también cuando esta previsión concorra con el beneficio de atribución de cotizaciones ya examinadas. El titular de esta atención es único, uno de los progenitores, pero en caso de controversia entre ellos vuelve a otorgarse este derecho a la madre.

En fin, la disposición adicional única RD 1335/2005 y el art. 21.2 y 5 LO 1/2004 introducen “una nueva contingencia del sistema de Seguridad Social”, tanto para trabajadoras por cuenta ajena como propia víctimas de violencia de género que difícilmente encaja con su consideración como prestación familiar³³.

En este sentido, el tiempo de suspensión de la trabajadora víctima de violencia de género se considerará como período de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social, de todas, sin especificar, y de desempleo (aclarar la norma). Expresamente, el art. 21.5 LO 1/2004 configura una situación semiequivalente (con menor duración máxima, eso sí) para cuantas autónomas estén en aquella situación (trabajadoras por cuenta

³³ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “Las prestaciones familiares a la luz de las políticas de apoyo a la familia y de conciliación de la vida laboral y familiar”, *TL*, núm. 84, 2006, pág. 63.

propia víctimas de violencia de género que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral); entonces, se les suspenderá la obligación de cotización durante un período de seis meses, que les serán considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social, por las cuales estuvieran cotizando³⁴, y su situación será considerada como asimilada al alta.

A estos efectos, la disposición adicional única reglamentaria se ocupa de especificar las consecuencias de dicha ficción y reproduce lo previsto para la prestación familiar durante la excedencia, si bien con una protección superior (para todas las prestaciones, se insiste): considera como cotizados para el cumplimiento del período de carencia mínima para acceder a la prestación de que se trate, así como para la determinación de la base reguladora y, en su caso, del porcentaje aplicable para el cálculo de aquélla, y se considerará a las beneficiarias en situación asimilada a la de alta y durante el referido período, las víctimas de violencia machista mantendrán el derecho a la prestación de asistencia sanitaria.

La base de cotización que se tomará en cuenta vendrá constituida por el promedio de las bases cotizadas durante los seis meses inmediatamente anteriores a la suspensión de la obligación de cotizar, como ya mencionaba la norma orgánica y si la beneficiaria no reuniera el citado período de seis meses de cotización, se tendrá en cuenta el promedio de las bases de cotización acreditadas durante el período inmediatamente anterior al inicio de la suspensión. También las empresas (o la propia autónoma, en su caso) deberán comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social, en el plazo de 15 días, contados a partir de la fecha de su producción, el inicio y la finalización de las suspensiones del contrato de trabajo con reserva del puesto de trabajo de sus trabajadoras que hubieran tenido lugar como consecuencia de situaciones de violencia de género (o su cese en la prestación de servicios por cuenta propia por idénticas circunstancias).

3. PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS

La instauración en el Derecho positivo español de las prestaciones no contributivas a través de la Ley 26/1990 responde a la tendencia de ampliar la cobertura al mayor número de personas posibles: “la presente Ley tiene como objetivo principal el establecimiento y regulación de un nivel no contributivo de prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social, como desarrollo del principio rector contenido en el art. 41 de nuestra Constitución, que encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de un ‘régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos’”³⁵.

Ya desde más de una década (cabe incluso extenderlo a sus comienzos), estas prestaciones familiares, en particular las consideradas como asistenciales, han sido criticadas atendiendo a su insuficiencia, casi ocupando una posición más “simbólica” que real dentro de la acción protectora de la Seguridad Social y sin una clara vocación universal³⁶.

³⁴ SERRANO ARGÜELLO, N.: “Las insuficiencias en la protección a las víctimas de violencia contra las mujeres para quienes ejercen un trabajo por cuenta propia”, VV.AA.: *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género*, DE HOYOS SANCHO, M. (Dir.), Valladolid, Lex Nova, 2009, pág. 836.

³⁵ STS 4 octubre 2006 (RJ 2006\8162).

³⁶ PARDELL VEÀ, A.: “Arts. 180 a 189”, VV.AA.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, ALARCÓN CARACUEL, M.R. (Dir.) Cizur Menor, Aranzadi, 2003, pág. 1163.

La cuantía de las mismas no ha sido actualizada ni adecuada a los nuevos parámetros económicos ni a las necesidades clásicas que suponen uno o varios descendientes. “Si se trata de asegurar a la unidad familiar con hijos un nivel de vida y bienestar equivalente al que disfrutaría sin ellos, combatiendo su empobrecimiento mediante la compensación eficaz de las cargas económicas que supone la atención de los hijos, la realidad no responde cabalmente a ese objetivo”³⁷.

Con la regulación actual, ni siquiera el elenco analizado a continuación forma parte de la definición más clásica de prestaciones asistenciales, en tanto en alguna o a ciertos beneficiarios no se exige la acreditación de la situación de necesidad configurada como carencia de rentas, pero tampoco responden a una vocación universal a la vista de los requisitos económicos impuestos en las restantes.

También sorprende la escasa atención al cumplimiento de algún tipo de obligación de carácter social para el perceptor de estas prestaciones, en especial por cuanto atañe a aquélla de carácter periódico, a semejanza de cuanto ocurre con la renta activa de inserción o las rentas mínimas de ciudadanía autonómicas.

3.1. Asignación económica por hijo o menor acogido a cargo

3.1.1. Requisitos en orden a lucrar la prestación

La prestación no contributiva por hijo o menor acogido a cargo exige, para su percepción, acreditar los condicionantes siguientes por parte de los beneficiarios, es decir, como regla general los progenitores o acogedores del menor:

a) Residir legalmente en territorio español. Esta prestación pueden lucrarla tanto españoles como extranjeros con residencia legal³⁸, aunque no hayan prestado nunca servicios en España, habida cuenta “el art. 14 LO 4/2000 señala que los extranjeros residentes tendrán derecho, en las mismas condiciones que los españoles, a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social y a los servicios y prestaciones sociales, tanto los generales y básicos como los específicos. Y, a su vez, en el RD 1335/2005 no consta exigida el requisito de situación de alta del beneficiario de la prestación por hijo a cargo”³⁹.

Esta residencia legal, además, se predica del solicitante y del hijo a cargo [art. 10.1.b RD 1335/2005], no extendiéndola a todos los miembros de la unidad familiar, en cuyo caso, éste podría convivir, dentro de la familia, con un extranjero en situación irregular y percibir la ayuda analizada.

No se exige ningún período de estancia previo, a diferencia de cuanto ocurre con las prestaciones no contributivas por incapacidad permanente o jubilación, pero sí parece necesaria la permanencia en el territorio. No obstante, en un momento de gran movilidad

³⁷ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “Las prestaciones familiares a la luz de las políticas de apoyo a la familia y de conciliación de la vida laboral y familiar”, cit., pág. 51.

³⁸ La falta de la misma determina la imposibilidad de acceder a la prestación, STSJ Navarra 16 diciembre 2010, sentencia núm. 344/2010 (JUR 2011\107126).

³⁹ STSJ Cataluña 2 octubre 2013 (JUR 2013\357169).

exterior, las ausencias puntuales o los desplazamientos al extranjero, de conformidad con el art. 28.4 RD 1335/2005, no interrumpen la residencia si son inferiores a 90 días a lo largo de cada año natural. A este respecto, cabría cuestionar la aplicación analógica de la reciente previsión contenida en el art. 212.1.g) LGSS en caso de desempleo (según su tenor, no tendrá consideración de estancia ni de traslado de residencia la salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales por una sola vez cada año).

En todo caso, esta exigencia de residencia del causante en España resulta matizado por lo previsto en el reglamento de desarrollo de la prestación, que amplía el ámbito geográfico a los “trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio español, que se encuentren en situación asimilada a la de alta y coticen en el correspondiente régimen de Seguridad Social español”. Esta extensión del RD 1335/2005 trata de evitar el perjuicio causado al colectivo en cuestión a raíz de la supresión de la asignación económica contributiva por hijo a cargo⁴⁰, más difícilmente podrán acreditar la condición de carencia de ingresos en tal caso (salvo que de hijo con discapacidad se trate).

Por su parte, la permanencia del beneficiario en el territorio español resulta también aquilatada por lo previsto en el art. 7 Reglamento núm. 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social: “salvo disposición en contrario del presente Reglamento, las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros o del presente Reglamento no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora”; reiterando el art. 67: “cualquier persona tendrá derecho a prestaciones familiares con arreglo a la legislación del Estado miembro competente, que serán extensivas a los miembros de su familia que residan en otro Estado miembro, como si residieran en el Estado miembro competente. No obstante, los titulares de pensiones tendrán derecho a prestaciones familiares con arreglo a la legislación del Estado miembro competente respecto de sus pensiones”⁴¹. O se produzca la situación contraria, a saber, un progenitor puede reclamar las prestaciones familiares en un Estado miembro, en el cual trabaje, aunque el hijo causante resida en territorio español. Ahora bien, nada impide al otro progenitor solicitar prestaciones familiares en España, de modo que, si ante tal solicitud la entidad gestora española considera prioritario el derecho a prestaciones familiares del otro Estado, lo correcto es que traslade la solicitud, sin perjuicio de que, si el derecho a prestaciones familiares por España es superior al que corresponde por aquél, nuestro país abone un complemento diferencial⁴².

b) Tener a su cargo a un hijo, menor de 18 años o, cuando siendo mayor de dicha edad, esté afectado por una minusvalía (*rectius*, discapacidad), en un grado igual o superior al 65 por 100, a cargo de beneficiario, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación, así como por los menores acogidos, en acogimiento familiar, permanente o preadoptivo.

⁴⁰ CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Prestaciones familiares”, cit., pág. 1326.

⁴¹ Su interpretación, por extenso, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?: análisis crítico del Capítulo 8 del Reglamento 883/2004”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32, 2012, págs. 1 y ss.

⁴² STSJ Galicia 12 mayo 2014 (JUR 2014\208550).

Los datos relevantes a este respecto son la minoría de edad o el grado de discapacidad superior al 65 por 100 y, en ambos casos, estar sostenidos por el beneficiario de la prestación.

En cuanto al máximo de edad general previsto para percibir esta prestación asistencial, la mayoría de edad, se ha quedado desfasado a la vista de las necesidades sociales actuales y, también, si busca también una coordinación –necesaria–, con la pensión de orfandad establecido ahora el límite en los 21 o 25 años⁴³.

Respecto al grado de discapacidad, a efectos del reconocimiento, así como la situación de dependencia y la necesidad del concurso de otra persona para acceder a una cuantía superior, se determina mediante la aplicación del baremo contenido en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad (art. 182.ter LGSS). No obstante, el umbral de referencia (el mismo que el previsto para la prestación por invalidez no contributiva) parece, para esta prestación, bastante elevado.

Por último, de conformidad con el art. 9 RD 1335/2005, se considerará que el hijo está a cargo cuando conviva⁴⁴ y/o dependa económicamente del beneficiario (“como indicativo de la relación de una persona con aquella otra a quien tiene obligación de cuidar o atender, implica que los familiares sean sostenidos económicamente por el beneficiario, aun cuando no vivan bajo el mismo techo que éste; situación frecuente en el caso de trabajadores migrantes”⁴⁵), habida cuenta “se entenderá, salvo prueba en contrario, que existe dependencia económica cuando el hijo o el menor acogido cohabite con el beneficiario”⁴⁶. A estos efectos, “no rompe la convivencia la separación transitoria motivada por razón de estudios, trabajo de los padres o acogedores, tratamiento médico, rehabilitación u otras causas similares”.

Los Tribunales consideran incluido como menor a cargo también cuando los progenitores cedan la guarda del mismo a una entidad pública (debido a los graves problemas de comportamiento de aquél, acudiendo para ello a la finalidad de la prestación, cual “es proveer a la subsistencia de personas con nullos o escasísimos recursos económicos, nada impide que se interprete, como una causa similar a las contempladas en la norma de ‘separación transitoria’, el hecho de que el hijo menor cuya guarda ha sido cedida a una entidad pública no conviva en el domicilio familiar de forma permanente sino transitoria, los fines de semana y otros periodos similares, periodos en los que la madre se ha hecho cargo de sus gastos y, por tanto, ha dependido económicamente de ella”⁴⁷), o a la abuela materna, mientras la madre no pierda la patria potestad⁴⁸.

⁴³ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 36.

⁴⁴ Sobre la prueba de convivencia cuando se nombra un nuevo tutor del menor, STSJ Castilla y León/Valladolid 3 abril 2014 (JUR 2014\119794).

⁴⁵ STSJ Galicia 20 julio 2012 (JUR 2012\274868).

⁴⁶ STSJ Aragón 18 octubre 2013 (JUR 2014\15719).

⁴⁷ STSJ Cantabria 26 septiembre 2014 (JUR 2014\248416).

⁴⁸ STSJ Cataluña 18 junio 2014 (JUR 2014\225511).

Pese a fijar el límite en la mayoría de edad (salvo para hijos con discapacidad elevada), el legislador se preocupa de no desincentivar el trabajo por cuenta ajena de estos colectivos, al establecer cómo no perderá la condición de hijo o de menor acogido a cargo por el mero hecho de realizar un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena siempre que continúe viviendo con el beneficiario de la prestación y que los ingresos anuales del causante, en concepto de rendimientos del trabajo, no superen el 100% del salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual⁴⁹ y tal condición se mantendrá aunque la afiliación del causante como trabajador suponga su encuadramiento en un régimen de Seguridad Social distinto a aquél en el que esté afiliado el beneficiario de la prestación.

De nuevo la referencia es el SMI y los únicos ingresos computables son los derivados de la prestación de servicios por cuenta ajena⁵⁰, pareciendo dejar extramuros y sin computar las posibles ganancias que, además o en exclusiva, “el causante pueda percibir por otros conceptos superando el límite previsto del 100% del SMI y que podían llegar a desvirtuar el concepto de dependencia económica o ‘estar a cargo’ del beneficiario”. Esta redacción supondría, al cabo, un trato de favor hacia las rentas que no provienen del trabajo, fácilmente evitable estableciendo un límite de ingresos sin hacer distinciones en el origen de los mismos⁵¹; o bien, *a sensu* contrario, vedar el acceso a la prestación a cuantos causantes tuvieran percepciones fuera del arco establecido para las rentas de trabajo.

En todo caso, no se considera al hijo o menor acogido a cargo cuando sea receptor de una pensión contributiva, procedente de un régimen público de protección social, distinta de la pensión de orfandad o de la pensión en favor de familiares de nietos y hermanos (art. 9.4 RD 1335/2005)⁵². Ahonda el art. 189.3 LGSS en este extremo para prestaciones no contributivas, al considerar incompatible (y forzar a elegir al causante) entre la asignación por hijo a cargo lucrada por un hijo mayor de edad con discapacidad de al menos el 65 por 100 y la pensión de invalidez o jubilación en la modalidad no contributiva⁵³. Los requisitos de grado son los mismos en el primer caso, pero se diferencian en dos puntos fundamentales, haciendo más accesible la prestación familiar que la pensión asistencial, como es el período de residencia legal en España y la necesidad de acreditar carencia de rentas, excepcionada esta última condición para el causante con discapacidad en el caso de la prestación por hijo a cargo.

En fin, esta ayuda sólo aparece diseñada y, por ende, constreñida, para cuantos progenitores tengan un hijo a su cargo, dejando extramuros cuantas situaciones de necesidad

⁴⁹ Sobre la consideración como rendimiento de trabajo de la beca obtenida por un hijo con discapacidad: “la percepción por el actor discapacitado de unas cantidades económicas en razón de la beca que tiene reconocida, cuya naturaleza y cuantía han quedado esclarecidas, no puede operar como un práctico impedimento para la obtención o mantenimiento de la prestación familiar por hijo a cargo. El hecho de obtener estas percepciones no conduce a la asunción de una independencia económica que, de contemplarse como tal, estaría desencadenando una situación en la que la formación y eventual integración laboral del actor se verían comprometidas, si no impedidas”, STSJ Navarra 21 septiembre 2012 (JUR 2013\14580).

⁵⁰ Sobre este umbral, si bien conforme a la regulación anterior, por todas, SSTS 19 noviembre 2003 (RJ 2004\505) y 26 enero 2005 (RJ 2005\2755).

⁵¹ ROALES PANIAGUA, E.: “Sinopsis de las prestaciones familiares en España”, cit., pág. 20 y JURADO SEGOVIA, A.: “El nuevo reglamento sobre prestaciones familiares de la Seguridad Social”, cit., pág. 18.

⁵² Al respecto, STSJ Comunidad Valenciana 16 marzo 2012 (JUR 2012\217121).

⁵³ Reiterando la incompatibilidad, STS 15 junio 2010 (RJ 2010\6285).

vengan provocadas por otros miembros de la unidad familiar como ascendientes, descendientes de otro grado de parentesco, hijos mayores sin discapacidad⁵⁴ o con una discapacidad en porcentaje inferior al 65%⁵⁵, colectivos todos ellos necesitados y sin duda merecedores de protección cuando carezcan de rentas y vivan a cargo del beneficiario, sobre todo ante el actual panorama social (nuevos modelos de familia) y económico.

c) No percibir ingresos anuales, de cualquier naturaleza, superiores a 11.519,16 euros en 2014. La cifra de referencia se actualiza anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, respecto de la cuantía establecida en el ejercicio anterior, al menos, por mandato legal, en el mismo porcentaje que en dicha ley se establezca como incremento general de las pensiones contributivas de la Seguridad Social, por ello, se eleva el referente para 2015, de conformidad con el Proyecto de Presupuestos a 11.547,96 euros. El legislador impone la subida del umbral que acredita la carencia de rentas, pero no dispone correlativamente un aumento de la cantidad percibida en idéntico porcentaje, manteniéndose, como luego se reiterará, la cuantía básica desde hace tiempo inmóvil.

Al efecto de acreditar la inferioridad de ingresos respecto a aquel umbral, se tienen en cuenta los rendimientos del trabajo (salariales y extrasalariales⁵⁶), del capital, de las actividades económicas, así como cualesquiera bienes y derechos de naturaleza prestacional –y los que se consideran como tales–, computándose en su valor bruto⁵⁷ (sin considerar que tales no son, en la realidad, los recursos de que dispone la familia, antes bien produce una visión distorsionada e irreal de los verdaderos ingresos⁵⁸). Como excepción, los procedentes de actividades económicas realizadas por cuenta propia, se sumarán en su valor neto, al que se añadirá el importe de las cotizaciones sociales; y cuando se trate de rendimientos de capital mobiliario, sólo los intereses u otra clase de rendimientos obtenidos por el beneficiario, pero no el capital en sí mismo (art. 14 RD 1335/2005).

En los siguientes apartados del art. 14, la norma reglamentaria se remite a la regulación fiscal para determinar las rentas exentas. A la sazón, considera excluidas las prestaciones públicas extraordinarias por actos de terrorismo y las pensiones derivadas de medallas y condecoraciones concedidas por dichos atentados; las ayudas de cualquier clase percibidas por los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana; las pensiones reconocidas en favor de aquellas personas que sufrieron lesiones o mutilaciones con ocasión o como consecuencia de la Guerra Civil; las indemnizaciones como consecuencia de responsabilidad civil por daños personales, en la cuantía legal o judicialmente reconocida, incluidas las derivadas de contratos de seguro de accidentes; las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en las normas laborales; las prestaciones económicas percibidas de instituciones públicas con motivo del

⁵⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 35 y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “Las prestaciones familiares a la luz de las políticas de apoyo a la familia y de conciliación de la vida laboral y familiar”, cit., pág. 65.

⁵⁵ ROALES PANIAGUA, E.: “Sinopsis de las prestaciones familiares en España”, cit., pág. 17.

⁵⁶ STS 27 septiembre 2000 (RJ 2000\9648).

⁵⁷ Sin deducción de ninguna naturaleza, STS 18 febrero 1994 (RJ 1994\2480).

⁵⁸ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 45 y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *Las prestaciones familiares en el sistema de Seguridad Social*, Madrid, BOE, 2005, pág. 215.

acogimiento de personas con discapacidad, mayores de 65 años o menores o las equivalentes previstas en los ordenamientos de las Comunidades Autónomas; las becas percibidas para cursar estudios reglados; las prestaciones por desempleo reconocidas por la respectiva entidad gestora cuando se disfruten en la modalidad de pago único; gratificaciones extraordinarias satisfechas por el Estado español por la participación en misiones internacionales de paz o humanitarias; las indemnizaciones satisfechas por las Administraciones públicas por daños personales como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; las prestaciones percibidas por entierro o sepelio; las ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C como consecuencia de haber recibido tratamiento con concentrados de factores de coagulación en el ámbito del sistema sanitario público; y las derivadas de la aplicación de los instrumentos de cobertura cuando cubran exclusivamente el riesgo de incremento del tipo de interés variable de los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la vivienda habitual (remisión efectuada a diversos apartados del art 7 Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio). Este cómputo hace referencia a los ingresos o beneficios obtenidos por los beneficiarios durante el ejercicio anterior a la solicitud, circunstancia que se examinará en el apartado correspondiente a la dinámica y gestión de esta prestación.

Los ingresos que se tienen en cuenta son los de los progenitores, no los de los hijos a cargo, pues éstos sirven para excluir o no la consideración misma del referente. Tampoco cuantos aporten otros miembros de la unidad familiar, a diferencia de las pensiones no contributivas⁵⁹, por lo que la visión que se ofrece resulta sesgada por los ingresos tenidos en consideración pero también por los excluidos.

A continuación, el legislador realiza varias precisiones en orden a aquilatar el límite establecido a las circunstancias capaces de concurrir en cada unidad familiar, tanto para subir el referente como para incluir ingresos computables:

– En primer lugar, como no cabe aplicar el mismo límite a quienes sólo tienen un hijo a cargo que a quienes tienen más⁶⁰, la cuantía anterior se incrementará en un 15 por 100 por cada hijo o menor acogido a cargo, a partir del segundo, éste incluido⁶¹. Este aumento por el segundo hijo ha sido calificado como un premio a la natalidad –escaso, se añade– sin llegar a la técnica de la familia numerosa⁶².

Quienes aun así superen dicha frontera, podrán ser beneficiarios de las asignaciones económicas por hijo o menor acogido a cargo, cuando sus ingresos fueren inferiores a la cuantía que resulte de sumar a dicha cifra el producto de multiplicar el importe anual de la asignación por hijo o menor acogido por el número de hijos o menores acogidos a cargo de

⁵⁹ CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Prestaciones familiares”, cit., pág. 1329.

⁶⁰ CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Prestaciones familiares”, cit., pág. 1327.

⁶¹ Hijo a cargo menor de edad o con discapacidad, no sin que concurra alguna de estas dos condiciones, STS 7 julio 1999 (RJ 1999)6444).

⁶² MORENO DE VEGA Y LOMO, F.: “El nuevo marco jurídico de las prestaciones familiares en el Régimen General de la Seguridad Social”, cit., pág. 46.

los beneficiarios. En tales casos, la cuantía anual de la asignación será igual a la diferencia entre los ingresos percibidos por el beneficiario y la cifra resultante de la operación anterior. Dicha cantidad será distribuida entre los hijos o menores acogidos a cargo del beneficiario y las mensualidades a que, dentro de cada ejercicio económico, se tenga derecho a la asignación⁶³. No obstante, no se reconocerá ayuda económica por hijo o menor acogido a cargo, cuando la diferencia así hallada sea inferior al importe mensual de la asignación, por cada hijo o menor acogido a cargo no minusválido.

– En segundo –también dirigido a las familias con más miembros, pero en esta ocasión sin que fuere necesario que tuvieran la consideración de hijo a cargo–, si se trata de personas que forman parte de familias numerosas de acuerdo con lo establecido en la Ley de Protección a las Familias Numerosas (Ley 40/2003, de 18 de noviembre), también tendrán derecho a la indicada asignación económica por hijo a cargo si sus ingresos anuales no son superiores a 17.337,05 euros (subiendo dicho referente para 2015, de conformidad con el Proyecto de Presupuestos Generales, a 17.380,39 euros), en los supuestos en que concurran tres hijos a cargo, incrementándose en 2.808,12 euros por cada hijo a cargo a partir del cuarto, éste incluido (2.815,14 para 2015 según el Proyecto referido).

– La norma atiende a los ingresos reales percibidos por quienes tienen a su cargo al hijo, en el supuesto de convivencia del “padre y de la madre” –habiéndose de sustituir tal expresión por “los progenitores”, sin importar su sexo–, pues sin exigir la existencia de vínculo matrimonial o inscripción como pareja de hecho, se toman en consideración la suma de las ganancias de ambos; si tal cantidad superase los límites de ingresos establecidos, no se reconocerá la condición de beneficiario a ninguno de ellos. Igual regla se aplicará en los supuestos en que el acogimiento familiar, permanente o preadoptivo se haya constituido por dos personas que formen una misma unidad familiar. En relación con esta norma correctora del límite de rentas establecido, el art. 14.5 RD 1335/2005 presume “la existencia de convivencia entre cónyuges, salvo prueba en contrario, y no se reputará en ningún caso como supuesto de falta de convivencia la separación transitoria y circunstancial por razón de trabajo u otras causas análogas”.

– Como excepción a los requisitos clásicos de las prestaciones asistenciales, en los supuestos de hijos o menores acogidos a cargo con discapacidad, no se exigirá límite de recursos económicos (como resultado, la prestación será vitalicia⁶⁴, salvo mejora del grado atribuido al hijo). Algún autor ha apuntado la situación paradójica que se produce, pues un progenitor puede obtener una prestación por hijo a cargo mayor de edad con discapacidad cualesquiera que fueren sus ingresos y los del hijo, mientras que el propio causante no pueda acceder a la prestación por invalidez no contributiva por razón de sus rentas o los de la unidad familiar; más aún, en algunos casos la cuantía de aquélla es mayor que la de ésta⁶⁵.

– En fin, en el caso de menores abandonados o huérfanos de ambos progenitores, siempre que no se encuentren en régimen de acogimiento familiar, permanente o preadoptivo, se computarán exclusivamente los ingresos que aquéllos perciban (dado que no

⁶³ Sobre la cuestión, STSJ Cataluña 22 julio 2013 (JUR 2013\342859).

⁶⁴ PARDELL VEÀ, A.: “Arts. 180 a 189”, cit., pág. 1192.

⁶⁵ CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Prestaciones familiares”, cit., pág. 1332.

existe otro beneficiario a tomar en consideración); y en los casos de convivencia con un solo progenitor o adoptante, debido al fallecimiento de uno de ellos o a una nulidad matrimonial, separación judicial o divorcio, no se tendrán en cuenta los ingresos de los hijos a cargo que perciba el beneficiario en cuanto representante legal de éstos y que provengan de la pensión de orfandad y de la pensión en favor de familiares.

d) No tener derecho, ni el padre ni la madre, a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social.

La exclusión específica de disfrutar de rentas de la “misma naturaleza” no supone la imposibilidad de la percepción de otras prestaciones no contributivas, como invalidez o jubilación⁶⁶ (por parte de los progenitores⁶⁷ o los acogedores) a salvo la incompatibilidad prevista en el art. 189 LGSS respecto del propio hijo.

Esta incompatibilidad entre prestaciones familiares no comporta, sin más, la denegación de la prestación por hijo a cargo solicitada, pues el mismo precepto establece que en los supuestos en que uno de los progenitores o adoptantes esté incluido, en razón de la actividad desempeñada o por su condición de pensionista, en un régimen público de Seguridad Social, la prestación correspondiente será reconocida por dicho régimen, siempre que aquel reúna los requisitos necesarios para ser beneficiario de dicha prestación, y a continuación señala un derecho de opción en caso de derecho en varios regímenes⁶⁸.

Con todo, resulta difícil de defender la incompatibilidad (o la elección obligatoria) entre ayudas fundadas en la misma causa y la compatibilidad con otras diferentes. El único motivo de rechazo habría de venir acreditado por la suficiencia de rentas, con independencia de la razón última de su percepción.

3.1.2. Beneficiarios de la asignación por hijo o menor a cargo

Los titulares de esta prestación familiar no contributiva, como regla general, serán los progenitores o quienes tengan el menor acogido. En los casos de separación judicial o divorcio, el derecho al percibo de la asignación se conservará para quien tenga el menor a su cargo, aun cuando se trate de persona distinta a aquella que la tenía reconocida antes de producirse la separación, la nulidad o el divorcio y siempre que sus ingresos no superen los límites exigidos, en su caso, para poder ser beneficiario de dicha prestación. Esta expresión “a su cargo” se interpreta como sinónimo de custodia, pero no parece exigir convivencia física, a riesgo de resultar injusta⁶⁹. Cuando por resolución judicial se hubiera acordado el ejercicio compartido de la guarda y custodia, la prestación se reconocerá, previa solicitud, a

⁶⁶ BARRIOS BAUDOR, G.: “Prestaciones familiares por hijo a cargo”, VV.AA.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.), Murcia, Laborum, 2003, pág. 964.

⁶⁷ Tal sucede con la pensión causada en el SOVI, habida cuenta “en el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez no existían otras prestaciones que las de vejez (Orden de 2 de febrero de 1940), invalidez (Decreto de 18 de abril de 1947), y viudedad (Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955). Y siendo ello así no puede aplicarse a tal prestación, legalmente inexistente, unas normas sobre compatibilidad o incompatibilidad que, naturalmente, no contemplan tan singular percepción”, STS 13 febrero 2001 (RJ 2001\2517).

⁶⁸ STSJ Navarra 19 diciembre 2012 (JUR 2013\300942).

⁶⁹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 41.

cada uno de ellos, en proporción al tiempo en que le haya sido reconocida la custodia del hijo o menor (art. 11.2 RD 1335/2005).

Asimismo, serán beneficiarios de la asignación –y coincidirán causante y beneficiario– que, en su caso, hubiera correspondido a sus padres, aquellos huérfanos de padre y madre (*rectius*, de ambos progenitores), menores de 18 años o con discapacidad en el grado requerido; igual acaece –equiparándose a la orfandad absoluta– cuando el progenitor superviviente no tiene al hijo a su cargo⁷⁰; en fin, el mismo criterio se seguirá en el supuesto de quienes no sean huérfanos y hayan sido abandonados por sus padres, siempre que no se encuentren en régimen de acogimiento familiar, permanente o preadoptivo.

En ambos casos, la referencia a los ingresos mínimos habrá de cumplirse por los causantes-beneficiarios, salvo supuestos de discapacidad con los porcentajes apuntados. “Con todo, cuando la asignación se reconoce al hijo a cargo huérfano absoluto, de existir pensión de orfandad percibida por el mismo, el resultado será un acceso menos asequible a la asignación que el que existiría de ser beneficiario alguno de los progenitores; porque si, en este último supuesto, en el límite de ingresos no computa lo percibido por el hijo en concepto de pensión de orfandad, tales ingresos sí se consideran cuando el beneficiario es el propio hijo pensionista, restringiendo por esta vía la protección y eludiendo, de facto, una sustitución automática por el hijo de la posición de beneficiario que hubiera debido reconocerse al progenitor”⁷¹.

También serán beneficiarios de las asignaciones que en razón de ellos corresponderían a sus padres, los hijos minusválidos mayores de dieciocho años que no hayan sido incapacitados judicialmente y conserven su capacidad de obrar. De nuevo sin límite de ingresos, se reitera y por ello, accederán a esta prestación quienes disfruten de una invalidez no contributiva como cuantos no hayan podido acceder por los ingresos requeridos, ampliando así la protección de las personas con discapacidad a través de esta vía indirecta pero más generosa que la tradicional⁷².

En consecuencia, y para el supuesto, no tan excepcional, de su percepción por hijos con discapacidad una vez fallecidos sus padres, la jurisprudencia ha entendido cómo “no puede deducirse..., a través de la interpretación gramatical, que sea preciso que la minusvalía del hijo existiera ya en vida de ambos progenitores, o de uno de ellos, antes al contrario: la expresión ‘les hubiera correspondido’ autoriza a pensar que, con tal de que el hijo alcance el expresado grado de minusvalía, se devenga el derecho a la asignación, tanto si los padres viven en ese momento como si no; en el primer caso, los perceptores serían los padres, o aquél que de ellos viviere; y en el segundo, lo será el propio discapacitado. En otro caso, el legislador habría utilizado, en vez de la expresión que empleó, alguna otra más restrictiva, tal como ‘de la que eran perceptores’, o ‘la que tenían derecho a percibir’, o ‘la que les correspondía’ (u otra similar), y no ‘la que les hubiera correspondido’ (se sobreentiende sin

⁷⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 50.

⁷¹ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “Las prestaciones familiares a la luz de las políticas de apoyo a la familia y de conciliación de la vida laboral y familiar”, cit., pág. 72.

⁷² CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Prestaciones familiares”, cit., pág. 1332.

dificultad que ‘en caso de vivir cuando la minusvalía acaeciera’)... El objetivo perseguido por el legislador ha sido mitigar en la mayor medida posible la carga que para los padres supone la minusvalía del hijo, con lo cual no sólo se protege y ayuda a los padres mientras el hijo está a su cargo (no olvidemos que aquéllos vienen obligados a prestar alimentos a éste en la medida integral que resulta de lo dispuesto en los arts. 142 y 143 del Código Civil), sino también al propio hijo, que, con tan elevado grado de discapacidad, es presumible que carecerá de toda cobertura de sus necesidades si sus padres le faltan, sea cual fuere el momento del fallecimiento de éstos y el de surgimiento de la minusvalía. En resumen, la conclusión a la que debe llegarse con respecto a la prestación de referencia es la de que nunca son causantes de ella los padres, sino que, en todo caso, lo es el hijo, si bien varía, según las circunstancias, la persona preceptora de la asignación, causada siempre –hay que insistir en ello– por el hijo: una vez causada la prestación, su percepción corresponderá, en su caso, a los padres, o aquél que de ellos viva, porque con ella trata el legislador de ayudar a los progenitores a soportar la carga alimenticia que la Ley civil les impone; y, en caso de fallecimiento de ambos progenitores –tanto si es antes como si es después de la aparición de la discapacidad–, coinciden plenamente la persona del causante y la del preceptor, que también será el hijo, pues en este caso se halla ‘a cargo de sí mismo’, teniendo la asignación por finalidad atender a mitigar su propio estado de necesidad”⁷³.

En el caso comentado, el hijo con discapacidad mayor de 18 años no pierde la asignación por posterior matrimonio, dado que no tiene que acreditar carencia de rentas⁷⁴. Sin embargo, y como ya se ha subrayado, le puede ser denegada la prestación asistencial en tanto incompatible con otras prestaciones, como la orfandad y la invalidez⁷⁵.

3.1.3. Cuantía: escasa e insuficiente de la asignación por hijo o menor a cargo

El legislador establece una asignación económica, anual y ordinaria, para los hijos a cargo sin discapacidad con una cuantía, para 2014, de 291 euros, invariable también en el Proyecto de Presupuestos para 2015, al menos por lo que hace a la cuantía por hijo menor sin discapacidad o con discapacidad inferior al 65 por 100. Como ya se anunció al comienzo de este estudio, la asignación por sustento de un hijo para familias con ingresos muy bajos no cubre los gastos producidos por el vástago, ni siquiera una parte significativa, y mientras el umbral de renta para su percepción aumenta mínimamente, el beneficio obtenido se estanca y permanece testimonial.

La cantidad se incrementa, no obstante, en consideración a la discapacidad del hijo:

a) 1.000 euros cuando el hijo o menor acogido a cargo tenga un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento.

b) 4.390,80 euros cuando el hijo a cargo sea mayor de 18 años y esté afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento (aumentada para 2015 a 4.402,80 euros).

⁷³ SSTs 4 octubre 2006 (RJ 2006\8162), 4 julio y 27 noviembre 2007 (RJ 2008\104 y 1971) y STSJ Galicia 4 febrero 2013 (JUR 2013\96056).

⁷⁴ STSJ Andalucía/Granada 27 marzo 2014 (JUR 2014\172753).

⁷⁵ STSJ Andalucía/Sevilla 19 diciembre 2013 (JUR 2014\74421).

c) 6.586,80 euros cuando el hijo a cargo sea mayor de 18 años, esté afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 75 por ciento y, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (agrandada su cuantía a 6.604,60 euros para 2015).

El acrecentamiento sólo resulta significativo a partir del porcentaje de discapacidad de 65%; ítem más, la cuantía general (y paupérrima) podría verse reducida aún más de aplicar las reglas de reducción de la prestación contenidas en el art. 182.1.c) LGSS⁷⁶.

3.1.4. Dinámica de la prestación no contributiva por hijo o menor a cargo

De conformidad con el art. 17 RD 1335/2005, el reconocimiento del derecho a la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo surtirá efectos a partir del día primero del trimestre natural inmediatamente siguiente al de la presentación de la solicitud, “en modo alguno se permite que la retroacción de sus efectos a la fecha en que pasó a estar a cargo del padre en la cartilla de la Seguridad Social”⁷⁷.

Sí cabe, en cambio, presentar la misma con anterioridad a la resolución de la discapacidad (de acuerdo con el art. 28.1 RD 1335/2005, “podrá iniciarse el procedimiento con la aportación por parte del interesado de la solicitud de reconocimiento de grado de minusvalía efectuada ante el órgano competente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de este real decreto. En este caso se suspenderá el procedimiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 42.5.d) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, durante el tiempo necesario para la incorporación al expediente de la resolución recaída en el procedimiento para la declaración y calificación del grado de minusvalía”⁷⁸), y anticipar los efectos económicos prestacionales de una resolución futura⁷⁹.

El abono de la asignación económica se llevará a cabo directamente por la Tesorería General de la Seguridad Social. Con carácter general, el pago será semestral y deberá efectuarse por semestre vencido, salvo en las asignaciones económicas por hijo con discapacidad a cargo mayor de 18 años, respecto de las cuales el pago será de periodicidad mensual, y se efectuará por mensualidad vencida (art. 18 RD 1335/2005).

Con el fin de aquilatar la asistencialidad de la prestación, el art. 183 LGSS impone, además, a todo beneficiario la obligación de declarar cuantas variaciones se produzcan en su familia, siempre que éstas deban ser tenidas en cuenta a efectos del nacimiento, modificación o extinción del derecho (con la excepción de aquellos hechos o circunstancias, tales como el importe de las pensiones y subsidios, que la Administración de la Seguridad Social deba conocer por sí directamente). Asimismo, y como deber genérico (salvo cuantas prestaciones tengan origen en una discapacidad del causante), estará obligado a presentar, dentro del

⁷⁶ CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Prestaciones familiares”, cit., pág. 1335.

⁷⁷ STSJ Galicia 25 junio 2014 (JUR 2014\211052).

⁷⁸ STSJ Comunidad Valenciana 17 diciembre 2013 (JUR 2014\114425). Sobre la posibilidad de solicitud de la prestación y la revisión del grado de discapacidad, STSJ Galicia 24 marzo 2014 (JUR 2014\208341).

⁷⁹ STSJ Comunidad Valenciana 15 abril 2014 (JUR 2014\188367).

primer trimestre de cada año, una declaración expresiva de los ingresos habidos durante el año anterior⁸⁰.

Cuando se produzcan variaciones extraordinarias debidamente comunicadas o producto de la declaración anual, surtirán efecto, en caso de nacimiento del derecho, a partir del día primero del trimestre natural inmediatamente siguiente a la fecha en que se haya solicitado el reconocimiento del mismo y, en caso de extinción del derecho, tales variaciones no producirán efecto hasta el último día del trimestre natural dentro del cual se haya producido la variación de que se trate⁸¹.

La extinción de la prestación vendrá motivada, bien por el cumplimiento de la mayoría de edad para los hijos o acogidos sin discapacidad, por el incremento de rentas en la familia a los efectos considerada o, como supuestos más excepcionales, por ejercicio del derecho de opción o revisión del grado de discapacidad⁸². El art. 17, en sus apartados 3 y 4, especifica los tiempos para dos situaciones particulares de supresión o variación: por un lado, cuando la extinción o modificación venga motivada por la novación de los ingresos anuales computables, ésta surtirá efectos el día 1 de enero del año siguiente a aquel al que correspondan dichos ingresos; por otro, y si la extinción de la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo se produjera por incompatibilidad con la pensión de invalidez o de jubilación, en su modalidad no contributiva, sus efectos económicos cesarán el último día del mes en que hubiera sido presentada la solicitud de pensión.

3.2. Prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo en varios supuestos especiales de familias

Esta ayuda y la siguiente tiene como finalidad compensar (si bien en una parte ínfima) los mayores gastos acaecidos en caso de nacimiento o adopción de hijos en determinados casos, donde se considera que la repercusión de los gastos provocados por el nuevo descendiente será mayor, pero deja extramuros de su ámbito de protección a las situaciones de acogimiento o guarda, quizá por venir configurado como un pago único (y por ello no vinculado a la permanencia del menor como en el supuesto anterior).

Los beneficiarios de esta prestación no contributiva se dividen en tres grandes subgrupos en atención a la circunstancia del nacimiento o adopción de un hijo (la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, por la que se establece la deducción por nacimiento o adopción en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción, amplió la prestación de pago único por nacimiento o adopción de tercer o sucesivo hijo en sus orígenes referidas exclusivamente a las familias numerosas, pero dicha variación no ha sido trasladada todavía al reglamento que la desarrolla, el cual sigue hablando de prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de un tercer o sucesivos hijos):

⁸⁰ Sancionando su ausencia, STSJ Cataluña 29 marzo 2011 (JUR 2011\200992).

⁸¹ Un ejemplo en STSJ Galicia 20 marzo 2014 (JUR 2014\205793).

⁸² Sobre esta última posibilidad y sus tiempos, STSJ Islas Canarias/Las Palmas 27 febrero 2012 (JUR 2012\192403).

– Familia numerosa, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas⁸³.

– Familia monoparental, entendiéndose por tal la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido o adoptado y que constituye el sustentador único de la familia, aun cuando el otro progenitor no haya muerto⁸⁴. Esta prestación la percibirá por el primer y, en su caso, sucesivos hijos mientras siga acreditando dicha condición.

– Madres con discapacidad igual o superior al 65%. El femenino utilizado por el precepto cierra los ojos (e impide el acceso) a nuevas realidades familiares donde el padre adoptante pudiera tener dicho porcentaje de discapacidad. De hecho, el literal plantea dudas sobre su constitucionalidad y choca frontalmente con la corresponsabilidad demandada por la sociedad y por las últimas normas en materia de igualdad. Si la finalidad última de la distinción radica en un intento de compensar a la mujer por los costes asumidos de manera general y mayoritaria (personales y laborales) por el cuidado de los hijos, esta reducción de la prestación concedida contribuye a mantener, a la par, esa misma situación⁸⁵.

El art. 21 RD 1335/2005 se ocupa de detallar, de concurrir varios beneficiarios, a quien corresponde: en el supuesto de convivencia de los progenitores o adoptantes, será beneficiario cualquiera de ellos determinado de común acuerdo. Se presumirá que existe acuerdo cuando la prestación se solicite por uno de aquéllos, y a falta de acuerdo será beneficiaria la madre, en su caso (estableciendo una preferencia atentatoria contra el derecho del otro progenitor, máxime si hay dos madres); cuando los progenitores o adoptantes no convivan, será beneficiario el que tenga a su cargo la guarda y custodia del hijo; y, finalmente, cuando el causante hubiera quedado huérfano de ambos progenitores o adoptantes o esté abandonado, será beneficiaria de la prestación económica la persona física que legalmente se haga cargo de aquél. Con la referencia específica a “persona física” excluye –por omisión– como beneficiarios a las entidades públicas o privadas que pudieran asumir su custodia⁸⁶ y tampoco parece contemplar la posibilidad de que el propio huérfano asuma este beneficio⁸⁷.

Los requisitos para lucrar la prestación no contributiva, en virtud de la remisión efectuada al art. 182 LGSS por el art. 185.2 LGSS, son los siguientes:

– Residir legalmente en territorio español.

⁸³ Sobre el cómputo de los hijos en la redacción anterior, “los dos o más hijos a que se refiere el precepto legal, son los que ya se tengan a cargo con anterioridad al nacimiento o adopción de un nuevo hijo, luego, a los efectos de la prestación regulada en este precepto, únicamente podrá computar por dos el hijo afectado por una minusvalía superior al 33 por ciento que sea distinto de aquel cuyo nacimiento o adopción la genera”, STSJ Comunidad Valenciana 10 mayo 2011 (JUR 2011\281208).

⁸⁴ STSJ Comunidad Valenciana 3 julio 2013 (JUR 2013\324732).

⁸⁵ CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Prestaciones familiares”, cit., pág. 1350.

⁸⁶ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 67.

⁸⁷ En contra, GARCÍA ROMERO, B.: “La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social”, AS, núm. 14, 2000, pág. 18.

– No percibir ingresos anuales, de cualquier naturaleza, superiores a 11.519,16 euros (de nuevo, se eleva el referente para 2015, de conformidad con el Proyecto de Presupuestos a 11.547,96 euros), incrementándose en un 15 por 100 por cada hijo o menor acogido a cargo, a partir del segundo, éste incluido. Para la suma de las rentas a considerar a estos efectos, cabe tener por reproducidas las cuestiones analizadas en la prestación anterior. No obstante, si se trata de personas que forman parte de familias numerosas de acuerdo con lo establecido en la Ley de Protección a las Familias Numerosas, también tendrán derecho a la indicada asignación económica por hijo a cargo si sus ingresos anuales no son superiores a 17.337,05 euros (subiendo dicho referente para 2015, de conformidad con el Proyecto de Presupuestos Generales, a 17.380,39 euros), en los supuestos en que concurren tres hijos a cargo, incrementándose en 2.808,12 euros por cada hijo a cargo a partir del cuarto, éste incluido (2.815,14 para 2015 según el Proyecto referido). En el supuesto de convivencia del padre y de la madre, si la suma de los ingresos percibidos por ambos superase los límites establecidos, no se reconocerá la condición de beneficiario a ninguno de ellos.

A continuación, y a semejanza de la prestación anterior, se aquilata el límite de ingresos requerido cuando se ha superado por un margen escaso: si los ingresos anuales percibidos, por cualquier naturaleza, superan el límite explicitado pero son inferiores al importe conjunto que resulte de sumar a dicho límite el importe de la prestación (1.000 euros), la cuantía de esta última será igual a la diferencia entre los ingresos percibidos por el beneficiario y el indicado importe conjunto. De nuevo, y para evitar prestaciones ínfimas, no se reconocerá la prestación en los supuestos en que la citada diferencia sea inferior al importe mensual de la asignación, por cada hijo o acogido no minusválido (no al importe a tanto alzado de la discutida, claro está), esto es, 24,25 euros (art. 186 LGSS). Como resultado de las reglas anteriores, se supedita la percepción de una prestación a tanto alzado a unos ingresos rayando en lo ínfimo, lo cual contraviene la finalidad última de potenciar la natalidad y luchar contra el envejecimiento⁸⁸.

Más aún, desaparece la excepción prevista en la prestación anterior para los hijos con discapacidad. Dado que la finalidad de la prestación es compensar los gastos que provoca el nacimiento o la adopción de un hijo, independientemente de su discapacidad⁸⁹, sólo se tendría en cuenta la de la madre en el último supuesto, pero no para eliminar este requisito.

– No tener derecho, ni el padre ni la madre, a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social, no en vano el carácter subsidiario de estas prestaciones y su incompatibilidad (y consiguiente derecho de opción) con otras.

La cuantía a percibir, en un pago único, es de 1.000 euros (art. 186 LGSS), invariable en los últimos años e igual para las tres variantes de beneficiarios, esto es, sin establecer distinciones entre las tres modalidades en orden a sus especiales circunstancias.

⁸⁸ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 61.

⁸⁹ ROALES PANIAGUA, E.: “Sinopsis de las prestaciones familiares en España”, cit., pág. 28 y JURADO SEGOVIA, A.: “El nuevo reglamento sobre prestaciones familiares de la Seguridad Social”, cit., pág. 39.

3.3. Prestación por parto o adopción múltiples

Esta ayuda aparece destinada a quienes hayan tenido un parto o adopción de carácter múltiple (dos o más), sin mencionar –y por ello cabe entender excluidos– supuestos de guarda o acogida. En esta misma línea, resulta difícil vincular el objetivo último de la misma con un posible incentivo a la natalidad, en tanto el nacimiento doble (no así la adopción) responde a un dato aleatorio⁹⁰.

Los beneficiarios son el padre o la madre –de nuevo, dejando al margen otros modelos familiares– y, en su defecto, el precepto reenvía su determinación al reglamento de desarrollo. Éste, en su art. 25, establece que, en el supuesto de convivencia de los progenitores o adoptantes, será beneficiario de la prestación cualquiera de ellos, determinado de común acuerdo, presumiéndose que existe cuando la prestación se solicita por uno de aquéllos; a falta de acuerdo, como sucede con las prestaciones anteriormente analizadas, la madre será la beneficiaria (preferencia que trata de compensar los superiores gastos en tiempo y dinero que realizan las mujeres, pero que, de hecho, perpetúa la tradicional asignación de roles).

El resto de asignación de beneficiarios sigue también el camino marcado por la prestación por hijo a cargo: cuando los progenitores o adoptantes no convivan, lucrá la prestación el que tenga a su cargo la guarda y custodia de los hijos y si los causantes quedan huérfanos de ambos progenitores o adoptantes o sean abandonados, corresponderá a la persona física (no jurídica) que legalmente se haga cargo de ellos.

Para acceder a esta prestación es necesario que concurra el hecho causante, definido en este caso por la existencia de parto o adopción múltiples, es decir, cuando el número de nacidos o adoptados sea igual o superior a dos. Para causar el derecho, el nacimiento o la formalización de la adopción ha de producirse en España y los beneficiarios también residir en territorio nacional. A estos efectos, se reputará producido en España el nacimiento o la adopción que tenga lugar en el extranjero cuando se acredite que el hijo se ha integrado de manera inmediata en un núcleo familiar con residencia en territorio español (art. 24.1 RD 1335/2005). De igual modo, cabe dar por reproducidas en este punto las previsiones contenidas en los Reglamentos sobre la coordinación de Sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea.

En los casos de parto o adopción múltiple, cuando uno de los hijos nacidos o adoptados esté afectado por una discapacidad igual o superior al 33 por ciento, merced al reenvío que el art. 24.2 realiza al art. 20.3 RD 1335/2005, computa doble. La lógica fuerza a entender que si son dos los hijos con discapacidad, ambos contarán el doble también⁹¹ y si se produce el nacimiento de un hijo con discapacidad, también los progenitores tendrán derecho a esta prestación en tanto parto o adopción, en su caso, ficticiamente múltiple⁹².

⁹⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 71.

⁹¹ JURADO SEGOVIA, A.: “El nuevo reglamento sobre prestaciones familiares de la Seguridad Social”, *REDT*, núm. 130, 2006, pág. 416.

⁹² BARRIOS BAUDOR, G. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *Prestaciones familiares*, cit., pág. 157.

Además (como sucede con todas las familiares de carácter asistencial), no han de tener derecho, ni el padre ni la madre, a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social, aun cuando no cabe afirmar de modo taxativo este carácter respecto a otras prestaciones de asistencia social externa al sistema reguladas por las Comunidades Autónomas⁹³. Nada impide que una misma unidad lucre las tres prestaciones asistenciales referidas en supuestos de parto o adopción múltiples, en familias con escasos ingresos (hijo a cargo) y en los que concurra una de las situaciones previstas en el art. 185 LGSS (familia numerosa, monoparental o madre con discapacidad).

En fin, como última condición, en este caso inexistente, no se requiere carencia de rentas, diluyendo –una vez más– la frontera entre lo contributivo y lo asistencial⁹⁴, pero sin inclinar la balanza hacia ninguna de las dos posibilidades, bien su configuración como mecanismo destinado a hacer frente a estados de necesidad reales, probada y acreditada la carencia⁹⁵, bien su construcción como universal.

La cuantía de la prestación económica por parto o adopción múltiples dependerá del número de hijos nacidos o adoptados y del salario mínimo interprofesional en cada momento vigente, de conformidad con el cuadro recogido en el art. 188 LGSS. La revalorización de la prestación dependerá, entonces, de la propia prevista para el SMI y no de la general fijada para otras prestaciones como la jubilación o la incapacidad permanente. Como regla de cierre y para evitar una prestación exponencial, finaliza la progresión aritmética entre el número de hijos y el múltiplo del citado referente en cuatro o más hijos (difícilmente alcanzará un parto un número superior) y un máximo de 12 veces aquél.

3.4. La extinta prestación económica por nacimiento o adopción de hijo

Resta, por último, siquiera mencionar la extinta prestación económica por nacimiento o adopción de hijo, el tan denostado “cheque bebé”. Esta prestación, configurada con una clara vocación universal, fue aprobada por la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, con una doble naturaleza (desdoblada, según las circunstancias, en una deducción fiscal o en una prestación de Seguridad Social) y con el objetivo de rebajar la tendencia del envejecimiento de la población, y para ello creó esta nueva ayuda económica a la familia por nacimiento y adopción, para que los gastos que ocasionan no supongan un obstáculo en la necesaria ampliación en la base de la pirámide de población, la constituida por los más jóvenes⁹⁶.

La prestación, subsidiaria de la deducción, consistía en un pago único de 2.500 euros (claramente superior a las asignaciones examinadas con carácter general) por nacimiento o adopción de hijo, sin exigencia alguna de carencia de rentas, pero sí de residencia legal en España⁹⁷.

⁹³ CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Prestaciones familiares”, cit., pág. 1357.

⁹⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 69.

⁹⁵ MALDONADO MOLINA, J.A.: “La protección social por nacimiento de hijo”, *RTSS (CEF)*, núm. 230, 2002, pág. 125.

⁹⁶ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “La bidimensional ayuda por nacimiento o adopción y la mejora de las prestaciones familiares”, *AS*, núm. 20, 2007 (BIB 2007\2787).

⁹⁷ STSJ Comunidad Valenciana 15 junio 2011 (JUR 2011\299397).

Su vigencia, con todo, no resultó dilatada en el tiempo. La llegada de la crisis forzó su desaparición y el art. 7.3 del RD-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, suprimió los arts. 188.bis, ter, quáter, quinquies y sexties LGSS con efectos de 1 de enero de 2011.

4. CONCLUSIONES

Como se apuntó al principio, las prestaciones familiares constituyen las grandes olvidadas, la Cenicienta de la acción protectora de la Seguridad Social por los fallos que las aquejan, su dispersión normativa, su escasa adaptación a las sucesivas modificaciones llevadas a cabo en la LGSS y, en fin, la falta de adecuación a la coyuntura socioeconómica. A ello se une su naturaleza dual y oscilante entre la vocación de universalidad en la protección a la familia y el carácter de asistencialidad protector de los más débiles.

Forzoso resulta, ante tal panorama, reflexionar sobre su futuro más lejano: su transformación y la necesaria reconfiguración. Por un lado, es preciso apostar por una protección social fundada en el hijo (hasta 21 años en el momento actual siguiendo la prestación por orfandad) y no tanto enfocada en los padres. De este modo, primaría su necesidad objetiva a la vista de la situación concurrente en su unidad familiar (como quiera que estuviera constituida). La opción entre la universalidad o la asistencialidad supone no tanto una elección como una imposición derivada de los costes, pero en ningún caso tiene que implicar una prestación tan desdibujada que acaba por semejar caridad.

Por otro, las previsiones dirigidas a velar por los hijos (o por las madres) con discapacidad merecen, también, una regulación uniforme y autónoma, destinada a tutelar de forma integral las diversas etapas y avatares de una persona en tal circunstancia.

En fin, y en el caso de las prestaciones familiares contributivas sólo cabe esperar su reconfiguración y sistematización, tal y como emplaza la disposición adicional 5.^a Ley 27/2011, de 1 de agosto, que encomienda al Gobierno para que, en el plazo de un año, presente en la Comisión no Permanente de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo, un estudio sobre las medidas a adoptar para impulsar los mecanismos que incorporen los periodos de atención y cuidado de los hijos, de las personas con discapacidad o personas en situación de dependencia, como elementos a considerar en las carreras de cotización de las mujeres. En dicho estudio se evaluarán económicamente las medidas que se propongan, y también la actual regulación existente en el sistema de Seguridad Social, especialmente en el art. 180 LGSS.

Lamentablemente, el crecimiento expansivo de estas demandas sociales de protección a la familia y el aumento de costes para su satisfacción se enfrenta a los cada vez más limitados recursos disponibles, afectados negativamente tanto por la recesión económica como por la falta de liquidez de los poderes públicos sumidos en la necesidad de respetar los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, pero ello no debe impedir apostar por una mejora a largo plazo en el sentido indicado.