

Por:
María Areta Martínez*

LA ASIGNACIÓN ECONÓMICA POR HIJO DISCAPACITADO A CARGO EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL

Resumen

El artículo 39.1 de la Constitución Española (CE) encomienda a los poderes públicos la tarea de garantizar la protección social, económica y jurídica de la familia. Dentro de este marco constitucional, el Gobierno de España aprobó el 14 de mayo de 2015 el Plan Integral de Apoyo a la Familia 2015-2017, que está estructurado en siete líneas estratégicas. La primera línea estratégica del Plan trata la protección social y económica de la familia, y entre sus medidas específicas prevé estudiar la mejora de la prestación de la Seguridad Social por hijo o menor acogido a cargo.

La asignación económica por hijo o menor acogido a cargo es una prestación familiar del sistema español de Seguridad Social, de naturaleza no contributiva (art. 86.2.b) Real Decreto Legislativo 1/1994 [LGSS]). Actualmente, el artículo 181.a) de la LGSS y el artículo 3.a) del Real Decreto 1335/2005 la reconocen al beneficiario por cada hijo (biológico o adoptado) o menor acogido que tenga a cargo, sea o no discapacitado, así como por cada hijo a cargo mayor de edad con un grado de discapacidad igual o superior al 65%.

Este trabajo no aborda la referida prestación en toda su extensión, sino que se limita a analizar su régimen jurídico en caso de hijo discapacitado a cargo. Concretamente, se profundiza en los requisitos legales que debe reunir el hijo discapacitado para causarla en favor del beneficiario, que normalmente es uno de sus progenitores/adoptantes. En ocasiones se hacen propuestas *de lege ferenda* con el humilde propósito de tratar de mejorar la normativa reguladora al respecto y así seguir avanzando en la protección de las familias en general, y de las familias con hijos discapacitados en particular.

Palabras clave: Familias con hijos discapacitados, Seguridad Social española, asignación económica por hijo a cargo.

* Profesora Titular de Universidad. Departamento de Derecho Privado y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid. España. Email: maria.aretam@urjc.es

Abstract

Article 39.1 in the Spanish Constitution of 1978 entrusts public authorities with the mission to ensure the social, economic and legal protection of the family. Within this constitutional framework, the Spanish government approved the Comprehensive Plan to Support the Family (2015-2017) on the 14th May 2015. This plan is structured along seven strategic lines, the first of which is the socio-economic protection of the family. One of its specific measures consists of studying the improvement of benefits for dependent children or minors in foster care.

The allowance for a dependent child or foster child is a family benefit under the Spanish Social Security System. It is non-contributory [Article 86.2.b Royal Legislative Decree No 1/1994] and therefore doesn't require a beneficiary to pay social security contributions as it is sustained by general taxation. Currently Article 181.a of the Royal Legislative Decree No 1/1994 and Article 3.a of the Royal Decree 1335/2005 govern this allowance. They entitle the recipient to apply for it for each dependent child (biological or adopted) or a minor foster child under 18, whether they are disabled or not. They also allow for each child or dependent over 18 affected by a disability of a minimum of 65%.

This study doesn't examine the aforementioned family benefit in its entirety but instead focuses on analyzing the legal issues in the case of a dependent disabled child. In particular the study delves into the legal requirements for the disabled child. On occasion the author makes some considerations and *de lege ferenda* proposals. These are made with the humble intention of trying to improve rules and regulations on this matter and thereby making progress on the protection of families in general and in particular for those families with disabled children.

Keywords: Families with disabled children, Spanish Social Security System, child benefit.

Sumario

1. Introducción. 2. Los requisitos del sujeto que causa la prestación: el hijo discapacitado a cargo que reside en España. 2.1. La edad del hijo y su grado de discapacidad. 2.2. La exigencia de que el hijo discapacitado esté a cargo del beneficiario de la prestación. 2.3. La exigencia de que el hijo discapacitado a cargo resida en España: regla general y excepciones. 2.3.1. La residencia en España del hijo: regla general. 2.3.2. La acreditación de la residencia en España. 2.3.3. El reconocimiento de la prestación aunque el hijo no resida en España: excepciones a la cláusula de residencia nacional. a. El hijo acompañante en su desplazamiento al trabajador trasladado por su empresa fuera de España. b. El trabajador migrante reside legalmente en España y tiene un hijo a cargo que reside en otro estado miembro de la Unión Europea. c. El trabajador migrante reside legalmente en España y tiene un hijo a cargo que reside en un tercer estado. 2.3.4. La residencia continuada en España del hijo tras el reconocimiento de la prestación. 3. La determinación del grado de discapacidad del hijo y de la necesidad del concurso de una tercera persona. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 39.1 de la CE encomienda a los poderes públicos la adopción de las medidas necesarias para garantizar la protección social, económica y jurídica de la familia. Dentro de este marco constitucional se sitúa el Plan Integral de Apoyo a la Familia 2015-2017 (PIAF).¹ Uno de los objetivos generales y principales del PIAF es *avanzar en la protección social, jurídica y económica de las familias*, y para ello prevé, entre otras medidas, *estudiar la mejora de la prestación de Seguridad Social por hijo o menor acogido a cargo*. Otro de los objetivos del PIAF es ofrecer apoyo preferente, con independencia de la coyuntura, a familias con necesidades especiales como son las familias numerosas, las monoparentales y aquellas con personas discapacitadas. Las medidas específicas previstas para apoyar a las familias con personas discapacitadas buscan avanzar en: (i) el desarrollo del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social;² y (ii) la puesta en marcha del Plan de Acción de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020, en colaboración con las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.³

Dentro de la estrategia global de apoyo a la familia aparecen, a nivel estatal, las prestaciones familiares de la Seguridad Social en sus dos modalidades, contributiva y no contributiva. La prestación familiar contributiva no es económica y consiste en

1 El Gobierno de España aprobó el 14 de mayo de 2015 el Plan Integral de Apoyo a la Familia 2015-2017 (PIAF): <http://www.msssi.gob.es/novedades/docs/PIAF-2015-2017.pdf>

2 Esta medida guarda coherencia con las actuaciones específicas dirigidas a la inclusión social de las personas con discapacidad que recoge expresamente el Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social 2013-2016 (PNAIS): http://www.lamoncloa.gob.es/espana/eh14/social/Documents/PlanNacionalAccionInclusionSocial_2013_2016.pdf. Concretamente, la actuación 178 del PNAIS programa el desarrollo de la *Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social mediante, entre otros aspectos, modificaciones en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, con el fin de adaptar la normativa existente en España a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

3 El Gobierno de España aprobó el 12 de septiembre de 2014 el Plan de Acción 2014-2016 de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020. El Plan de Acción instrumenta el desarrollo de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020 y sus líneas de acción se enmarcan en: (i) la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de la ONU, ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008; (ii) la Estrategia Europea 2020; (iii) la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2020; y (iv) el Programa Nacional de Reformas de España. Por otra parte, el Plan de Acción se inspira en los principios del Real Decreto Legislativo 1/2013, que constituye el principal referente legal en esta materia.

La referencia que el PIAF hace a la puesta en marcha del Plan de Acción de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020 también se recoge en el PNAIS. Concretamente, la actuación 179 del PNAIS consiste en *Diseñar y poner en marcha, con la participación de las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla y del movimiento social de la discapacidad, un Plan de Acción de la Estrategia Española sobre Discapacidad para el periodo 2012-2020, que tenga como objetivos prioritarios los ámbitos de la accesibilidad, el empleo, la educación y la formación, la pobreza y la exclusión social, la información, la participación, la igualdad y los colectivos vulnerables, la sanidad y los servicios sociales y la acción exterior*.

considerar como cotizado el periodo de excedencia por cuidado de hijos (y de menores acogidos) o de otros familiares. Por su parte, las prestaciones familiares no contributivas tienen contenido económico y actualmente son tres: (i) la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo, de pago periódico; (ii) la prestación económica por nacimiento o adopción de hijo en determinados supuestos,⁴ de pago único; y (iii) la prestación económica por parto o adopción múltiples, de pago único. De entre todas ellas, el PIAF dedica una atención expresa a la prestación familiar por hijo o menor acogido a cargo.

La asignación económica por hijo o menor acogido a cargo es una prestación familiar de naturaleza no contributiva que el artículo 181.a) de la LGSS5 y el art. 3.a) del Real Decreto 1335/2005⁶ reconocen al beneficiario por cada hijo (biológico o adoptado) o menor acogido que tenga a su cargo.⁷ La finalidad de la prestación es ayudar económicamente a las familias que deben hacer frente a la situación de necesidad por aumento de gastos que supone tener a cargo un hijo o un menor acogido. Este trabajo no recoge un estudio de la referida prestación en toda su extensión, sino que se limita a analizar su régimen jurídico cuando el hijo a cargo es discapacitado. Concretamente, se profundiza en los requisitos legales que debe reunir el hijo discapacitado para causar la prestación en favor del beneficiario, que normalmente es uno de sus progenitores/adoptantes.⁸ En ocasiones se hacen propuestas *de lege ferenda* con

4 La prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de un hijo se reconoce en caso de (arts. 185 y 186 de LGSS): (i) familia numerosa, (ii) familia monoparental y (iii) madres discapacitadas con un grado de discapacidad igual o superior al 65%.

5 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 154, de 29 junio 1994).

6 Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social (BOE núm. 279, de 22 noviembre 2005).

7 A diferencia del resto de prestaciones familiares de contenido económico, para las que el legislador utiliza el término “prestación económica” (prestación económica por nacimiento o adopción de hijo y prestación económica por parto o adopción múltiples), el artículo 181.a) de la LGSS y el artículo 3.a) del Real Decreto 1335/2005 adoptan la expresión “asignación económica” para referirse a la prestación familiar por hijo o menor acogido a cargo. Buenaga Ceballos, Óscar (2014). *La familia y la Seguridad Social*. Madrid: Dykinson, p. 273, señala que la normativa utiliza el término “asignación” porque precisamente esa es la naturaleza que presenta la prestación, *ya que, siguiendo la clasificación de De la Villa y Desdentado, son asignaciones las prestaciones económicas periódicas, indirectamente limitadas, que compensan cargas, gastos o daños, en este caso, concretamente, las cargas familiares*.

8 Por regla general, el beneficiario es uno de los progenitores/adoptantes. Aunque ambos progenitores/adoptantes reúnan los requisitos para ser beneficiarios de la prestación, solo se reconocerá tal condición a uno de ellos (arts. 11.1 y 30.1 del Real Decreto 1335/2005). Excepcionalmente, cabe la posibilidad de que el hijo a cargo sea no solo quien causa la prestación (causante), sino también quien la percibe (beneficiario) (art. 182.2 LGSS y arts. 10.2 y 10.3 del Real Decreto 1335/2005). El progenitor/adoptante será el beneficiario de la prestación familiar cuando [art. 182.1 LGSS y art. 10.1 del Real Decreto 1335/2005]: (i) tenga a cargo un hijo discapacitado, (ii) resida legalmente en territorio español y (iii) no tenga derecho (él ni el otro progenitor/adoptante, caso de que lo hubiera) a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social. Cuando el hijo a cargo es discapacitado, el beneficiario podrá percibir la prestación aunque supere el límite de recursos económicos del artículo 182.1.c) de la LGSS y el artículo 10.1.c) del Real Decreto 1335/2005 [art. 182.3 de LGSS y art. 10.1.c).párrafo 4º del Real Decreto 1335/2005].

el humilde propósito contribuir al estudio de la mejora de la asignación económica por hijo a cargo, y así seguir avanzando en la protección de las familias en general, y de las familias con hijos discapacitados en particular.

Antes de abordar el estudio de la materia parece oportuno identificar el colectivo de personas con discapacidad en España. Desde un punto de vista jurídico, la persona con discapacidad es aquella que presenta deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás (art. 4.1 Real Decreto Legislativo 1/2013). A todos los efectos, inclusive a efectos de la asignación económica por hijo discapacitado a cargo, la persona con discapacidad es la que tiene reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33% (art. 4.2 Real Decreto Legislativo 1/2013).⁹

Desde un punto de vista cualitativo y cuantitativo, el último Informe de la Base de Datos Estatal de Personas con Discapacidad¹⁰ muestra que la población de España alcanzó en 2013 la cifra de 47.129.783 personas, de las que 2.564.893 (5,44% de la población) son discapacitadas:

- Según el sexo de las personas con discapacidad, 1.263.879 son hombres (49,28%) y 1.301.014 mujeres (50,2%).
- El 57,5% de las personas discapacitadas tienen reconocido un grado de discapacidad comprendido entre el 33% y el 64% (1.474.341 personas), el 25% entre el 65% y el 74% (641.028 personas), y el 17,5% igual o superior al 75% (449.524 personas).
- Por tramos de edad, 108.570 personas discapacitadas son menores (0-17 años), 206.783 tienen edades comprendidas entre 18 y 34 años, 1.160.502 tienen entre 35 y 64 años, y 1.089.038 son mayores (65 o más años).
- Según edad y grado de discapacidad, el número total de personas mayores de edad con un grado de discapacidad igual o superior al 65% es de 1.062.252, siendo más que las tienen un grado de discapacidad comprendido entre el 65% y el 74% (626.764) que las que igualan o

9 Se considera que tienen un grado de discapacidad igual o superior al 33% los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez, así como los pensionistas del Régimen de Clases Pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad (art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013).

10 El último Informe de la Base de Datos Estatal de Personas con discapacidad fue publicado el 31 de diciembre de 2014 y sistematiza los datos registrados hasta el 31 de diciembre de 2013: http://imserso.es/imserso_01/documentacion/estadisticas/bd_estatal_pcd/index.htm

superan el 75% de discapacidad (435.488). Además, el número de personas con un grado de discapacidad igual o superior al 65% y edades comprendidas entre 18 y 34 años es de 94.217.

- Por tipo de discapacidad, entre los menores de edad predominan la discapacidad intelectual (35,63%), la discapacidad mental (22,14%) y las deficiencias neuromusculares (12,58%).¹¹ En la siguiente franja de edad, comprendida entre 18 y 34 años, destacan las mismas discapacidades que en la minoría de edad, es decir, la discapacidad intelectual (33,12%), la discapacidad mental (18,58%) y las deficiencias neuromusculares (12,56%).¹² El panorama cambia cuando se trata de personas mayores, cuya discapacidad va asociada principalmente a enfermedades osteoarticulares (35,83%) y crónicas (23,71%).¹³ Finalmente, en la franja de edad comprendida entre 35 y 64 años, que es la que aglutina el mayor número de personas (1.160.502 personas), prevalecen las discapacidades de tipo osteoarticular (25,65%), mental (19,81%) y enfermedades crónicas (17,50%).¹⁴

Los datos reflejan que el número de mujeres con discapacidad es superior al de hombres y que la mayoría de las personas discapacitadas tienen un grado de discapacidad inferior al 65% y edades comprendidas entre 35 y 64 años. Llama la atención que durante los primeros 17 años de vida (0-17 años), el número de personas discapacitadas sea 108.570, mientras que dicha cifra casi se duplica en los 17 años de vida siguientes (18-34 años), alcanzando un total de 206.783 personas, lo cual merece ser estudiado con detenimiento. Por otra parte, los tipos de discapacidad varían según tramos de edad. Así, entre las personas menores de edad (1-17 años) y con edades comprendidas entre 18 y 34 años predominan las discapacidades de tipo intelectual, mental y neuromuscular, mientras que en la edad avanzada (65 años, en adelante) tiene mayor incidencia la discapacidad asociada a enfermedades osteoarticulares y

11 La incidencia de otro tipo de discapacidades es menor entre los menores de edad. En este sentido, las enfermedades crónicas representan un 8,85%, las osteoarticulares un 5,92%, las auditivas un 5,44% y las visuales un 4,15%. En un porcentaje todavía menor aparecen las deficiencias de tipo mixto (3,19%), expresivo (0,86%) y otras (1,25%).

12 Aunque en la franja de edad comprendida entre 18 y 34 años los tipos de discapacidad predominantes son los mismos que en las personas menores de edad (intelectual, mental y neuromuscular), su incidencia porcentual cambia en una franja de edad y otra. En la franja de edad comprendida entre 18 y 34 también aparecen discapacidades asociadas a enfermedades osteoarticulares (12,07%), enfermedades crónicas (9,09%), visuales (5,68%), auditivas (5,21%), y en un porcentaje muy inferior las deficiencias de tipo mixto (1,89%), expresivo (0,63%) y otras (1,16%).

13 En las personas mayores (65 o más años) predominan las discapacidades asociadas a enfermedades osteoarticulares y crónicas, y la incidencia de otro tipo de discapacidades, frente a lo que pudiera parecer, es muy inferior: mentales (9,94%), neuromusculares (8,94%) y visuales (8,55%), auditivas (5,67%), mixtas (3,20%), intelectuales (1,75%), expresivas (0,54%) y otras (1,87%).

14 La incidencia de otro tipo de discapacidades en las personas con edades comprendidas entre 35 y 64 años es la siguiente: neuromusculares (11,43%), intelectuales (9,37%), visual (6,90%), auditivo (5,77%), mixto (1,55%), expresivo (0,44%) y otras (1,58%).

mentales. Estas son tan solo algunas de las conclusiones que pueden extraerse de los datos oficiales y que conviene tener en cuenta para estudiar la mejora de la asignación económica por hijo discapacitado a cargo.

2. *LOS REQUISITOS DEL SUJETO QUE CAUSA LA PRESTACIÓN: EL HIJO DISCAPACITADO A CARGO QUE RESIDE EN ESPAÑA*

De acuerdo con lo dispuesto en los arts. 181.a) y 182.1.b) de la LGSS y en los arts. 3.a) y 10.1.b) del Real Decreto 1335/2005, el sujeto que causa el derecho a la prestación es el hijo, cualquiera que sea su filiación (por naturaleza, por adopción), cuando: (i) está a cargo del beneficiario de la prestación, (ii) reside en territorio español y (iii) es menor de edad o tiene una discapacidad igual o superior al 65%. El hijo debe reunir estos requisitos para que el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)¹⁵ reconozca la prestación al beneficiario y, una vez reconocida, para que el beneficiario siga percibiéndola.

Este trabajo va referido a la asignación económica por hijo discapacitado a cargo. Concretamente, tiene por objeto el estudio y análisis de los requisitos legales que debe reunir el hijo discapacitado para poder causar la prestación en favor del beneficiario, que normalmente es uno de sus progenitores/adoptantes. Este trabajo no aborda los supuestos en los que el causante de la prestación es el hijo a cargo no discapacitado o el menor acogido a cargo.

2.1. *La edad del hijo a cargo y su grado de discapacidad*

El hijo menor de edad, sea o no discapacitado, y el hijo mayor de edad discapacitado, con un grado de discapacidad igual o superior al 65%, causan derecho a la asignación económica por hijo a cargo. Según su edad y grado de discapacidad, causará derecho a la prestación, siempre que resida en España y esté a cargo de sus progenitores/adoptantes:

- El hijo menor de edad no discapacitado.
- El hijo menor de edad y discapacitado, es decir, con un grado de discapacidad igual o superior al 33%.
- El hijo mayor de edad y discapacitado, con un grado de discapacidad igual o superior al 65%.

15 El artículo 27.párrafo 1º del Real Decreto 1335/2005 señala que la gestión de las prestaciones familiares, incluida la prestación familiar por hijo o menor acogido a cargo, así como el reconocimiento del derecho a ellas, corresponde al INSS.

No causará derecho a la prestación, aun cuando resida en España y esté a cargo de sus progenitores/adoptantes:

- El hijo mayor de edad no discapacitado.
- El hijo mayor de edad que, aun siendo discapacitado, tiene un grado de discapacidad inferior al 65%.

En definitiva, si el hijo no es discapacitado, se exige en todo caso que tenga menos de 18 años de edad; si es discapacitado, se requiere que tenga menos de 18 años cuando su grado de discapacidad es inferior al 65%; y no existe límite de edad si el grado de discapacidad que padece es igual o superior al 65%. Llegados a este punto conviene estudiar si la mejora de la prestación familiar por hijo a cargo, a la que hace referencia el PIAF, pasa por reformar la normativa reguladora para modificar los límites en el grado de discapacidad y/o la edad del hijo a cargo con el fin de ajustarlos a la realidad actual de la sociedad española, y es que muchos jóvenes mayores de edad viven en el hogar familiar y dependen económicamente de sus padres.

La dependencia familiar de los jóvenes mayores de edad suele asociarse con el retraso en la edad de emancipación. Un informe reciente de la Oficina de Estadísticas de la Unión Europea (Eurostat)¹⁶ muestra que la edad media de emancipación de los jóvenes españoles se sitúa en 28,9 años, por debajo de la media de la Unión Europea, que es de 26,1 años, y muy alejada de la media de países nórdicos como Suecia (19,6 años), Dinamarca (21 años) o Finlandia (21,9 años). Además, el último informe del Observatorio de Emancipación del Consejo de la Juventud de España¹⁷ confirma que la edad de emancipación de los jóvenes españoles sigue retrasándose. Así, en el cuarto trimestre de 2014, el 21,5% de los jóvenes menores de 30 años estaban emancipados residencialmente, lo que representa un 5,21% de personas menos que en el mismo periodo de 2013. El retraso en la emancipación de los jóvenes españoles se asocia con frecuencia a factores socioeconómicos, como la dificultad para encontrar el primer empleo, la temporalidad del empleo juvenil, las jornadas reducidas (a tiempo parcial) o el nivel de los salarios (mileurista); también contribuye a ello en cierto modo el modelo de sistema educativo, y es que los periodos de formación académica son cada vez más largos;¹⁸ y

16 El 16 de abril de 2015, Eurostat publicó el Informe titulado “Ser joven hoy en Europa”, que muestra la situación de los niños y jóvenes en la Unión Europea en distintos ámbitos (educación, deporte y ocio, emancipación y entrada en el mercado laboral): <http://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-statistical-books/-/KS-05-14-031>

17 El Observatorio de Emancipación del Consejo de la Juventud de España ofrece el perfil sociodemográfico y las opciones en el acceso al mercado laboral y al mercado de la vivienda de las personas jóvenes en España en un momento determinado. El último informe publicado por el Observatorio de Emancipación recoge datos del cuarto trimestre de 2014: <http://www.cje.org/descargas/cje6176.pdf>

18 El Observatorio de Emancipación, en su informe correspondiente al cuarto trimestre de 2014, señala que parte del descenso de la autonomía domiciliaria de las personas jóvenes en España se debe a la mayor presencia de estudiantes, sea cual sea su situación laboral. Los jóvenes estudiantes han

hay quien también atribuye el retraso en la emancipación de los jóvenes españoles al denominado “síndrome juvenil de dependencia familiar”.¹⁹

Con el fin de que la normativa reguladora de la prestación familiar por hijo a cargo responda a la realidad actual de los jóvenes y de sus familias, en general, y a la situación actual de las familias con hijos discapacitados, en particular, cabe plantearse si procede o no modificarla para elevar el límite de la mayoría de edad del hijo a cargo no discapacitado, siguiendo el mismo criterio adoptado para otras prestaciones como, por ejemplo, la pensión de orfandad.²⁰ En el caso de que no fuera factible ni viable elevar con carácter general el límite de la mayoría de edad del hijo no discapacitado, habría que revisar, cuando menos, la situación de los hijos discapacitados mayores de edad con un grado de discapacidad inferior al 65% (entre el 33% y el 64%) con el fin de que pudieran causar derecho a la prestación, siquiera sea en algunos casos, especialmente cuando concurren determinadas circunstancias que realmente les dificultan e incluso les impiden iniciar el proceso de transición hacia la emancipación definitiva.

El número de hijos o menores acogidos a cargo que causan derecho a la prestación ha ido aumentando progresivamente en los últimos años (2011-2014), tal como refleja la tabla siguiente:

	Sin discapacidad	Con discapacidad \geq 33%	Total
Año 2011	1.029.080	94.694	1.123.774
Año 2012	1.044.581	100.191	1.144.772
Año 2013	1.152.160	105.494	1.257.654
Año 2014	1.233.360	109.897	1.343.257
Junio 2015	1.195.506	112.185	1.307.692

Tabla elaborada con los datos que ofrece la página web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.²¹

pasado de representar el 42,4% de toda la población joven en el cuarto trimestre de 2008 al 52,3% en el cuarto trimestre de 2014.

19 Sobre el significado del “síndrome de la dependencia familiar”, vid., Gil Calvo, Enrique (2014). “El síndrome de dependencia familiar como encuadre (framing) de la agenda juvenil”. En *Revista del Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud*, núm. 0, pp. 47-64; y Comas Arnau, Domingo (2015). “La emancipación de personas jóvenes en España: el túnel del miedo”. En *Revista del Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud* 2, pp. 7-24.

20 La disposición adicional primera.1 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE núm. 184, de 2 agosto 2011), modificó el artículo 175 de la LGSS para elevar a 24 años la edad del huérfano que accede a la pensión de orfandad, siempre que no realice un trabajo lucrativo o, en el caso de realizarlo, no perciba unos ingresos anuales por rendimientos de trabajo superiores al 100% del SMI anual vigente en cada momento. Afirman Fernández Domínguez, Juan José y Martínez Barroso, María de los Reyes (2007). *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*. Albacete: Bomarzo, p. 36, que el límite de la mayoría de edad que la norma establece para el hijo a cargo no discapacitado *no responde a las necesidades actuales y precisa ser aumentado; tanto más cuanto permitirá coordinar esta regulación con otras medidas que ya han reaccionado en idéntico sentido, conforme ocurre con la orfandad*.

21 Vid., la evolución de la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo por grados de discapacidad en los datos de la página web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social:

En 2013, un total de 105.494 hijos o acogidos menores de edad y con discapacidad causaron en España derecho a la prestación. Puesta en relación esta cifra (105.494) con el número de personas discapacitadas menores de edad que en ese mismo año había en España (108.570),²² la conclusión es que alrededor de un 97,2% de las personas discapacitadas menores de edad causaron derecho a la prestación familiar por hijo o menor acogido a cargo en 2013. En definitiva, la prestación familiar por hijo o menor acogido presta cobertura económica a la mayoría de las familias con hijos discapacitados menores de edad.

El número de hijos a cargo mayores de edad y con un grado de discapacidad igual o superior al 65% también ha ido aumentando progresivamente en los últimos años (2011-2014), alcanzando un total de 184.629 en junio de 2015, tal como refleja la tabla siguiente:

	Con discapacidad \geq 65%	Con discapacidad \geq 75%	Total
Año 2011	110.834	62.029	172.863
Año 2012	113.318	63.083	176.401
Año 2013	115.812	64.101	179.913
Año 2014	118.654	65.180	183.398
Junio 2015	119.071	65.558	184.629

Tabla elaborada con los datos que ofrece la página web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

En 2013, el número de hijos mayores de edad y con un grado de discapacidad igual o superior al 65% que causaron derecho a la prestación fue 179.913. Esta cifra supera al número de personas que en España había en 2013 con edades comprendidas entre 18 y 34 años y un grado de discapacidad igual o superior al 65% (94.217). Los números reflejan que muchos de los hijos mayores de edad que causaron derecho a la prestación familiar por hijo discapacitado a cargo en 2013 tenían más de 35 años.

En resumen, los datos oficiales y la realidad actual invitan a reflexionar sobre la necesidad o no de modificar la normativa vigente que regula la prestación familiar por hijo a cargo. Concretamente, a efectos de causar derecho a la prestación, hay que estudiar si resulta adecuado elevar el límite de la mayoría de edad del hijo a cargo no discapacitado y/o reducir el grado mínimo de discapacidad del hijo a cargo mayor de edad, actualmente situado en el 65%.

http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Otras_Prestaciones_de_la_Seguridad_Social/PFnp/Proteccion_a_la_Familia/index.htm

22 El apartado 1 de este trabajo (Introducción) expone en el perfil de las personas con discapacidad en España en el año 2013 tomando los datos que ofrece la Base de Datos Estatal de Personas con Discapacidad.

2.2. *La exigencia de que el hijo discapacitado esté a cargo del beneficiario de la prestación*

El artículo 181.a) de la LGSS y el artículo 3.a) del Real Decreto 1335/2005 reconocen la prestación familiar al beneficiario por cada hijo (biológico, adoptivo) que tenga a su cargo. Se considera que el hijo discapacitado está a cargo del beneficiario cuando convive y depende económicamente de él (art. 9.1 Real Decreto 1335/2005). Ambos requisitos (convivencia y dependencia económica) están estrechamente relacionados porque la presencia de uno (convivencia) activa una presunción *iuris tantum* de la concurrencia del otro (dependencia económica).²³

En relación con el requisito de convivencia, sería conveniente que la normativa, al igual que ha hecho con el requisito de residencia en España (art. 28.3 Real Decreto 1335/2005), señalara los medios de prueba prioritarios para acreditarla. Por ejemplo, el legislador podría indicar expresamente si el certificado de empadronamiento es válido para probar la convivencia y, en caso de serlo, si es determinante o más bien prioritario, o si su fuerza probatoria es limitada y, por tanto, queda desvirtuada mediante prueba en contrario.²⁴

La convivencia del beneficiario (progenitor/adoptante) con el hijo discapacitado a cargo no se rompe cuando se separan transitoriamente por estudios, trabajo de los padres, tratamiento médico, rehabilitación *u otras causas similares* (art. 9.2 Real Decreto 1335/2005). Por tanto, la convivencia se mantiene mientras la separación sea transitoria (temporal) y causal. El legislador no define la “separación transitoria” y la causas que la justifican conforman un *numerus apertus* (otras causas similares). Esto obliga a plantear cuándo una ausencia deja de ser transitoria y pasa a tener la consideración de permanente, y qué otras causas, no previstas expresamente, podrían justificar la ausencia sin romper la convivencia. En este sentido, por ejemplo, se cuestiona si rompe la convivencia el hecho de que el hijo discapacitado deje de vivir con sus padres para ser atendido en un centro especial en régimen de internado. Si tenemos en cuenta que la convivencia implica que el hijo vive a expensas del beneficiario, no parece que haya razón para negar la prestación a los padres que costean, total o parcialmente, la estancia en el centro, o atienden cualquier otro gasto que el hijo discapacitado genera durante su internamiento;²⁵ es más, no parece que haya obstáculo para asimilar la

23 Se presume, salvo prueba en contrario, que existe dependencia económica cuando el hijo convive bajo el mismo techo con el beneficiario (art. 9.2 del Real Decreto 1335/2005). Vid., Pérez Yáñez, Rosa (2006). “La nueva regulación de las prestaciones familiares en el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre”. En *Relaciones Laborales*. Tomo 1.

24 La STSJ de Madrid, Sala Social, de 8 de junio de 2004 (recurso de suplicación núm. 648/2004), señaló que, a efectos de la pensión no contributiva de invalidez, el certificado de empadronamiento no es prueba suficiente para acreditar la convivencia del hijo, quedando desvirtuado su valor probatorio por el informe policial presentado en contra.

25 En este sentido, vid., Valdeolivas García, Yolanda (2006). “Las prestaciones familiares a la luz de las políticas de apoyo a la familia y de conciliación de la vida laboral y familiar”. En *Temas Laborales* 84, pp. 65 y 66.

ausencia por internamiento del hijo en un centro especial a las ausencias motivadas por tratamiento médico o por rehabilitación, que no rompen la convivencia. La separación podría considerarse transitoria si el hijo discapacitado sale del centro los fines de semana y/o en determinados periodos del año durante los cuales permanece en el hogar familiar y a cargo de sus padres.²⁶ En cualquier caso, debe haber convivencia familiar previa para poder afirmar la posterior separación transitoria.

Nótese que la separación temporal no rompe la convivencia cuando está motivada por el *trabajo de los padres*, pero sí cuando es debida al trabajo lucrativo del hijo discapacitado. El hecho de que el hijo realice un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena no implica *per se* la pérdida de la condición de hijo a cargo. El hijo que trabaja conserva su condición de hijo a cargo siempre que [art. 181.1.a).párrafo 2º LGSS y art. 9.3 Real Decreto 1335/2005]: (i) *continúe viviendo* con el beneficiario (progenitor/adoptante) y (ii) sus ingresos anuales, en concepto de rendimientos de trabajo, no superen el 100% del Salario Mínimo Interprofesional (SMI) en cómputo anual.²⁷ Por tanto, el hijo discapacitado que trabaja no está a cargo cuando: (i) deja de vivir con sus progenitores/adoptantes y/o (ii) percibe unos ingresos anuales en concepto de rendimientos de trabajo superiores al 100% del SMI anual.²⁸

Un sector de la Doctrina judicial considera que el hijo está a cargo cuando depende económicamente del beneficiario, aunque ambos no vivan bajo el mismo techo. Se afirma que *el requisito de convivencia del hijo con el beneficiario no es esencial*

26 En sentido similar, la STSJ de Cantabria, Sala Social, de 26 de septiembre de 2014 (recurso de suplicación núm. 483/2014), considera que no se rompe la convivencia entre el hijo menor y la madre que decide ceder su guarda a un centro de acogida de la Comunidad Autónoma debido a sus problemas de comportamiento. El TSJ de Cantabria considera que la separación es transitoria y, por tanto, no rompe la convivencia, porque durante el periodo de acogida tienen lugar salidas de fin de semana y otros periodos de corta duración en los que el hijo permanece en el domicilio familiar y a cargo de su madre.

27 Hasta el 1 de enero de 2004, el artículo 181.a) de la LGSS no establecía cuándo el hijo podía considerarse a cargo de los beneficiarios. Ante esta laguna legal, la STS, Sala Social, de 19 de noviembre de 2003 [recurso de casación para la unificación de doctrina (RUD) núm. 4831/2002], señaló que no basta que el hijo realice un trabajo por cuenta ajena para perder la condición de hijo a cargo, sino que ese trabajo debe proporcionarle unos ingresos suficientes para atender su subsistencia. Desde el 1 de enero de 2004 y hasta el 31 de diciembre de 2007, el artículo 181.a).párrafo 2º de la LGSS, en la redacción dada por la disposición adicional primera de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección de las familias numerosas (BOE núm. 277, de 19 noviembre 2003), fijó el límite de ingresos del causante (hijo a cargo) en el 75% del SMI. Desde el 1 de enero de 2008, el artículo 6 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social (BOE núm. 291, de 5 diciembre 2007), dio nueva redacción al artículo 181.a).párrafo 2º de la LGSS, que fija el límite actual de ingresos del causante (hijo a cargo), en concepto de rendimientos de trabajo, en el 100% del SMI anual.

Aunque el artículo 9.3 del Real Decreto 1335/2005 mantiene el límite anual de ingresos por rendimientos de trabajo del hijo a cargo en el 75% del SMI anual, procede aplicar el límite del 100% del SMI anual previsto en el artículo 181.a).párrafo 2º de la LGSS, por ser norma legal de rango superior. El Real Decreto 1106/2014, de 26 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2015 (BOE núm. 313, de 27 diciembre 2014) fija el SMI anual para 2015 en 9.080,40 euros.

para obtener la prestación en cuestión, sino su dependencia económica, y la convivencia solo puede exigirse cuando el hijo realice un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena, porque así lo indican expresamente el artículo 181.a).párrafo 2º de la LGSS y el artículo 9.3 del Real Decreto 1335/2005.²⁹

El hijo discapacitado que trabaja por cuenta ajena en un centro especial de empleo, en el marco de la relación laboral especial,³⁰ o en una empresa del mercado laboral ordinario, a través de una relación laboral común, está a cargo de sus padres mientras continúe viviendo con ellos y su salario anual no supere el 100% del SMI anual.³¹ Para computar el nivel de ingresos del hijo, la Doctrina judicial aclara que solo se toman en cuenta los ingresos derivados del trabajo lucrativo, no así los procedentes de una prestación pública³² ni tampoco los vinculados a una beca predoctoral, aun cuando la beca esté en fase de contrato de trabajo en prácticas.³³ La Doctrina judicial también aclara que es preciso esperar el vencimiento de la correspondiente anualidad en la que se ha realizado el trabajo lucrativo para que el INSS pueda comprobar fehacientemente que el nivel de ingresos por rendimientos de trabajo supera el límite anual del 100% del SMI.³⁴ Conviene no confundir el límite anual de rendimientos de trabajo del artículo 181.a).párrafo 2º de la LGSS, que alcanza al hijo discapacitado a

-
- 29 La STSJ de Castilla-La Mancha/Albacete, Sala Social, de 12 de marzo de 2009 (recurso de suplicación núm. 750/2008) considera que se trata *simplemente de que los familiares sean sostenidos económicamente por el beneficiario, aun cuando no vivan bajo el mismo techo que este*. La misma sentencia señala que la convivencia resulta exigible solo cuando el hijo realiza una actividad por cuenta propia y ajena, porque así lo indica expresamente el artículo 181.a).párrafo 2º de la LGSS cuando señala que en tal caso el hijo sigue estando a cargo *siempre que continúe viviendo con el beneficiario*. La sentencia concluye diciendo que fuera de este supuesto el hijo puede considerarse a cargo si depende económicamente del beneficiario, aun cuando no viva con él bajo el mismo techo.
- 30 Vid., Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo (BOE núm. 189, de 8 agosto 1985; Corr. Err., BOE núm. 211, de 3 septiembre 1985).
- 31 La STSJ de Cataluña, Sala Social, de 28 de junio de 2013 (recurso de suplicación núm. 1765/2013) declara la extinción de la prestación indebidamente reconocida porque el hijo a cargo, con un grado de discapacidad del 65%, percibía unos ingresos anuales superiores al 100% del SMI por el trabajo que realizaba en un centro especial de empleo.
- 32 Vid., STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala Social, de 16 de marzo de 2012 (recurso de suplicación núm. 2723/2011).
- 33 La sentencia núm. 70/2012, del Juzgado de lo Social núm. 4 de Pamplona, de 9 de marzo de 2012, señala que la ayuda predoctoral que el hijo discapacitado disfruta en fase de contrato de trabajo en prácticas al amparo del artículo 8 del Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador en formación, no tiene la consideración de trabajo lucrativo a efectos de lo dispuesto en el artículo 181.a).párrafo 2º de la LGSS porque su finalidad principal no es la obtención de servicios por parte de la empresa o entidad que la concede, sino la formación del becario. Para un análisis de esta sentencia vid., Moreno Gené, Josep (2012). "Asignación por hijo a cargo y ayuda predoctoral". En *Revista Doctrina Aranzadi Social*. Tomo v, pp. 41-48.
- 34 La STSJ de Castilla-La Mancha/Albacete, Sala Social, de 25 de septiembre de 2009 (recurso de suplicación núm. 281/2009) declara que el INSS *no puede dar de baja la prestación por hijo a cargo antes de que transcurra el año en el que se están prestando los servicios por el hijo causante de la prestación en función de la previsión o cálculo hipotético de que el salario a percibir a lo largo de ese año va a sobrepasar el límite del 75% del smi* (el límite actual se eleva al 100% del SMI).

cargo que causa la prestación y se le aplica siempre que realice una actividad lucrativa por cuenta propia o ajena, con el límite de recursos económicos del artículo 182.1.c) de la LGSS y el artículo 10.1.c) del Real Decreto 1335/2005, que alcanza al beneficiario de la prestación (progenitor/adoptante del hijo a cargo) y no se le aplica cuando el hijo que tiene a cargo es discapacitado [artículo 182.3 LGSS y artículo 10.1.c).párrafo 4º Real Decreto 1335/2005].³⁵

El hijo sigue estando a cargo aunque el trabajo que realice suponga su encuadramiento en un régimen de Seguridad Social distinto de aquel en el que estuviera su padre/madre [art. 181.a).párrafo 3º LGSS]. Esta previsión guarda una estrecha relación con la disposición adicional décima de la Ley 20/2007, según la cual los padres que son trabajadores autónomos encuadrados en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos (RETA) pueden contratar como trabajadores por cuenta ajena y encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS) a los hijos discapacitados que convivan con ellos, en todo caso si son menores de 30 años, y según el tipo y grado de discapacidad si tienen cumplidos los 30 años.³⁶ El hijo discapacitado contratado por su progenitor/adoptante (beneficiario de la prestación familiar por hijo a cargo) perderá la condición de hijo a cargo (con la consiguiente extinción de la prestación) si percibe un salario anual superior al 100% del SMI anual, aun cuando continúe la convivencia.

El hijo discapacitado que contrae matrimonio deja de estar a cargo del beneficiario (progenitor/adoptante), lo cual determina la extinción de la prestación (art. 10.4 Real Decreto 1335/2005). Se cuestiona si el hijo discapacitado que se constituye como pareja de hecho también deja de estar a cargo del beneficiario.³⁷ De igual forma que la pareja de hecho queda expresamente asimilada al matrimonio a efectos de diversas prestaciones del sistema español de Seguridad Social, e incluso en aspectos concretos de la asignación económica por hijo a cargo (art. 11.2.párrafo 3º Real Decreto 1335/2005), parece conveniente dar a la relación de afectividad que es análoga a la conyugal el mismo tratamiento que se da al matrimonio del hijo a efectos de considerar que ya no está a cargo.

35 La STSJ de Andalucía/Sevilla, Sala Social, de 8 de octubre de 2014 (recurso de suplicación núm. 3301/2013), declara que la hija discapacitada, con un grado de discapacidad reconocido del 68%, ha perdido la condición de hija a cargo porque durante los años 2011 y 2012 obtuvo unos ingresos, en concepto de rendimientos de trabajo, superiores al 100% del SMI anual vigente en cada uno de los años.

36 La disposición adicional décima de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (BOE núm. 166, de 12 julio 2007; Corr. Err., BOE núm. 230, de 25 septiembre 2007), autoriza a los trabajadores autónomos para contratar, como trabajadores por cuenta ajena y sin cobertura por desempleo, a los hijos menores de 30 años que convivan con ellos. Desde el 1 de enero de 2010, los padres también pueden contratar a hijos mayores de 30 años con especiales dificultades de inserción laboral, teniendo tal consideración los hijos discapacitados en los términos que precisa la norma.

37 En este sentido, vid., STSJ de Madrid, Sala Contencioso-Administrativo, de 18 de octubre de 2013 (recurso contencioso-administrativo núm. 662/2012).

El artículo 9.4 del Real Decreto 1335/2005 considera que el hijo no está a cargo del beneficiario cuando *percibe una pensión contributiva a cargo 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*. Por ejemplo, no está a cargo el hijo discapacitado mayor de edad que tiene declarado un grado de discapacidad del 65% y percibe una pensión contributiva de jubilación del RGSS,³⁸ ni el que percibe una pensión de jubilación por incapacidad permanente absoluta del Régimen de Clases Pasivas.³⁹ El hijo debe estar a cargo cuando se reconoce la prestación familiar al beneficiario y también mientras el beneficiario la percibe. En ese sentido, si el progenitor/adoptante está ya cobrando la asignación económica por hijo a cargo y al hijo se le reconoce el derecho a una pensión contributiva de gran invalidez, el hijo dejará de estar a cargo y el beneficiario dejará de percibir la prestación familiar.⁴⁰ El hijo está a cargo aunque sea receptor de una pensión de orfandad o de la pensión en favor de familiares de nietos y hermanos, no así cuando recibe la pensión en favor de familiares de hijos, porque se supone que a estos les corresponde la pensión de orfandad, compatible con la condición de hijo a cargo. Sin embargo, puede ocurrir que el hijo no reciba la pensión de orfandad, sino la pensión en favor de familiares de hijos, en cuyo caso no estará a cargo.⁴¹

El artículo 9.4 del Real Decreto 1335/2005 señala que el hijo no está a cargo cuando percibe una pensión contributiva de un régimen público de protección social, pero no especifica si el referido régimen es español o si también puede ser extranjero.⁴² Nótese que, por ejemplo, puede darse la circunstancia de que el hijo a cargo resida en España y perciba una pensión contributiva con cargo al régimen público de protección social de otro Estado miembro de la Unión Europea de acuerdo con la normativa europea que coordina los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros. Por ello, no estaría de más que la normativa que regula la prestación familiar por hijo a cargo tomara en consideración este elemento transfronterizo que cada vez es más frecuente en una sociedad globalizada como la actual.

La referencia expresa que el artículo 9.4 del Real Decreto 1335/2004 hace a las pensiones contributivas deja fuera otras prestaciones económicas de naturaleza

38 Vid., STSJ de Castilla y León/Valladolid, Sala Social, de 27 de junio de 2014 (recurso de suplicación núm. 905/2014).

39 Vid., STSJ de Andalucía/Sevilla, Sala Social, de 19 de diciembre de 2013 (recurso de suplicación núm. 421/2013).

40 La STSJ de Galicia, Sala Social, de 20 de noviembre de 2014 (recurso de suplicación núm. 340/2013), declara extinguida la asignación económica que recibe la madre porque el hijo ha dejado de estar a cargo desde el momento en el que pasa a percibir una pensión contributiva de gran invalidez.

41 En este sentido, vid., STSJ de Extremadura/Cáceres, Sala Social, de 9 de junio de 2015 (recurso de suplicación núm. 233/2015); y STSJ de Madrid, Sala Social, de 18 de julio de 2013 (recurso de suplicación núm. 316/2013).

42 La STSJ de Andalucía/Málaga, Sala Social, de 12 de febrero de 2015 (recurso de suplicación núm. 1697/2014), da por hecho que el régimen público de protección social con cargo al cual el hijo recibe la pensión contributiva puede ser español o extranjero.

contributiva que no son pensiones; se trata de las prestaciones contributivas de pago periódico (subsidios contributivos de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, incapacidad temporal, prestación contributiva por desempleo, etc.) y las prestaciones contributivas de pago único a tanto alzado (indemnizaciones por incapacidad permanente parcial, etc.). En orden a la mejora de la prestación familiar por hijo a cargo convendría revisar el concepto legal de hijo a cargo para aclarar si el hijo está o no a cargo cuando es perceptor de una prestación económica contributiva de pago periódico o de pago único. Paralelamente, convendría revisar el régimen legal de compatibilidades e incompatibilidades para clarificar si la asignación económica por hijo a cargo, de naturaleza no contributiva, es o no compatible con las prestaciones económicas contributivas a las que pudiera tener derecho el hijo, ya sean pensiones, subsidios o indemnizaciones. No tendría sentido indicar que el hijo no está a cargo cuando es perceptor de un subsidio contributivo y, paralelamente, que otra norma admitiera la compatibilidad del referido subsidio con la asignación económica por hijo a cargo.

La asignación económica por hijo discapacitado a cargo mayor de edad (con un grado de discapacidad igual o superior al 65%) es incompatible con la percepción, por parte del hijo, de una pensión no contributiva de invalidez o de jubilación (art. 189.3 LGSS y art. 30.3 Real Decreto 1335/2005).⁴³ En tal caso, el INSS no denegará automáticamente la prestación familiar por hijo a cargo al beneficiario (progenitor/adoptante) y dará la posibilidad de optar entre una (pensión no contributiva) u otra (prestación por hijo a cargo),⁴⁴ previo acuerdo entre el hijo a cargo y el beneficiario.⁴⁵ Por tanto, cabe entender que el hijo discapacitado mayor de edad no está a cargo cuando es pensionista de invalidez o jubilación en la modalidad no contributiva.⁴⁶ Nótese que la asignación económica por hijo a cargo es incompatible con las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez, pero no con otras prestaciones económicas no contributivas o asistenciales como, por ejemplo, el subsidio asistencial (no contributivo) por desempleo del artículo 215 de la LGSS47 y la prestación familiar de pago único por parto o adopción múltiples (artículo 29.2 Real Decreto 1335/2005).

43 Vid., STSJ de Galicia, Sala Social, de 10 de febrero de 2012 (recurso de suplicación núm. 2239/2008), que declara la incompatibilidad de la asignación económica por hijo a cargo, que percibe la madre, con la pensión de invalidez no contributiva, que percibe el hijo a cargo.

44 La STSJ de Castilla y León/Valladolid, Sala Social, de 7 de julio de 2010 (recurso de suplicación núm. 978/2010), dispone que en caso de no ejercer la opción, se entiende que el beneficiario renuncia tácitamente a la prestación por hijo a cargo. En el caso enjuiciado, el INSS permitió optar entre la pensión no contributiva de invalidez, que el hijo a cargo venía recibiendo, y la prestación familiar por hijo a cargo; no habiéndose ejercido la opción, el INSS entendió que la madre renunciaba tácitamente a la prestación familiar por hijo a cargo.

45 El art. 30.5 del Real Decreto 1335/2005 señala que, a falta de acuerdo, prevalecerá el derecho a la pensión no contributiva de invalidez o jubilación.

46 Igualmente, el hijo dejará de estar a cargo y, por tanto, el beneficiario dejará de percibir la prestación por hijo a cargo, cuando pasa a cobrar una pensión no contributiva de invalidez o de jubilación.

47 Vid., STSJ de Cataluña, Sala Social, de 31 de julio de 1997 (sentencia núm. 5531/1997). Para un comentario de esta sentencia, vid., Sempere Navarro, Antonio Vicente (1997). "Compatibilidad

La asignación económica por hijo discapacitado a cargo mayor de edad (con un grado de discapacidad igual o superior al 65%) es incompatible con la condición, por parte del hijo, de beneficiario de las pensiones asistenciales de la Ley 45/1960 y de los subsidios de garantía de ingresos mínimos y por ayuda de una tercera persona de la Ley 13/1982 (disposiciones transitorias sexta y undécima LGSS y artículo 30.3 Real Decreto 1335/2005).⁴⁸ En tal caso, deberá ejercerse la opción por una (prestación por hijo cargo) u otra (pensión de la Ley 45/1960, subsidio de la Ley 13/1982), previo acuerdo entre el beneficiario de la prestación familiar y el hijo a cargo.⁴⁹ Por tanto, cabe entender que el hijo discapacitado mayor de edad no está a cargo del beneficiario cuando es receptor de alguna de las pensiones asistenciales de la Ley 45/1960 o de los subsidios de garantía de ingresos mínimos y por ayuda de una tercera persona de la Ley 13/1982.

2.3. *La exigencia de que el hijo discapacitado a cargo resida en España: regla general y excepciones*

2.3.1. *La residencia en España del hijo: regla general*

El requisito de residencia en España alcanza tanto al hijo a cargo que causa la prestación [art. 182.1.b).párrafo 1º LGSS y art. 10.1.b) Real Decreto 1335/2005] como al beneficiario (progenitor/adoptante) que la percibe [art. 182.1.a) LGSS y art. 10.1.a) Real Decreto 1335/2005]. En este sentido, cabe hablar de “doble cláusula de residencia nacional” (del hijo a cargo y del beneficiario); cláusula que, por cierto, en alguna ocasión ha recibido el apelativo de *rara avis*.

de prestación familiar por hijo a cargo y subsidio por desempleo”. En *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Tomo III (BIB 1997, 856).

48 El artículo 7 del Real Decreto-ley 5/1992, de 21 de julio, de medidas presupuestarias urgentes (BOE núm. 176, de 23 julio 1992) suprimió las pensiones asistenciales reguladas en la Ley 45/1960, de 21 de julio, por la que se crean determinados Fondos Nacionales para la aplicación social del Impuesto y del Ahorro (BOE núm. 176, de 23 julio 1960). Por su parte, la disposición adicional novena de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas (BOE núm. 306, de 22 diciembre 1990. Corr. Err., BOE núm. 27, de 31 enero 1991) suprimió el subsidio de garantía de ingresos mínimos y el subsidio por ayuda de tercera persona regulados en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.

Quien ya tuviera reconocida las pensiones asistenciales de la Ley 45/1960 o los subsidios de garantía de ingresos mínimos o por ayuda de tercera persona de la Ley 13/1982 podrán seguir percibiéndolos, en cuyo caso los padres no podrán ser beneficiarios de la asignación económica por hijo discapacitado a cargo mayor de edad (disposiciones transitorias sexta.2 y undécima LGSS).

49 El artículo 30.4 del Real Decreto 1335/2005 señala que, a falta de acuerdo, prevalecerá el derecho a la pensión asistencial regulada por la Ley 45/1960, o los subsidios de garantía de ingresos mínimos y de ayuda por tercera persona de la Ley 13/1982.

En relación con el subsidio de garantía de ingresos mínimos y de ayuda de tercera persona (Ley 13/1982), la disposición transitoria única del Real Decreto Legislativo 1/2013 permite optar entre seguir recibiendo el subsidio de garantía de ingresos mínimos o por ayuda de tercera persona o renunciar al mismo para percibir la prestación familiar por hijo a cargo.

La referida normativa exige al beneficiario que *resida legamente en territorio español* y al hijo a cargo que *resida en territorio español*. Dicho de otro modo, la normativa no exige expresamente que la residencia del hijo en España sea legal. El beneficiario de la asignación económica por hijo discapacitado a cargo debe residir legalmente en territorio español, es decir, debe ostentar la condición de residente en España, cualquiera que sea su nacionalidad. La referencia del artículo 28.3 del Real Decreto 1335/2005 a los medios de prueba que acreditan la residencia en España del hijo que no tiene nacionalidad española permite afirmar que, al igual que el beneficiario, debe ostentar la condición de residente, cualquiera que sea su nacionalidad.

La normativa no exige un periodo mínimo de residencia continuada en España antes de solicitar la prestación.⁵⁰ Por tanto, basta acreditar que el hijo a cargo reside en España cuando el beneficiario solicita la prestación, con independencia de que su residencia sea temporal o permanente.⁵¹ No obstante, una vez que el INSS reconoce la prestación familiar al beneficiario, el hijo a cargo debe residir de forma continuada en España para que el beneficiario mantenga el derecho a seguir percibiendo la prestación.

2.3.2. La acreditación de la residencia en España

La solicitud de la asignación económica por hijo a cargo irá acompañada de los *documentos necesarios para acreditar las circunstancias determinantes del derecho* (art. 28.1 Real Decreto 1335/2005). Concretamente, la residencia en España del hijo a cargo se acredita preferentemente con los siguientes documentos (art. 28.3 del Real Decreto 1335/2005):⁵²

50 La normativa exige la residencia en España, de modo que no causarán derecho a la prestación familiar por hijo a cargo, y tampoco podrán ser beneficiarios de esta, quienes se hallen en territorio español en situación de estancia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (BOE núm. 10, de 12 enero 2000. Corr. Err., BOE núm. 20, de 24 enero 2000) y en el Título III del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE núm. 103, de 30 abril 2011. Corr. Err., BOE núm. 145, de 18 junio 2011).

51 A diferencia de las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación, la normativa que regula la prestación familiar no contributiva por hijo o menor acogido a cargo no exige un periodo previo de residencia continuada en España para causar derecho a esta. A efectos de la pensión no contributiva de invalidez, el artículo 144.1.b) de la LGSS exige residir legalmente en España durante 5 años, de los cuales 2 deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la pensión. Por su parte, a efectos de la pensión no contributiva de jubilación, el artículo 167.1 de la LGSS exige acreditar un periodo de residencia legal en España de 10 años entre la edad de 16 años y la edad de devengo de la pensión, de los cuales 2 deberán ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud de la pensión.

52 El artículo 28.3 del Real Decreto 1335/2005 señala que la residencia de los ciudadanos de la Unión Europea y otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo se acreditará en los términos del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero. La disposición derogatoria única del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de

- Si el hijo a cargo es nacional de la Unión Europea, de otros estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE) o de Suiza, la residencia temporal se acredita mediante el certificado de registro de ciudadano de la Unión (art. 7.1 del Real Decreto 240/2007) y la residencia permanente mediante certificado del derecho a residir con carácter permanente (art. 10.1 del Real Decreto 240/2007).
- Si el hijo a cargo no es nacional de la Unión Europea, de otros estados del EEE ni de Suiza, pero lo es el beneficiario, la residencia se acredita mediante tarjeta de residencia de familiar de la Unión o resguardo acreditativo de la presentación de la solicitud de tarjeta (arts. 8 y 10.3 Real Decreto 240/2007).
- Si el hijo a cargo y el beneficiario no son nacionales de la Unión Europea, de otros Estados de EEE ni de Suiza, se aplicará el régimen de extranjería, y su residencia legal en España se acredita con la tarjeta de identidad de extranjero (TIE) o autorización de residencia temporal o permanente, en los términos del Real Decreto 557/2011.⁵³

En cualquier caso, se trata de medios de prueba preferentes que no excluyen el empleo de otros igualmente válidos en derecho.⁵⁴ Entre esos otros medios de prueba, y tratándose de hijo (y beneficiario) nacional de un tercer Estado,⁵⁵ el certificado de empadronamiento no es prueba válida para acreditar la residencia legal en España.⁵⁶ El artículo 18.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, es claro cuando indica que *la inscripción de los extranjeros en el padrón municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que*

ciudadanos de los estados miembros de la Unión Europea y de otros estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE núm. 51, de 28 febrero 2007), deroga el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de estados miembros de la Unión Europea y de otros estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE núm. 46, de 22 febrero 2003). Por tanto, la referencia del artículo 28.3 del Real Decreto 1335/2005 al Real Decreto 178/2003 se entiende hecha al vigente Real Decreto 240/2007.

53 Vid., Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE núm. 103, de 30 abril 2011. Corr. Err., BOE núm. 145, de 18 junio 2011).

54 En este sentido, vid., Pérez Yáñez, Rosa (2006). “La nueva regulación de las prestaciones familiares en el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre”.

55 El término “nacional de un tercer Estado” se emplea para referirse a la persona que no es nacional de ningún Estado miembro de la Unión Europea, del resto de Estados miembros del EEE ni de Suiza.

56 El artículo 28.3 del Real Decreto 1335/2005 señala que el requisito de residencia del hijo se acreditará, preferentemente, mediante un certificado de inscripción en el correspondiente padrón municipal a que se refiere el Real Decreto 178/2003, pero resulta que la disposición derogatoria única del Real Decreto 240/2007 derogó el Real Decreto 178/2003 y, por tanto, la referencia al certificado de empadronamiento ya no resulta medio de prueba válido para acreditar la residencia legal en España.

*no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España.*⁵⁷ Cuestión distinta es que el certificado de empadronamiento del hijo deba acompañar a la solicitud para acreditar otros aspectos como, por ejemplo, el domicilio en España⁵⁸ o la convivencia del hijo con el beneficiario.

2.3.3. El reconocimiento de la prestación aunque el hijo no resida en España: excepciones a la cláusula de residencia nacional

La cláusula de residencia nacional del artículo 182.1.b) de la LGSS y el artículo 10.1.b) del Real Decreto 1335/2005 admite excepciones de modo, que en determinados supuestos el hijo a cargo podrá causar derecho a la prestación familiar aunque no resida en España.

El artículo 10.1.b) del Real Decreto 1335/2005 permite causar la prestación familiar al hijo que no reside en España porque ha acompañado en su desplazamiento al trabajador (su progenitor/adoptante) trasladado por su empresa fuera del territorio español. Más allá de este supuesto, la norma reglamentaria no contempla ninguna otra excepción a la cláusula de residencia del hijo a cargo.

Con relativa frecuencia, los trabajadores migrantes que residen legalmente en España tienen hijos a cargo que no residen en España. Este fenómeno es una manifestación de la movilidad transnacional de personas y reflejo de una sociedad cada vez más globalizada. La exigencia de que el hijo a cargo resida en territorio español ha impedido reconocer la prestación en más de una ocasión a los trabajadores migrantes. Las normas de derecho interno español deben respetar el Derecho de la Unión Europea, los Convenios Bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y las demás normas de derecho internacional que forman parte del ordenamiento jurídico español. Por ello, conviene examinar si el Derecho de la Unión Europea y el derecho internacional podrían exceptuar la cláusula de residencia del artículo 182.1.b) de la LGSS y el artículo 10.1.b) del Real Decreto 1335/2005 cuando un trabajador migrante reside en España y su hijo a cargo reside en otro Estado.

A continuación, se analizarán los siguientes supuestos en los que procede exceptuar al hijo discapacitado el requisito de residencia en España:

57 En el mismo sentido, vid., artículo 56.2 del Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales (BOE núm. 194, de 14 agosto 1986).

58 Vid., Real Decreto 523/2006, de 28 de abril, por el que se suprime la exigencia de aportar el certificado de empadronamiento, como documento probatorio del domicilio y residencia, en los procedimientos administrativos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos vinculados o dependientes (BOE núm. 110, de 9 mayo 2006).

- El hijo acompaña en su desplazamiento al trabajador que es trasladado por su empresa fuera del territorio español: excepción prevista en norma de derecho interno español [art. 10.1.b) Real Decreto 1335/2005].
- Un trabajador migrante reside legalmente en España y tiene un hijo a cargo que reside en otro estado miembro de la Unión Europea: excepción prevista en el Derecho de la Unión Europea [Reglamentos (CE) 883/2004,⁵⁹ 987/2009⁶⁰ y 1231/2010⁶¹].
- Un trabajador migrante reside legalmente en España y tiene un hijo a cargo que reside en un tercer estado del que es nacional el trabajador. Además, España ha suscrito con ese estado un Convenio Bilateral de Seguridad Social, que incluye la prestación familiar por hijo a cargo y exceptiona al hijo de la cláusula de residencia: excepción prevista en el derecho internacional (Convenio núm. 157 de la OIT⁶² y Convenios Bilaterales de Seguridad Social suscritos por España).

El Instituto de Mayores y Servicios Sociales (Imsero) es un órgano adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad⁶³ que, en relación con los

59 Reglamento (CE) núm. 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (DO Unión Europea Serie L núm. 166, de 30 abril 2004).

60 Reglamento (CE) núm. 987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (DO Unión Europea Serie L núm. 284, de 30 octubre 2009).

61 Reglamento (CE) núm. 1231/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se amplía la aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004 y el Reglamento (CE) núm. 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos (DO Unión Europea Serie L núm. 344, de 29 diciembre 2010).

62 El artículo 9.2 del Convenio núm. 157 de la OIT, adoptado el 21 de junio de 1982, sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social, señala que *los Miembros interesados que participen en el sistema de conservación de los derechos en curso de adquisición mencionado en el artículo 6 del presente Convenio podrán acordar que se garantice la provisión de las prestaciones mencionadas en dicho párrafo a los beneficiarios que residan en el territorio de un Miembro que no sea el Miembro competente, en el marco de los instrumentos bilaterales o multilaterales previstos en el párrafo 1 del artículo 4 del presente Convenio*. El Convenio núm. 157 de la OIT forma parte del ordenamiento jurídico interno español porque después de su adopción, el 21 de junio de 1982, fue ratificado y publicado oficialmente en España (art. 96 de CE). Vid., Instrumento de ratificación del Convenio número 157 de la Organización Internacional del Trabajo sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social, adoptado en Ginebra el 21 de junio de 1982 (BOE núm. 271, de 12 noviembre 1985).

63 El artículo 2.6 del Real Decreto 200/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE núm. 20, de 24 enero 2012. Corr. Err., BOE núm. 154, de 28 junio

Reglamentos de la Unión Europea que coordinan los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros, actúa como la institución española competente y el organismo de enlace con los restantes Estados miembros en materia de prestaciones no contributivas,⁶⁴ incluida la asignación económica por hijo a cargo. Por ello, cuando el hijo discapacitado reside en un Estado miembro de la Unión Europea y causa en España derecho a la prestación familiar por hijo a cargo, corresponde al Imserso enviar el correspondiente formulario al organismo de enlace del Estado miembro donde reside el hijo discapacitado para que lo devuelva cumplimentado con los datos necesarios que permitan al Imserso determinar el grado de discapacidad del hijo. La declaración del Imserso acompañará a la solicitud de reconocimiento del derecho a la prestación familiar por hijo a cargo, cuya resolución corresponde al INSS.

a. El hijo acompaña en su desplazamiento al trabajador trasladado por su empresa fuera de España

El artículo 10.1.a) del Real Decreto 1335/2005 considera que residen en España los trabajadores, españoles o extranjeros, que tienen a cargo un hijo y son trasladados por su empresa fuera del territorio español, siempre que *se encuentren en situación asimilada a la de alta y coticen en el correspondiente régimen de Seguridad Social español*. Paralelamente, el artículo 10.1.b) del Real Decreto 1335/2005 considera que reside en España el hijo a cargo, español o extranjero, que acompaña en su desplazamiento al trabajador trasladado por su empresa fuera del territorio español. El legislador hace uso de sendas ficciones jurídicas para permitir que el hijo y el trabajador que lo tiene a su cargo puedan causar (sujeto causante) y percibir (sujeto beneficiario), respectivamente, la prestación familiar por hijo a cargo aunque ni uno ni otro residan *stricto sensu* en España. En realidad, se trata de una excepción no ya solo a la cláusula de residencia del hijo sino también a la del padre. Dicho de otro modo: los artículos 10.1.a) y 10.1.b) del Real Decreto 1335/2005 excepcional la “doble cláusula de residencia nacional”. La ficción legal se aplicará cuando quien tiene a cargo el hijo: (i) trabaja por cuenta ajena y está encuadrado en un régimen del sistema español de Seguridad Social, (ii) tiene la condición de residente en España antes de ser trasladado por su empresa fuera del territorio español y (iii) se encuentra en situación asimilada a la de alta y cotizando en el correspondiente régimen Seguridad Social española mientras está fuera de España.

2012), establece que *Queda adscrita al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, a través de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, la entidad gestora de la Seguridad Social, Instituto de Mayores y Servicios Sociales*.

64 El artículo 8.c) del Real Decreto 1226/2005, de 13 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica y funciones del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (BOE núm. 246, de 14 octubre 2005. Corr. Err., BOE núm. 247, de 15 octubre 20105), señala que corresponde a la Subdirección General de Gestión del Imserso *La ejecución de las actuaciones derivadas del carácter de institución competente y organismo de enlace en los reglamentos de Seguridad Social europeos en materia de prestaciones no contributiva*.

La ficción del art. 10.1.b) del Real Decreto 1335/2005 permite no solo afirmar que reside en España el hijo a cargo que acompaña en su desplazamiento al trabajador trasladado, sino también garantizar la convivencia familiar, máxime si tenemos en cuenta que el hijo debe convivir con el beneficiario de la prestación para estar a cargo. En cualquier caso, si el hijo no llegara a desplazarse con el trabajador trasladado y, por tanto, residiera en España, seguiría estando a cargo porque el artículo 9.2 del Real Decreto 1335/2005 señala, como ya se indicó más arriba, que la convivencia no se rompe en caso de separación transitoria motivada por el trabajo de los padres. No estaría de más que la norma fijara la duración máxima que puede tener la salida de España o algún criterio al respecto con el fin de evitar que se traduzca para el trabajador beneficiario en un traslado de residencia al extranjero y para el hijo que se queda en España la pérdida de su condición de hijo a cargo.⁶⁵

b. El trabajador migrante reside legalmente en España y tiene un hijo a cargo que reside en otro Estado miembro de la Unión Europea

En relación con el trabajador migrante que reside legalmente en España, que es nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, del EEE o de Suiza y cuyo hijo a cargo no reside con él en España, sino en otro Estado miembro, el Derecho de la Unión Europea impide negarle la prestación familiar. El hecho de que el hijo a cargo no resida en España no es motivo para negar la prestación si vive en otro estado miembro de la Unión Europea. El 7 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 es claro al respecto cuando indica que las prestaciones en metálico (como es la asignación económica por hijo a cargo) no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión o confiscación por el hecho de que los miembros de la familia del beneficiario residan en un estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora (en este caso la institución deudora es el INSS de España). En el mismo sentido, el artículo 67 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 consagra como regla general el derecho de cualquier persona a prestaciones familiares por los miembros de su familia que residen en otro estado miembro.⁶⁶ Se trata de equiparar la residencia del hijo a cargo en otro estado miembro con la residencia en España de su progenitor/adoptante (beneficiario de la

65 Conveniría concretar si el traslado al extranjero por motivos de trabajo no pasa de ser un desplazamiento temporal o puede implicar un cambio de residencia. Asimismo, convendría concretar si el traslado al extranjero por motivos de trabajo recibe el mismo tratamiento cuando se hace en ejercicio del derecho de la libre circulación, dentro de la Unión Europea, o al margen, fuera de la Unión Europea.

66 Afirma Sánchez-Rodas Navarro, Cristina (2012). “¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?: Análisis crítico del Capítulo 8 del Reglamento 883/2004”. En *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 32, que la finalidad del capítulo 8 del Reglamento (CE) núm. 883/2004, referido a prestaciones familiares, es impedir que un Estado miembro (en este caso España) pueda hacer depender la concesión o la cuantía de las prestaciones familiares del requisito de la residencia de los miembros de la familia del trabajador en el Estado que las otorga, con objeto de garantizar así al trabajador migrante el ejercicio de su derecho a la libre circulación.

prestación),⁶⁷ pero no de exportar a otro estado miembro la prestación familiar por hijo a cargo reconocida en España.⁶⁸ Dada la finalidad tuitiva de las prestaciones familiares y con base en el artículo 68 bis del Reglamento (CE) núm. 883/2004, si el trabajador comunitario que reside en España no destina la prestación al mantenimiento del hijo a cargo que reside en otro estado miembro, el INSS abonará la prestación, con efecto liberatorio, a la persona física o jurídica que tenga efectivamente a cargo al hijo.⁶⁹ En este caso, no se puede aplicar el artículo 182.1.b) de la LGSS y el art. 10.1.b) del Real Decreto 1335/2005 para negar la prestación familiar al trabajador migrante argumentando que su hijo a cargo no reside en España. La aplicación de los artículos 7, 67 y 68 bis del Reglamento (CE) núm. 883/2004⁷⁰ conduce a reconocer el derecho a la prestación familiar al trabajador migrante que reside legalmente en España, aunque el hijo que tiene a cargo resida en otro estado miembro.

En relación con el trabajador migrante que reside legalmente en España, que es nacional de un tercer Estado y cuyo hijo a cargo reside en otro estado miembro de la Unión Europea, el Derecho de la Unión Europea impide negarle en España la prestación familiar por hijo a cargo. Si el hijo reside en otro Estado miembro de la Unión Europea, con la excepción de Dinamarca, el trabajador migrante podrá percibir la prestación familiar con base en el Reglamento (CE) núm. 1231/2010, que extiende el contenido del Reglamento (CE) núm. 883/2004 a los trabajadores de terceros países que residen legalmente en España.⁷¹ La residencia del hijo a cargo en otro estado

67 Afirma Carrascosa Bermejo, Dolores (2012). "Coordinación de las prestaciones familiares: determinación de la Ley nacional aplicable en los Reglamentos CE/883/2004 y 987/2009". En *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 32, que esta asimilación de funda en la constatación de que, en muchas ocasiones, los familiares no acompañan al migrante en sus desplazamientos, de manera que no se puede obstaculizar su derecho a la libre circulación o discriminarle respecto de los sedentarios nacionales del Estado competente ajenos normalmente a esta problemática.

68 En este sentido, vid., Sánchez-Rodas Navarro, Cristina (2006). "Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004". En *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* 64, p. 130.

69 El artículo 68 bis del Reglamento (CE) núm. 883/2004 señala que *en el caso de que la persona a la que deben abonarse las prestaciones familiares no las destine al mantenimiento de los miembros de la familia, la institución competente abonará dichas prestaciones, con efecto liberatorio, a la persona física o jurídica que tenga efectivamente a su cargo a los miembros de la familia, a instancia y por mediación de la agencia o institución en su Estado miembro de residencia o de la institución o el organismo que designe a tal fin la autoridad competente del Estado miembro donde residan.*

70 El artículo 7 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 establece que las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o varios estados miembros o del presente Reglamento no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión o confiscación por el hecho de que los miembros de la familia del beneficiario residan en un estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora.

71 El Reglamento (CE) núm. 1231/2010 se aplica a los nacionales de estados no miembros de la Unión Europea, del EEE ni de Suiza que residen legalmente en un estado miembro de la Unión Europea, con la excepción de Dinamarca [Protocolo núm. 11 anejo al Reglamento (CE) núm. 1231/2010]. Por tanto, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en España les resulta de aplicación los artículos 7, 67 y 68 bis del Reglamento (CE) núm. 883/2004, de modo que percibirán la asignación económica por hijo a cargo cuando el hijo no reside con él en España, pero lo hace en otro estado miembro de la Unión Europea distinto de Dinamarca.

miembro distinto de Dinamarca se asimila a la residencia en España del beneficiario. Por tanto, en este caso tampoco es posible aplicar el artículo 182.1.b) de la LGSS ni el art. 10.1.b) del Real Decreto 1335/2005 para negar al trabajador migrante el derecho a la prestación familiar argumentando que su hijo a cargo no residen en España. La aplicación del Reglamento (CE) núm. 1231/2010 permite reconocer la prestación al trabajador migrante que resida legalmente en España, aunque el hijo que tiene a cargo resida en otro estado miembro de la Unión Europea distinto de Dinamarca.

c. El trabajador migrante reside legalmente en España y tiene un hijo a cargo que reside en un tercer Estado

En relación con el trabajador migrante que reside legalmente en España y tiene un hijo a cargo que reside en un tercer estado del que es nacional aquel, no siempre procede el reconocimiento de la prestación familiar por hijo a cargo. En tal caso habrá que comprobar si España y el tercer estado tienen suscrito un Convenio Bilateral de Seguridad Social que incluye en su ámbito objetivo la prestación familiar por hijo a cargo y además exceptúa al hijo de la cláusula de residencia.

Si España ha suscrito un Convenio Bilateral de Seguridad Social con el tercer estado del que es nacional el trabajador migrante y dicho convenio incluye la prestación familiar por hijo a cargo, entonces se estará a lo dispuesto para dicha prestación en el Convenio de Seguridad Social y no se aplicará la legislación interna española. Los Convenios Bilaterales de Seguridad Social que incluyen en su ámbito de aplicación la prestación familiar por hijo a cargo son los suscritos hasta la fecha entre España y Australia, Canadá, Chile, República Dominicana, Marruecos, Paraguay, Perú, Rusia, Túnez, Ucrania y Uruguay. A excepción del Convenio hispano-australiano, los demás convenios permiten expresamente reconocer al trabajador migrante que reside legalmente en España el derecho a percibir la prestación familiar por hijo a cargo de sistema español de Seguridad Social, aunque el hijo a cargo no resida en España, sino en el estado de origen.⁷² Así, por ejemplo, el artículo 22 del Convenio Bilateral de Seguridad Social suscrito entre España y el Perú⁷³ permite reconocer la asignación

72 La STS, Sala Social, de 21 de enero de 2003 (RCUD 152/2002), aborda el reconocimiento de la prestación familiar por hijo a cargo a un trabajador migrante de nacionalidad marroquí que reside y trabaja legalmente en España y tiene un hijo a cargo que reside en Marruecos. El TS concluye que cuando el trabajador migrante reside en España y tiene un hijo que depende económicamente de él, el hijo está a cargo aunque no resida en España. Para un análisis de la STS, vid. Álvarez Sotomayor, Lucía Dans (2003). "Notas sobre el derecho de los inmigrantes legales marroquíes a prestaciones no contributivas por hijo a cargo de la Seguridad Social española (a propósito de una STS de 21 de enero de 2003)". En *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña* 7, pp. 831-836; y Olarte Encabo, Sofía (2003). "Prestación no contributiva por hijos a cargo: replanteamiento del requisito de la convivencia en supuestos de extranjería". En *Temas Laborales* 69, pp. 183-194.

73 El 1 de febrero de 2005 entró en vigor el nuevo Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Perú, hecho *ad referendum* en Madrid el 16 de junio de 2003 (BOE 31, de 5 febrero 2005).

económica por hijo a cargo del sistema español de Seguridad Social al trabajador peruano que reside y trabaja legalmente en España, aunque su hijo a cargo resida en el Perú. Por tanto, si al trabajador migrante se le niega la prestación familiar no será porque su hijo no resida en España, sino porque no concurren otros requisitos legalmente exigidos al hijo para causar el derecho a la prestación o al propio trabajador migrante para ser beneficiario.

2.3.4. La residencia continuada en España del hijo tras el reconocimiento de la prestación

Por regla general, el hijo debe residir en España para causar la prestación y continuar residiendo mientras el beneficiario la percibe. Si el hijo no mantiene su residencia continuada en España, tal circunstancia afectará al cobro de la prestación. A efectos del mantenimiento del derecho a la asignación económica por hijo a cargo, el hijo causante no interrumpe su residencia continuada en España cuando sale del país (art. 28.4 Real Decreto 1335/2005): (i) por un periodo inferior a 90 días naturales, continuados o no, a lo largo de cada año natural, cualquiera que sea la causa que motive la salida; o (ii) por causas de enfermedad debidamente justificadas, cualquiera que sea la duración de la salida.

En los dos casos indicados, el beneficiario de la prestación no está obligado a comunicar al INSS la salida al extranjero de su hijo porque, al realizarse dentro de los términos previstos reglamentariamente, no afecta al cobro de la prestación.⁷⁴ Sin embargo, cuando la salida de España no se ajuste a ninguno de los casos indicados, el hijo deja de residir de manera continuada en España y el beneficiario debe comunicar al INSS tal circunstancia porque afecta al cobro de la prestación. No obstante, el legislador no concreta el alcance de tal afectación, es decir, no señala si la salida de España realizada más allá de los términos previstos en el artículo 28.4 del Real Decreto 1335/2005 supone la modificación o la extinción del derecho a la asignación económica por hijo a cargo; convendría que el legislador indicara si dicha salida produce la extinción o la reducción del derecho. Parece claro que en tal caso el beneficiario deja de percibir la prestación, pero no está ya tan claro si deja de percibirla temporalmente (suspensión) o definitivamente (extinción). A diferencia de otras prestaciones del sistema español de Seguridad Social, la variación en las circunstancias que determinan el acceso a la asignación económica por hijo a cargo supone la modificación de la prestación (aumento o reducción de su cuantía) o su extinción, pero en ningún caso el Real Decreto 1335/2005 prevé la suspensión temporal del cobro de la prestación, lo cual llama la atención, máxime si tenemos en cuenta que se trata de una prestación de pago periódico.

74 El artículo 16.1 del Real Decreto 1335/2005 obliga al beneficiario al comunicar al INSS las variaciones que puedan suponer una modificación o extinción del derecho a la asignación económica por hijo a cargo. Sin embargo, si el hijo a cargo sale de España en los términos previstos en el artículo 28.4 del Real Decreto 1335/2005, el beneficiario no tiene obligación de comunicar a la entidad gestora la salida al extranjero del hijo porque no afecta al cobro de la prestación.

Por otra parte, sería aconsejable valorar la modificación de la norma para establecer, al igual que ya sucede con otras prestaciones: (i) la obligación de comunicar previamente al INSS la salida del hijo al extranjero, aun cuando no afecte al cobro de la prestación, (ii) si en algún caso la salida al extranjero exige autorización previa del INSS y (iii) cómo afecta al cobro de la prestación la salida al extranjero que va más allá de los términos previstos reglamentariamente, es decir, si constituye causa de modificación, de suspensión o de extinción de la prestación.

Por otra parte, también cabe examinar si cualquier salida de España que realice el hijo a cargo, más allá de los dos supuestos indicados, interrumpiría su residencia en España y, en consecuencia, afectaría al cobro de la prestación. Concretamente, parece aconsejable examinar si, a efectos del mantenimiento del derecho a la prestación, el hijo continúa residiendo en España cuando acompaña en su desplazamiento durante más de 90 días naturales al año al beneficiario trasladado por su empresa fuera de España.⁷⁵

3. LA DETERMINACIÓN DEL GRADO DE DISCAPACIDAD DEL HIJO Y DE LA NECESIDAD DEL CONCURSO DE UNA TERCERA PERSONA

En orden al reconocimiento del derecho a la asignación económica por hijo a cargo, la declaración, calificación y, en su caso, revisión del grado de discapacidad, así como la declaración de la situación de dependencia y la necesidad del concurso de tercera persona corresponde a los equipos de valoración y orientación (EVO) dependientes del Imserso⁷⁶ o, en su caso, a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas que tengan transferidas las funciones y servicios del Imserso (art. 182 del LGSS y art. 15 del Real Decreto 1335/2005).

No hay que confundir el órgano que reconoce y declara el grado de discapacidad, que es el EVO (art. 15 del Real Decreto 1335/2005), con la entidad que reconoce y gestiona la prestación familiar por hijo a cargo, que es el INSS (art. 27.párrafo 1º Real Decreto 1335/2005). Una vez que el EVO fija un concreto grado de discapacidad y, en su caso, la necesidad de ayuda de tercera persona, la actuación del INSS en el procedimiento administrativo de reconocimiento de la asignación económica por hijo a cargo queda limitada a *controlar si se cumplen los demás requisitos legales que*

75 Del mismo modo que, a efectos del reconocimiento de la prestación, el artículo 10.1.b) del Real Decreto 1335/2005 considera que el hijo reside en España cuando acompaña en su desplazamiento al trabajador trasladado por su empresa fuera del territorio español, así también cabe entender que, a efectos del mantenimiento de la prestación, el hijo continúa residiendo en España cuando acompaña en su desplazamiento al trabajador trasladado por su empresa fuera de España.

76 Vid., Orden de 2 de noviembre de 2000, por la que se determina la composición, organización y funciones de los Equipos de Valoración y Orientación dependientes del Instituto de Mayores y Servicios Sociales y se desarrolla el procedimiento de actuación para la valoración del grado de discapacidad dentro del ámbito de la Administración General del Estado (BOE núm. 276, de 17 noviembre 2000).

condicionan el reconocimiento de la prestación, no estando facultado para modificar el grado de discapacidad.⁷⁷

El EVO declarar el concreto grado de discapacidad según el baremo aprobado por el Gobierno mediante el correspondiente Real Decreto (art. 182 del LGSS) que esté vigente en cada momento (art. 15 del Real Decreto 1335/2005). Actualmente, resultan de aplicación:⁷⁸

- Los baremos del Real Decreto 1971/1999⁷⁹ para determinar el grado de discapacidad de una persona conforme al procedimiento que establece al efecto.
- El baremo del Real Decreto 174/2011⁸⁰ para determinar la situación de dependencia y la necesidad de ayuda de una tercera persona conforme al procedimiento que establece al efecto.

Los grados de incapacidad permanente a efectos de Seguridad Social se determinan en función del porcentaje en el que una persona ve reducida su capacidad para el trabajo.⁸¹ Sin embargo, los grados de discapacidad se determinan en función del porcentaje en el que una persona ve reducida su capacidad para participar plena y efectivamente en ámbitos que van más allá del trabajo (educación, cultura, sociedad, transporte, economía, etc.). Por ello, el TS82 y la Doctrina judicial⁸³ han venido reiterando que el reconocimiento de un grado de incapacidad permanente a efectos del acceso a las pensiones del sistema de Seguridad Social no determina *la consideración de*

77 Vid., STS, Sala Social, de 21 de febrero de 2008 (RCUD núm. 1329/2005); y STSJ de Galicia, Sala Social, de 13 de julio de 2012 (recurso de suplicación núm. 1876/2009).

78 Vid., Blasco Lahoz, José Francisco (2001). "El procedimiento para la determinación del grado de minusvalía o enfermedad crónica". En *Revista de Trabajo y Seguridad Social-Centro de Estudios Financieros* 214, pp. 43-62; y "Calificación y revisión del grado de discapacidad". En *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Tomo v, 2013, pp. 257-262.

79 Vid., Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad (BOE núm. 22, de 26 enero 2000; Corr. Err., BOE núm. 62, de 13 marzo 2000).

80 Vid., Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE núm. 42, de 18 febrero 2011).

81 En este sentido, el artículo 136 de la LGSS señala que la incapacidad permanente, en su modalidad contributiva, implica que el trabajador presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyen o anulan su capacidad laboral, es decir, la incapacidad permanente supone que el trabajador tiene limitada su capacidad para el trabajo. Por su parte, el artículo 137 de la LGSS es claro cuando señala que los grados de incapacidad permanente se fijan en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca.

82 Por todas, vid., STS, Sala Social, de 9 de diciembre de 2008 (RCUD núm. 2678/2007).

83 Vid., SSTSJ de Galicia, Sala Social, de

minusválido a todos los efectos de la legislación específica sobre protección de la discapacidad. Este planteamiento ha llevado a un sector de la Doctrina judicial a considerar que el hecho de que el hijo a cargo tenga reconocida en el sistema de Seguridad Social una pensión de incapacidad permanente absoluta no supone automáticamente que sea discapacitado a efectos de la asignación económica por hijo a cargo.⁸⁴

El TS completa su doctrina indicando que el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente total implica el reconocimiento automático de un grado de discapacidad del 33%.⁸⁵ El artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013 incorpora la doctrina jurisprudencial y considera que el pensionista de Seguridad Social que tiene reconocida una pensión de incapacidad permanente en los grados de total (IPT), absoluta (IPA) o gran invalidez (GI)⁸⁶ tiene la consideración de persona discapacitada con un grado de discapacidad igual o superior 33%. Aunque la incapacidad permanente en sus grados de IPT, IPA o GI conlleva una reducción (e incluso anulación) de la capacidad de trabajo en un porcentaje muy superior al 33%, el legislador considera que un pensionista con tales grados de incapacidad permanente es una persona discapacitada con al menos un grado de discapacidad del 33%. Nótese que, a efectos de Seguridad Social, la incapacidad permanente en su grado de parcial (IPP) es la que lleva asociada la reducción de la capacidad de trabajo en un porcentaje igual o superior al 33% y, sin embargo, ni el TS ni el artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013 atribuyen al pensionista de IPP la consideración de persona discapacitada (con un grado de discapacidad igual o superior al 33%). En definitiva, el porcentaje de incapacidad permanente a efectos de Seguridad Social no implica automáticamente igual porcentaje de discapacidad. La IPT, IPA y GI determinan la existencia de discapacidad, lo cual no significa que la discapacidad no pueda existir sin aquellas.

Si un hijo mayor de edad tiene la consideración de pensionista de IPT, IPA o GI, ello determina que sea discapacitado con al menos un grado de discapacidad del 33% (art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013). Sin embargo, no podrá causar automáticamente derecho a la prestación familiar por hijo a cargo, cuando menos, por dos motivos:

- El hijo discapacitado mayor de edad debe tener reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 65% para poder causar derecho a la prestación familiar por hijo discapacitado a cargo [art. 181.a). párrafo 1º LGSS y art. 3.a) del Real Decreto 1335/2005]. El reconocimiento de

84 Sobre esta cuestión, vid., STSJ de Galicia, Sala Social, de 13 de julio de 2012 (recurso de suplicación núm. 1876/2009).

85 Por todas, vid., SSTs, Sala Social, de 30 de junio de 2008 (RCUD núm. 4219/2006) y 7 de julio de 2008 (RCUD núm. 1297/2007).

86 El artículo 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013 también presume que tiene un grado de discapacidad igual o superior al 33% el pensionista del Régimen de Clases Pasivas que tenga reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

una pensión contributiva de incapacidad permanente en grado de IPT, IPA o GI no conlleva el reconocimiento automático de un grado de discapacidad igual o superior al 65%, sino al 33%, por mucho que algunos de esos grados de incapacidad permanente reduzcan la capacidad de trabajo en un porcentaje igual o superior al 65%. Por tanto, será necesaria una resolución administrativa del EVO que reconozca y declare un grado de discapacidad igual o superior al 65%, según el baremo del Real Decreto 1971/1999, y, en su caso, la necesidad del auxilio de una tercera persona, según el baremo del Real Decreto 174/2001.

- El hijo discapacitado mayor de edad no está a cargo cuando percibe una pensión de incapacidad permanente, ya sea en su modalidad contributiva (art. 9.4 del Real Decreto 1335/2005) o en la no contributiva (art. 189.3 del LGSS y art. 30.3 del Real Decreto 1335/2005). Si al hijo discapacitado a cargo mayor de edad, que es pensionista de invalidez no contributiva, se le reconociera un grado de discapacidad igual o superior al 65%, podría renunciar a la pensión no contributiva de invalidez para causar derecho a la prestación familiar por hijo a cargo en favor de su progenitor/adoptante (beneficiario) (art. 30.4 del Real Decreto 1335/2005). Igualmente, cabe entender que el perceptor de una pensión de incapacidad permanente en sus grados de IPT, IPA o GI podría causar derecho a la prestación familiar por hijo a cargo si tiene reconocido y declarado un grado de discapacidad igual o superior al 65% y renuncia a la pensión contributiva de incapacidad permanente.

4. CONCLUSIONES

Este trabajo se ha elaborado teniendo en cuenta que la política familiar sobrepasa la dimensión puramente económica; no en vano, el artículo 39.1 de la CE señala expresamente que la protección pública de la familia debe ser social y jurídica, además de económica. La familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad y la tarea de protegerla corresponde no solo a los poderes públicos, sino también a las entidades del Tercer Sector de Acción Social, a los profesionales, a las propias familias y a la sociedad en su conjunto.

En 2013, había en España un total de 108.570 personas discapacitadas menores de edad (0-17 años). Esa cifra casi se duplica en el tramo de edad que comprende los 17 años siguientes (18-34 años), hasta llegar a 206.783. El significativo aumento en el número de personas discapacitadas al pasar de un tramo de edad (0-17 años) a otro (18-34 años) debe tomarse en consideración para estudiar la mejora de la prestación familiar por hijo o menor acogido a cargo que anuncia el Plan Integral de Apoyo a la Familia 2015-2017.

El análisis de la normativa que regula en España la prestación familiar por hijo discapacitado a cargo pone de relieve la necesidad de revisar los requisitos legales que el hijo debe reunir para causar derecho a la prestación, a saber: (i) en función de la edad, tener reconocido un grado mínimo de discapacidad, (ii) estar a cargo del beneficiario de la prestación, que normalmente es uno de sus progenitores/adoptantes y (iii) residir en España.

La situación actual de los jóvenes y de las familias con hijos discapacitados a cargo invita a reflexionar sobre la conveniencia o no de reformar la referida normativa para:

- Elevar el límite de la mayoría de edad con el fin de que el hijo a cargo no discapacitado y mayor de edad pueda causar derecho a la prestación familiar por hijo a cargo. Asimismo, hay que valorar si conviene o no reducir el grado mínimo de discapacidad del 65% para que el hijo mayor de edad con un grado de discapacidad inferior (33%-64%) pueda causar derecho a la prestación.
- Actualizar el concepto de hijo a cargo y paralelamente las reglas sobre compatibilidad e incompatibilidad de la prestación familiar por hijo a cargo con otras prestaciones económicas que percibe el hijo discapacitado a cargo, el beneficiario de la prestación o incluso otros miembros de la unidad familiar.
- Exceptuar al hijo a cargo del requisito de residencia en España a efectos de causar derecho a la prestación, de acuerdo con lo dispuesto en el Derecho de la Unión Europea e internacional, y concretar cómo afecta a la prestación ya reconocida el hecho de que el hijo interrumpa su residencia continuada en España. Ambos aspectos cobran especial importancia porque los movimientos transnacionales de personas cada vez son más frecuentes en una sociedad globalizada como la actual.

Elevar el límite de la mayoría de edad para el hijo a cargo no discapacitado y reducir el grado de discapacidad para el hijo a cargo mayor de edad

La realidad de los jóvenes y de las familias en general, y la situación de las familias con hijos discapacitados en particular, aconsejan estudiar la posible modificación de la normativa que regula la prestación familiar por hijo a cargo para elevar el límite de la mayoría de edad con el fin de que el hijo mayor de edad no discapacitado que convive y depende económicamente de sus padres pueda causar derecho a la prestación en determinados supuestos.

En el caso de que no fuera factible ni viable elevar con carácter general el límite de la mayoría de edad del hijo no discapacitado, habría que revisar, cuando menos,

la situación de los hijos discapacitados mayores de edad con un grado de discapacidad inferior al 65% para que pudieran causar derecho a la prestación, especialmente cuando concurren determinadas circunstancias que realmente les dificultan e incluso les impiden iniciar el proceso de transición hacia la emancipación definitiva.

Actualizar el concepto legal de hijo a cargo

En relación con la exigencia de que el hijo conviva con el beneficiario de la prestación familiar para considerarlo a cargo, tal vez convendría revisar el significado y alcance de las causas legales que permiten la separación transitoria sin que tal separación rompa la convivencia. No siempre está claro cuándo una separación deja de ser transitoria y pasa a ser permanente; tampoco está claro qué otras causas similares a las previstas expresamente por el legislador (estudios, el trabajo de los padres, el tratamiento médico o la rehabilitación) justificarían una separación que no rompiese la convivencia. En ocasiones, el tratamiento médico que recibe el hijo discapacitado o el proceso de rehabilitación que sigue le obligan a tener que dejar de vivir con sus progenitores (y de verlos). En este caso, la separación está justificada por causas previstas legalmente (tratamiento médico y rehabilitación) y, por tanto, no rompería la convivencia. Sin embargo, se cuestiona si todo el tiempo que dura la separación motivada por el tratamiento médico o el proceso de rehabilitación es transitorio o si, por el contrario, la separación transitoria tiene una duración máxima, de modo que, superado el límite temporal, pasa a ser permanente y rompe la convivencia. Por ello, parece oportuno que el legislador aclare si la separación transitoria tiene un límite temporal o, si por el contrario, una separación es transitoria por el solo hecho de que concurra una causa que la justifique, cualquiera que sea su duración. Por otra parte, aunque el legislador acierta al configurar una lista abierta de las causas que justifican la separación, no ofrece ninguna pauta que permita identificar con cierta seguridad qué otras causas son similares a las expresamente previstas.

El matrimonio del hijo es un aspecto que incide en el concepto legal de hijo a cargo. El hijo casado no está a cargo y el hijo a cargo que se casa deja de estarlo. La norma reglamentaria señala que el matrimonio del hijo discapacitado causa la extinción de la asignación económica por hijo a cargo, es decir, que el hijo discapacitado que contrae matrimonio deja de estar a cargo del beneficiario de la asignación (progenitor/adoptante). Aunque la norma reglamentaria no lo dice expresamente, cabe entender que el hijo discapacitado que está casado no puede causar derecho a la prestación familiar porque su estado civil (casado) hace presumir que no está a cargo de su progenitor/adoptante. Actualmente, la pareja de hecho queda expresamente asimilada al matrimonio en diversas prestaciones del sistema español de Seguridad Social, y también en algunos aspectos de la asignación económica por hijo a cargo. Por ello, parece acertado dar a la relación de afectividad que es análoga a la conyugal el mismo tratamiento que al matrimonio a efectos de considerar que el hijo no está a cargo o que deja de estarlo.

La normativa exige aportar con la solicitud de la prestación familiar por hijo a cargo los documentos necesarios para acreditar las circunstancias que determinan el derecho a esta. En relación con los requisitos que debe reunir el hijo discapacitado para causar tal derecho, habría que aportar los documentos que acrediten debidamente su edad, su discapacidad, que está a cargo y que reside en España. En relación con los requisitos del progenitor/adoptante para ser beneficiario de la prestación, se aportarán los documentos necesarios al respecto. Una vez reconocida la prestación, la normativa exige comunicar al INSS y acreditar debidamente todas las circunstancias que afecten a la situación del hijo causante y del beneficiario y que pudieran suponer la extinción de la prestación o su modificación (aumento o disminución de la cuantía), aunque no detalla los medios para hacerlo. En ocasiones, la norma reglamentaria precisa los medios que son prioritarios para acreditar algunos extremos como, por ejemplo, la residencia en España del hijo a cargo y del beneficiario. En aras de la seguridad jurídica, sería conveniente que la normativa señalara también los medios prioritarios para probar la convivencia y otros elementos que influyen en el reconocimiento, modificación o extinción del derecho a la prestación.

El estudio realizado deja patente la necesidad de revisar la normativa que regula la prestación familiar por hijo a cargo con el fin de aclarar algunas cuestiones sobre su compatibilidad o incompatibilidad con las pensiones contributivas que el hijo pueda percibir. El hijo no está a cargo cuando es perceptor, con cargo a un régimen público de protección social, de una pensión contributiva distinta de la pensión de orfandad y de la pensión en favor de familiares de hijos y hermanos. Parece adecuado que la norma precise si el referido régimen público de protección social puede ser extranjero además de español. Siguiendo con las prestaciones económicas de naturaleza contributiva y más allá de las pensiones, convendría aclarar si el hijo está o no a cargo cuando es perceptor de una prestación económica de pago periódico (maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, desempleo, etc.) o de pago único a tanto alzado (indemnización en caso de incapacidad permanente parcial, etc.). La normativa que regula la prestación familiar por hijo a cargo puede abordar este aspecto tomando en cuenta las normas que ordenan el régimen de compatibilidades e incompatibilidades de las prestaciones económicas de naturaleza contributiva. No se trata de una cuestión baladí porque, en última instancia, la compatibilidad o incompatibilidad afecta al reconocimiento, mantenimiento y pérdida de la condición de hijo a cargo.

Más allá de las prestaciones económicas de naturaleza contributiva, la normativa también aborda la incompatibilidad de la asignación económica por hijo a cargo con las pensiones no contributivas (jubilación e invalidez) a las que pueda tener derecho el hijo a cargo. La normativa también trata la compatibilidad o incompatibilidad de la prestación familiar por hijo a cargo con otras prestaciones económicas ajenas al sistema de Seguridad Social de las que puede ser beneficiario el hijo discapacitado a cargo. Concretamente, regula la compatibilidad e incompatibilidad con las

prestaciones económicas de ámbito estatal que están estrechamente asociadas con la discapacidad del hijo (las pensiones asistenciales de la Ley 45/1960, los subsidios de garantía de ingresos mínimos y de ayuda a tercera persona de la Ley 13/1982 y las prestaciones económicas del Sistema de Atención y Autonomía a la Dependencia de la Ley 39/2006). Finalmente, merece la pena que la norma profundice más en ciertos aspectos sobre la incompatibilidad de la prestación familiar por hijo a cargo con las prestaciones de la misma naturaleza que pueda recibir, no ya el hijo a cargo, sino el beneficiario de la prestación (progenitor/adoptante) e incluso otras personas que integran la unidad familiar.

Exceptuar al hijo de la cláusula de residencia en determinados casos para causar derecho a la prestación y concretar cómo afecta a la prestación ya reconocida el hecho de que el hijo interrumpa la residencia continuada en España

La cláusula de residencia nacional ha impedido en más de una ocasión reconocer la prestación familiar al trabajador migrante que reside legalmente en España y tiene un hijo a cargo que reside fuera de España. La normativa española que exige la residencia en España del hijo a cargo debe respetar lo dispuesto en materia de cláusulas de residencia en los Convenios de la OIT ratificados por España, en los Convenios Bilaterales de Seguridad Social suscritos por España y en el Derecho de la Unión Europea.

El estudio realizado pone de manifiesto la importancia de valorar si es o no pertinente seguir exigiendo al hijo que resida en España. En realidad, se trata de dilucidar si la norma mantiene o no la “doble cláusula de residencia nacional” (del beneficiario, que siempre se ha exigido, y del hijo a cargo, vigente desde el 1 de enero de 2014) como requisito para el reconocimiento de la prestación familiar. Si el legislador opta por mantener la cláusula de residencia del hijo junto a la del beneficiario, entonces habrá que añadir en la norma “sin perjuicio de lo dispuesto en las disposiciones de Derecho internacional y en el Derecho de la Unión Europea”. Aunque el hijo a cargo no resida en España, su progenitor/adoptante puede que tenga derecho a la prestación familiar por hijo a cargo de acuerdo con lo dispuesto en los Reglamentos (CE) 883/2004, 987/2009 y 1231/2010, en los Convenios de la OIT ratificados por España y en aquellos Convenios Bilaterales de Seguridad Social suscritos por España que incluyen la prestación familiar por hijo a cargo y exceptúan al hijo de la cláusula de residencia.

Finalmente, en relación con la exigencia de que el hijo a cargo mantenga la residencia continuada en España mientras el beneficiario percibe la prestación familiar, sería apropiado concretar cómo afectan a la prestación las salidas de España que el hijo realiza más allá de los términos permitidos reglamentariamente; habría que indicar si tales salidas son causa de modificación, suspensión o extinción de la prestación. Incluso no estaría de más que la norma dijera algo sobre la comunicación previa de la salida y su autorización por el INSS.

5. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ SOTOMAYOR, Lucía Dans. “Notas sobre el derecho de los inmigrantes legales marroquíes a prestaciones no contributivas por hijo a cargo de la Seguridad Social española (a propósito de una STSud de 21 de enero de 2003)”, *Anuario de la Facultade de Dereito de la Universidade da A Coruña*, núm. 7, 2003.

BLASCO LAHOZ, José Francisco. “El procedimiento para la determinación del grado de minusvalía o enfermedad crónica”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social-Centro de Estudios Financieros*, núm. 214, 2001.

“Calificación y revisión del grado de discapacidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Tomo V, 2013.

BUENAGA CEBALLOS, Óscar. *La familia y la Seguridad Social*, editorial Dykinson, Madrid, 2014.

CARRASCOSA BERMEJO, Dolores. “Coordinación de las prestaciones familiares: determinación de la Ley nacional aplicable en los Reglamentos CE/883/2004 y 987/2009”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32, 2012.

COMAS ARNAU, Domingo. “La emancipación de personas jóvenes en España: el túnel del miedo”, *Revista del Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud*, núm. 2, 2015.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José y MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes. *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, Editorial Bomarzo, Albacete (España), 2007.

GIL CALVO, Enrique. “El síndrome de dependencia familiar como encuadre (framing) de la agenda juvenil”, *Revista del Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud*, núm. 0, 2014.

MORENO GENÉ, Josep. “Asignación por hijo a cargo y ayuda predoctoral”, *Revista Doctrina Aranzadi Social*, Tomo V, 2012.

OLARTE ENCABO, Sofía. “Prestación no contributiva por hijos a cargo: replanteamiento del requisito de la convivencia en supuestos de extranjería”, *Temas Laborales*, núm. 69, 2003.

PÉREZ YÁÑEZ, Rosa. “La nueva regulación de las prestaciones familiares en el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2006.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, Cristina. “Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 64, 2006

“¿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.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente. “Compatibilidad de prestación familiar por hijo a cargo y subsidio por desempleo”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, Tomo III, 1997.

VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda. “Las prestaciones familiares a la luz de las políticas de apoyo a la familia y de conciliación de la vida laboral y familiar”, Temas Laborales, núm. 84, 2006.